

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1557

Mediendemokratie in guter Verfassung?

**Die verfassungsrechtliche Pflicht
zur Intermediärsregulierung**

Von

Torben Klausa



Duncker & Humblot · Berlin

TORBEN KLAUSA

Mediendemokratie in guter Verfassung?

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1557

Mediendemokratie in guter Verfassung?

Die verfassungsrechtliche Pflicht
zur Intermediärsregulierung

Von

Torben Klausa



Duncker & Humblot · Berlin

Die Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld
hat diese Arbeit im Jahre 2024 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk wurde auf Basis der Open Access-Lizenz CC BY 4.0
(s. <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0>) veröffentlicht. Die E-Book-Version
ist unter <https://doi.org/10.3790/978-3-428-59381-1> abrufbar



Alle Rechte vorbehalten

© 2025 Torben Klausa

Erschienen bei Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: 3w+p GmbH, Rimpar

Druck: CPI books GmbH, Leck

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 978-3-428-19381-3 (Print)

ISBN 978-3-428-59381-1 (E-Book)

DOI 10.3790/978-3-428-59381-1

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,
12165 Berlin, Germany | E-Mail: info@duncker-humblot.de
Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Selten habe ich so glücklich auf die Entstehung dieser Dissertation geblickt wie am Abend des 7. September 2024 in einer Berliner Eckkneipe. Der Abschluss der Arbeit lag da schon mehr als ein Jahr zurück, ihre Verteidigung immerhin sechs Wochen. Ohne mein Wissen hatte sich am besagten Abend in jener Kneipe ein Großteil der Menschen versammelt, die mein Leben und die Entstehung dieser Arbeit zuvor über Jahre begleitet und geprägt hatten. Ich wurde unter einem Vorwand in die Bar geschoben – und feierte plötzlich den Abschluss der Promotion mit jener wilden Mischung toller Menschen, die sich sonst wohl nur in meiner Danksagung auf so engem Raum getroffen hätten.

Bis zu diesem Abend erschien mir die Danksagung der Dissertation als eine schöne Tradition. In der Berliner Kneipe wurde sie zum Bedürfnis. Ohne die Unterstützung all dieser und weiterer Menschen hätte ich das Projekt Doktorarbeit nicht beginnen, nicht durchführen, nicht abschließen können. Manche haben die mir damals verrückt erscheinende Idee einer fachfremden Promotion befeuert, andere nicht energisch genug abgeraten; manche haben meine Argumente mit inhaltlicher Kritik auf die Probe gestellt, andere mir die Kraft gegeben, dieser Kritik zu begegnen; manche hatten für meine Sorgen immer ein offenes Ohr, andere stets aufbauende Ratschläge parat; manche haben mich mein ganzes Leben begleitet, andere waren in wichtigen Momenten an meiner Seite; manche gruben sich begeistert mit mir durch die letzte Verästelung des Medienverfassungsrechts, andere ließen sich nicht davon abschrecken und teilten mit mir gute Laune auch und gerade außerhalb von Artikel 5. All diesen Menschen gebührt in einem Ausmaß Dank, dem diese Zeilen hier schwerlich gerecht werden. Ein paar von ihnen möchte ich zumindest hervorheben.

Ich danke Professor Dr. Thomas Wischmeyer, der sich einst auf das Wagnis der Betreuung eines Nichtjuristen einließ. Ihm gelang es mit einer bemerkenswerten Selbstverständlichkeit, mir in den vergangenen Jahren gleichsam auf Augenhöhe und als Vorbild zu begegnen – sowohl in der Rolle als Doktor- wie auch als Familienvater. Dank längerer Gastaufenthalte am Weizenbaum-Institut und am Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung entstand die Arbeit zwar fern von Bielefeld, doch nicht in Einsamkeit. Für dieses zweite akademische Zuhause und ihre umfassende Unterstützung danke ich Professorin Dr. Jeanette Hofmann, Dr. Julia Pohle und Professor Dr. Thorsten Thiel. Professor Dr. Johannes Hellermann danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens, der Studienstiftung des deutschen Volkes für das großzügige Promotionsstipendium.

Wie niemand sonst hat Julia Barthel diesen Lebensabschnitt geprägt und bereichert. Die Aussicht darauf, auch die künftigen Abschnitte gemeinsam mit ihr gestalten zu dürfen, erfüllt mich mit mehr Stolz als jeder Titel.

Für ihre bedingungslose Unterstützung von Tag eins an danke ich meinen Eltern. Sie sind mir jenes Vorbild, das ich meinem Sohn gern sein möchte. Ihnen dreien ist diese Arbeit gewidmet.

Berlin, im September 2024

Torben Klaus

Inhaltsübersicht

Teil 1

Einführung	15
A. Ein Digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit	16
B. Intermediärsregulierung als verfassungsrechtliche Pflicht	20
C. Stand der Forschung	23
D. Gang der Darstellung	27

Teil 2

Demokratische Medienöffentlichkeit: Bedingung und Aufgabe des Grundgesetzes	29
A. Grundlagen: Öffentlichkeit und Meinungsbildung in der Demokratie	31
B. Verfassungsrechtliche Erwartungen an Öffentlichkeit	50
C. Verfassungsrechtliche Gestaltung von Öffentlichkeit I: Individuelle Kommunikationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG)	70
D. Verfassungsrechtliche Gestaltung von Öffentlichkeit II: Medienfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG)	81
E. Zur Vertiefung: Schutzgehalte des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG	91
F. Zwischenfazit: Bedeutung der Medien zwischen Demokratie und Verfassung	132

Teil 3

Verfassungsrechtliche Pflicht zur Medienregulierung: von der dienenden Freiheit zum freiheitsschützenden Staat	134
A. Die Entwicklung der Sonderdogmatik durch das BVerfG	135
B. Kritik des Dienens	144
C. Schützen statt Dienen – Staatsauftrag zur Medienregulierung?	175
D. Die Meinungsfreiheit, ihre Schutzwürdigkeit und das Unionsrecht	225
E. Zwischenfazit: Schutzwürdigkeit als Ausweg aus dem Sonderdogmatik-Dilemma	229

*Teil 4***Schutpflicht zur Intermediärsregulierung: Umfang und Inhalt** 231

A. Digitale Intermediäre – Charakter, Risiko, Schutpflicht?	232
B. Bausteine der Intermediärsregulierung de lege lata und de lege ferenda	278

*Teil 5***Ergebnissätze** 330

A. Zur Bedeutung von Kommunikation und Öffentlichkeit im Grundgesetz	330
B. Verfassungsrechtliche Grundlage des staatlichen Auftrags zur Medienregulierung ...	331
C. Leitlinien für eine zukunftsfähige Medienregulierung	332

Literaturverzeichnis	334
-----------------------------------	-----

Stichwortverzeichnis	369
-----------------------------------	-----

Inhaltsverzeichnis

Teil 1

Einführung	15
A. Ein Digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit	16
B. Intermediärsregulierung als verfassungsrechtliche Pflicht	20
C. Stand der Forschung	23
D. Gang der Darstellung	27

Teil 2

Demokratische Medienöffentlichkeit: Bedingung und Aufgabe des Grundgesetzes	29
A. Grundlagen: Öffentlichkeit und Meinungsbildung in der Demokratie	31
I. Volks- und Staatswillensbildung	32
II. Dimensionen des Öffentlichkeitsbegriffs	34
1. Funktionale Dimension	35
2. Räumliche Dimension	36
3. Normative Dimension	37
4. Fokus dieser Arbeit	38
III. Öffentlichkeit und Meinungsbildung	39
1. Liberales, deliberatives und partizipatorisches Paradigma	40
2. Kombinierter Öffentlichkeitsbegriff	42
IV. Rolle der Medien	44
1. Medien als Erweiterung der Erfahrungswelt	44
2. Medialer Einfluss auf die Wahrnehmung öffentlicher Meinung	46
3. Mediale Abhängigkeit der Staatswillensbildung	48
V. Zwischenfazit: Demokratische Relevanz trotz definitorischer Unschärfe	50
B. Verfassungsrechtliche Erwartungen an Öffentlichkeit	50
I. Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG – Öffentlichkeit und Demokratieprinzip	51
II. Art. 21 und 38 GG – Politische Willensbildung und Kontrolle	55
III. Art. 42, 44 und 52 GG – Parlamentsöffentlichkeit	57
IV. Art. 20 Abs. 3 – Gerichtsöffentlichkeit	60

V.	Art. 8 GG – Versammlungsfreiheit	63
VI.	Art. 10 GG – Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis	65
VII.	Zwischenfazit: Funktionierende Öffentlichkeit als Voraussetzung des Verfassungsrechts	67
C.	Verfassungsrechtliche Gestaltung von Öffentlichkeit I: Individuelle Kommunikationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG)	70
I.	Evolution der Kommunikationsfreiheit(en)	71
II.	Individualkommunikation im Kontext der Demokratie des Grundgesetzes	77
D.	Verfassungsrechtliche Gestaltung von Öffentlichkeit II: Medienfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG)	81
I.	Medien: Funktionsvoraussetzung der Demokratie des Grundgesetzes	82
II.	Mediale Macht als Bedingung und Risiko	85
1.	Kommunikation auf Augenhöhe – demokratisches Ideal?	86
2.	Chancengleichheit als demokratisierte Medienmacht	89
E.	Zur Vertiefung: Schutzgehalte des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG	91
I.	Abgrenzung und Bezugnahme von individueller und medialer Kommunikationsfreiheit	92
II.	Verschiedene Medien, verschiedene Freiheiten?	95
1.	Grenzen der Wortlaut-Trias	95
2.	Übergreifende Medienfreiheit	98
a)	Medienkonvergenz als Freiheitskonvergenz?	99
b)	Differenzierung anhand medialer Funktion statt Technologie	101
c)	Verfassungsentwicklung durch Verfassungsauslegung	102
d)	Risiko eines digitalen Auffanggrundrechts	105
e)	Zusätzliche Internetdienstefreiheit	106
3.	Einheitliche Kommunikationsfreiheit	107
4.	Zwischenfazit	109
III.	Subjektivrechtliche Dimension der Medienfreiheit	109
IV.	Objektivrechtliche Dimension der Medienfreiheit	112
1.	Vielfalt als Funktionsbedingung	113
a)	Medienorganisation als Vielfaltsdeterminante	114
b)	Vielfaltsoption I: Außenpluralismus	116
c)	Vielfaltsoption II: Binnenpluralismus	118
2.	Institutsgarantie zwischen Medienorganisation und -freiheit	120
a)	Institut der freien Presse	122
b)	Institut des freien Rundfunks	122
c)	Kritik verfassungsrechtlicher Medienorganisationsvorgaben	124
d)	Funktionserfüllung und subjektive Freiheit als Richtschnüre der Organisation	128
e)	Weitere Dimensionen der Institutsgarantie	131

F. Zwischenfazit: Bedeutung der Medien zwischen Demokratie und Verfassung	132
-------------------------------------------------------------------------------------	-----

*Teil 3***Verfassungsrechtliche Pflicht zur Medienregulierung:
von der dienenden Freiheit zum freiheitsschützenden Staat** 134

A. Die Entwicklung der Sonderdogmatik durch das BVerfG	135
I. Technische Sondersituation – erste Rundfunkentscheidung	136
II. Missbrauchsrisiko – zweite Rundfunkentscheidung	137
III. Dienende Freiheit – dritte Rundfunkentscheidung	138
IV. Evolution der Sonderdogmatik – folgende Entscheidungen	141
V. Bedeutung der Sonderdogmatik im Kontext des Medienverfassungsrechts	143
B. Kritik des Dienens	144
I. Auslegung der Rundfunkfreiheit	145
1. Wortlaut	146
a) „Berichterstattung durch“	146
b) „Freiheit wird gewährleistet“	149
2. Systematik	152
a) Äußere Systematik des Grundrechtsteils des Grundgesetzes	152
b) Innere Systematik des Art. 5 GG	154
3. Entstehungsgeschichte	156
4. Telos	158
II. Kann eine Freiheit „dienen“? – Rundfunkfreiheit zwischen Funktions- und Freiheitsgrundrecht	162
1. Funktionale Grundrechtsinterpretation	163
2. Subjektive Freiheit	170
3. Zwischenfazit: Kein verfassungskonformes Dienen möglich	173
C. Schützen statt Dienen – Staatsauftrag zur Medienregulierung?	175
I. Überblick der Schutzpflichtdogmatik	177
II. Grenzen des Schutzguts Meinungsfreiheit	183
III. Medien zwischen Gefahr und Risiko für die Meinungsfreiheit	186
1. Maßstabsbildung der Schutzpflicht	186
a) Abgrenzung von Gefahr, Risiko und Restrisiko	187
b) Schwellenbestimmung des Schutzauftrags	189
2. Mediale Gefahren	191
3. Mediale Risiken	194
a) Rundfunkrechtsprechung als Risikoeinschätzung	194
b) Risikofaktor 1: Schaden für die Meinungsbildung	196
c) Risikofaktor 2: Eintrittswahrscheinlichkeit des Schadens	199

d) Abgrenzung zum Restrisiko durch systemischen Charakter	201
4. Zwischenfazit: Schutzpflicht vor neuen Medien	203
IV. Schutzpflichterfüllung durch „klassische“ Medienregulierung	204
1. Schutz vor fehlender Tatsachenkenntnis	207
2. Schutz vor mangelnder Vielfalt	208
3. Glaubwürdigkeitsschutz für journalistisch-redaktionelle Inhalte	211
4. Zwischenfazit: Schutzpflichterfüllung mit Nachschärfungsbedarf	215
V. Rechtfertigung des Schutzeingriffs und Status des Opfers	216
VI. Ausgestaltung	220
VII. Schutzpflicht vs. Drittirkung	223
D. Die Meinungsfreiheit, ihre Schutzpflicht und das Unionsrecht	225
E. Zwischenfazit: Schutzpflicht als Ausweg aus dem Sonderdogmatik-Dilemma	229

Teil 4

Schutzpflicht zur Intermediärsregulierung: Umfang und Inhalt	231
A. Digitale Intermediäre – Charakter, Risiko, Schutzpflicht?	232
I. Von Massenmedien zu Intermediären	234
1. Inhalte-Distribution statt -Produktion	235
2. Begriffsbildung „Intermediär“	236
3. Relevanz journalistisch-redaktioneller Inhalte?	237
4. Intermediäre und Medien: Teilmenge oder aliud?	238
5. Nötige Eingrenzung auf Verbreitung Inhalte Dritter	242
II. Intermediäre: Gefahren und Risiken für die Meinungsbildung	244
1. Vielfalt	245
2. Inhaltsqualität	253
3. Machtasymmetrie und Intransparenz	262
4. Moderationsfehler und Masse der Inhalte	268
III. Zwischenfazit – Schutzpflicht gegen intermediäre Risiken	270
IV. Exkurs: Betroffene Grundrechtspositionen der Intermediäre	273
1. Meinungsfreiheit	274
2. Medienfreiheit	276
3. Berufsfreiheit	277
B. Bausteine der Intermediärsregulierung de lege lata und de lege ferenda	278
I. Effektivierung der Rechtsdurchsetzung	282
II. Transparenz	284
1. Abstrakte Regeltransparenz	285
2. Konkrete Entscheidungstransparenz	286
3. Transparenz durch Statistik und Auskunftspflichten	287

4. Transparenzregelungen in der Praxis	288
III. Diskriminierungsfreiheit	291
1. Verdeckte Diskriminierung	291
2. Offene Diskriminierung	293
3. Diskriminierungsverbote in der Praxis	296
IV. Verfahrensrechte	297
1. Prozedurale, formale und inhaltliche Anforderungen	299
2. Verfahrensrechte in der Praxis	303
3. Exkurs: Verfahrensrecht als Begrenzung privater Exekutivmacht	304
V. Positive Vielfaltsicherung	306
1. Auswahl der Inhalte	307
2. Mögliche Privilegien	312
3. Bewertung	314
VI. Plattformräte	316
1. Entscheidungsobjekt	318
2. Entscheidungsgewalt	319
3. Bestehende Plattformräte als Vorbild?	319
VII. Medienkonzentrationsrecht	321
VIII. Geschäftsmodell	322
IX. Zwischenfazit: zweistufige Regulierung zwischen Inhaltsferne und positiver Vielfaltsicherung	324
1. Schutz öffentlicher Meinungsbildung durch individuelle Autonomie?	326
2. Positive Vielfaltsicherung als erforderliche Perspektive	328
 <i>Teil 5</i>	
Ergebnissätze	330
A. Zur Bedeutung von Kommunikation und Öffentlichkeit im Grundgesetz	330
B. Verfassungsrechtliche Grundlage des staatlichen Auftrags zur Medienregulierung	331
C. Leitlinien für eine zukunftsfähige Medienregulierung	332
Literaturverzeichnis	334
Stichwortverzeichnis	369

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere(r) Ansicht
a. F.	alte Fassung
Art.	Artikel
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
Dreier	Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl., Bd. 1, Tübingen 2013
Dreier ⁴	Brosius-Gersdorf, Frauke (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 4. Aufl., Bd. 1, i. E.
DSA	Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Binnenmarkt für digitale Dienste (Gesetz über digitale Dienste) und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG
Dürig/Herzog/Scholz, GG	Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 98. EL, 2022.
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
Epping/Hillgruber, BeckOK GG	Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 53. Ed., 2022
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
Fn.	Fußnote
Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR	Gersdorf, Hubertus/Paal, Boris P. (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht, 38. Ed., 2022.
GG	Grundgesetz
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
HStR	Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland.
Jarass/Pieroth, GG	Jarass, Hans D/Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 17. Aufl., 2022.
Maunz/Dürig, GG	Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 11. EL, 1970.
MStV	Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Sachs, GG	Sachs, Michael (Hrsg.): Grundgesetz. Kommentar, 9. Aufl., 2021.
v. Münch/Kunig, GG	Kämmerer, Jörn-Axel/Kotzur, Markus (Hrsg.), begründet von Ingo von Münch und Philip Kunig, Grundgesetz: Kommentar, 7. Aufl., 2021.

Teil I

Einführung

Das Grundgesetz ist eine optimistische Verfassung. Es wagt die Demokratie. Denn aller rechtlichen Verpflichtung zur demokratischen Staatsform in Art. 20 Abs. 1 GG zum Trotz: Demokratie kann auch das Verfassungsrecht nicht verordnen. Unsere Verfassung muss vielmehr stets darauf vertrauen, dass „das Deutsche Volk“ den Voraussetzungen seiner Demokratie auch gerecht wird; dass auf dem Weg zur demokratischen Entscheidung nicht die lauteste Stimme oder der größte Geldbeutel, sondern das beste Argument überzeugt. Dieses Vertrauen bringt das Grundgesetz seinen Bürger*innen voller Zuversicht entgegen.

Kern dieses demokratischen Optimismus unserer Verfassung ist die Meinungsfreiheit: „unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft[; für] eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung [...] schlechthin konstituierend[;] in gewissem Sinn die Grundlage jeder Freiheit überhaupt“¹ – die Attribute, mit denen das Bundesverfassungsgericht die Meinungsfreiheit bereits früh versah, zeugen von der kaum zu überschätzenden Bedeutung des Prozesses der öffentlichen Meinungsbildung, auf den sich jede Demokratie verlassen muss, ohne ihn sicherstellen zu können. In Anlehnung an Böckenförde: Der demokratische Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann.²

Garanten einer funktionierenden öffentlichen Meinungsbildung in der Demokratie sind vielmehr die an ihr Beteiligten. Doch nicht nur Individuen, die Meinungen bilden und äußern, spielen dabei eine Rolle, sondern gerade auch mediale Akteur*innen, die auf dem Marktplatz der Meinungen als Mittler*innen, Kurator*innen und Verstärker*innen wirken. Ohne sie ist in einer „Massendemokratie“ der 84 Millionen Bundesbürger*innen eine demokratische Öffentlichkeit nicht herstellbar.

Auch mit Blick auf die Medien bleibt Böckenfördes Diktum relevant: So zentral sie für eine funktionierende Demokratie sein mögen, so sehr hängt ihr demokratischer Nutzen von ihrer Unabhängigkeit ab, also davon, dass sie ihre Mittlerrolle ohne staatliche Intervention ausüben. Nur freie Medien können die Demokratie stärken – doch zugleich verbietet ihre Freiheit, dass der Staat sie dazu verpflichtet. In anderen

¹ BVerfGE 7, 198 (208).

² Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation (1967) (zitiert nach Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit (2006), S. 112).

Worten: Eine Mediendemokratie lebt von Voraussetzungen, die der Staat nicht garantieren kann.

Dass er die Pflicht hat, es trotzdem zu versuchen, soll die vorliegende Arbeit belegen. Denn der Staat, so wird zu zeigen sein, mag Medien nicht darauf verpflichten können, ihre Freiheit stets zum *Vorteil* eines konstruktiven, demokratischen Diskurses zu nutzen. Doch dort, wo durch sie eine *Gefahr* für eben diesen Diskurs ausgeht, kann der Staat, besser: muss er ihnen konsequent entgegentreten.

Ein solches konsequentes Entgegentreten ist im Bereich der Medien im Jahr 2023 aus zwei Gründen eine besondere Herausforderung. Zunächst können mediale Gefahren für Meinungsbildung und Demokratie meist nicht klar erkannt, sondern nur erahnt werden: Wie groß muss inhaltliche Vielfalt sein, damit der demokratische Diskurs keinen Schaden nimmt? Wo verläuft die Grenze zwischen medialer Kritik und antidemokratischer Propaganda? Ab wann bedeutet Medienkonzentration eine Gefahr für die öffentliche Meinungsbildung? Ob medialer Einfluss negative Auswirkungen auf demokratische Prozesse haben kann, steht außer Frage. Doch *wie genau* sich diese Wirkungen entfalten und *wo* ihre kritische Schwelle liegt, das erscheint deutlich weniger tatbestandstauglich.

Hinzu kommt die digitale Revolution der Medienlandschaft. Unser heutiger demokratischer Diskurs entfaltet sich zwischen YouTube, TikTok und Mediatheken; zwischen Polit-Influencer*innen, *Targeted Advertising* und Telegram-Gruppen; zwischen Smartphone, Tablet und E-Reader. Er stammt – wortwörtlich und im übertragenen Sinne – aus einem anderen Jahrtausend als der Dreiklang von Presse, Rundfunk und Film, mit dem der Wortlaut des Grundgesetzes den Medien begegnet. Dass und wie dieser Wortlaut derweil geeignet ist, auch digitalen Medien nicht nur zu begegnen, sondern ihren Gefährdungspotenzial für die Demokratie aktiv entgegenzutreten, soll auf den folgenden Seiten deutlich werden.

A. Ein Digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit

Die Voraussetzungen für eine funktionierende demokratische Meinungsbildung, die Bedingungen für die kommunikative Vermittlung zwischen dem Individuum als Teil der Gesellschaft einerseits und der öffentlichen Entscheidungsfindung als Teil der Staatsorganisation andererseits, sind, wie dargestellt, keine Selbstverständlichkeit – eine Konstante sind sie ebenfalls nicht. Unter dem Titel „Strukturwandel der Öffentlichkeit“³ hat Habermas in seiner Habilitationschrift einst zwei Wellen der Veränderung der demokratischen Scharnierfunktion von Öffentlichkeit nachgezeichnet: ihre Herausbildung als bürgerliches Ideal zu Zeiten des Liberalismus sowie die zunehmende Gefährdung und der Zerfall dieses Ideals durch die Realität der massenmedialen Gesellschaft.

³ Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit (1962).

Inzwischen, so argumentiert eine steigende Zahl entsprechender Veröffentlichungen,⁴ werden wir Zeug*innen eines dritten Strukturwandels der Öffentlichkeit, an dem die Digitalisierung einen entscheidenden Anteil hat: An die Seite, oftmals auch an die Stelle der klassischen „One-to-many“-Massenmedien Presse und Rundfunk sind mediale Akteure getreten, die nicht eigene Inhalte in redaktioneller Arbeit erstellen und an ihr Publikum verbreiten, sondern sich stattdessen auf die „bloße“ Vermittlerfunktion zwischen Inhalte-Erststeller*in und -Rezipient*in konzentrieren. Suchmaschinen wie Google, Microbloggingdienste wie Twitter, Videostreamingdienste wie YouTube und TikTok sowie soziale Netzwerke wie Facebook und Instagram kennt der allgemeine Sprachgebrauch häufig als „Plattformen“, was auf ihre Funktion als digitaler Speicher- und Verbreitungsort für Inhalte hinweist.

Tatsächlich jedoch wird ihrer Bedeutung für den öffentlichen Diskurs der Fachterminus „Intermediäre“ deutlich besser gerecht, der auf ihre Rolle als Zwischenakteure, als Vermittler verweist. Ihre Leistung besteht weniger darin, Dritt-inhalte zu speichern und ihnen auf diese Weise eine *Platform* zu bieten. Vielmehr fußt ihr besonderer Einfluss auf ihrer Fähigkeit, die Aufmerksamkeit ihrer Nutzer*innen auf bestimmte Inhalte zu *vermitteln* oder besser: zu lenken; unabhängig davon, wo diese gespeichert sind. Diese Vermittlung zwischen Aufmerksamkeit und Inhalten findet derweil – das ist der vielleicht entscheidende Unterschied zur „alten“ Medienwelt – nicht für ein Publikum im Sinne einer Vielzahl von Nutzer*innen statt, sondern individualisiert für jede*n Einzelne*n. Die digitale Verarbeitung aller zur Verfügung stehenden persönlichen Daten der Nutzer*innen ermöglicht den individuellen inhaltlichen Zuschnitt der intermediären Angebote. Plastisch gesprochen: 84 Millionen Bundesbürger*innen mögen die *eine*, gleiche BILD-Zeitung lesen und die *eine*, gleiche Tagesschau sehen, doch unter ihren Facebook-Feeds gleicht keiner einem anderen. Wo sich Zeitungen und Rundfunksender an eine Vielzahl von Menschen – an die Öffentlichkeit oder jedenfalls ihr Publikum – richten, schneiden digitale Intermediäre ihr Angebot immer auf je eine einzelne Person zu.

Ein auf diese Weise personalisiertes Medienangebot stellt das Ideal einer Öffentlichkeit als Aushandlungsraum für das gemeinsame Interesse einer Gesellschaft vor grundlegende Herausforderungen, im schlimmsten Fall: infrage. Denn im Extremfall verwandelt sich die medial vermittelte Erfahrungswelt jeder*jedes Einzelnen von einer gemeinsamen, *öffentlichen* Diskursgrundlage in eine personalisierte Inhalteauswahl. Dass große Teile dieser Auswahl dabei nicht aus redaktionell verarbeiteten Inhalten bestehen, sondern aus Fotos von Essen, Katzenvideos und anderen Banalitäten, gereicht dem Ideal der deliberativen Demokratie ebenfalls nicht nur zum Vorteil. „Der Strukturwandel der Öffentlichkeit vollzieht sich also gleichermaßen als Strukturwandel der Privatheit – während das Öffentliche privatisiert

⁴ Siehe nur Seeliger/Sevignani (Hrsg.), Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit? (2021); Eisenegger et al. (Hrsg.), Digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit (2021); sowie selbst Habermas, Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik (2022).

wird, wird das Private veröffentlicht.⁵ Hinzu kommt, dass Intermediäre diese individualisierten Öffentlichkeiten für ihre Nutzer*innen nicht mit Blick auf konstruktiven, demokratischen Diskurs kuratieren, sondern sich an ihren eigenen Werbeerlösen orientieren. Nicht der Austausch von Positionen und Argumenten steht im Mittelpunkt, sondern die Verweildauer und damit der Werbekonsum auf der Plattform.⁶ Auf diese Weise wird nicht nur die Fragmentierung der von Intermediären vermittelten Öffentlichkeit zur Herausforderung, sondern auch die Zielvorgabe des durch sie geschaffenen Diskursraums.⁷

Die befürchteten negativen Folgen der medial vermittelten Individualisierung haben in den vergangenen Jahren Eingang in die (populär-)wissenschaftliche Analyse gefunden – von Sorgen vor kommunikativen Filterblasen⁸ und Echokammern⁹ über die Diagnose einer „Gesellschaft der Singularitäten“¹⁰ bis zur grundsätzlichen Kritik am Überwachungskapitalismus¹¹. Die entsprechenden, teils uneindeutigen Effekte auf Staat, Gesellschaft und Individuum können in einer juristischen Arbeit nicht erschöpfend behandelt werden.¹² Angesichts ihrer potenziellen Folgen für eine zunehmend auf die mediale Vermittlung digitaler Intermediäre angewiesene¹³ demokratische Gesellschaft sei an dieser Stelle zur Einordnung erneut auf Habermas verwiesen, der mit Blick auf diesen neuen Strukturwandel sowie auf die Divergenz zwischen deliberativem Ideal und digitaler Realität herausstellt:

„Wenn sich aber in diesen Milieus die Erfahrung und die Wahrnehmung der Beteiligten von dem, was bisher Öffentlichkeit und politische Öffentlichkeit hieß, verändern und die bisher übliche begriffliche Unterscheidung zwischen privater und öffentlicher Sphäre berühren würde, müsste dieser Umstand für das Selbstverständnis der Netzkonsumenten als Staatsbürger erhebliche Folgen haben. Um diese Hypothese zu überprüfen, fehlen einstweilen die Daten; aber die Anzeichen, die zu einer solchen Hypothese anregen, sind beunruhigend genug.“¹⁴

⁵ Seeliger/Sevignani, Zum Verhältnis von Öffentlichkeit und Demokratie. Ein neuer Strukturwandel? (2021), S. 31.

⁶ Siehe näher hierzu unten, S. 258 ff.

⁷ Inwieweit die Redaktionen der klassischen Massenmedien stets den „demokratischen Diskurs“ als Zielgröße im Sinn haben, sei an dieser Stelle dahingestellt. Jedenfalls kann davon ausgegangen werden, dass eine redaktionelle Entscheidung zugunsten des „Nachrichtenwerts“ sich von einer algorithmischen zugunsten reiner Verweildauer unterscheidet.

⁸ Siehe Pariser, The filter bubble (2011), S. 10 f.

⁹ Siehe etwa Sunstein, #Republic (2018), S. 9 ff.

¹⁰ Reckwitz, Die Gesellschaft der Singularitäten (2017).

¹¹ Grundlegend hierzu Zuboff, The age of surveillance capitalism (2019).

¹² Siehe zumindest etwas ausführlicher hierzu unten unter Teil 4 A. II., S. 244 ff.

¹³ Siehe nur die Nutzungszahlen bei Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich, Konzentrationsbericht der KEK (2022), S. 215 ff.

¹⁴ Habermas, Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik (2022), S. 59.

Anknüpfend an diese Beunruhigung stellen sich auch aus juristischer Perspektive neue Fragen – und zwar nicht nur danach, welche juristischen Abhilfen es als *Reaktion* auf die befürchteten Fehlentwicklungen gibt. Vielmehr gilt es, nach rechtlichen Wegen zu suchen, die möglichen Schäden gar nicht erst eintreten zu lassen, sondern ihnen mit den Mitteln des Rechts in *Prävention* entgegenzutreten.

Denn obwohl die Organe unserer Demokratie diese nicht ohne Stolz gern mit den Attributen „wehrhaft“ und „streitbar“ schmücken: Die scheinbare Wehrlosigkeit, mit der der Staat der Digitalisierung im Allgemeinen und digitalen Intermediären im Besonderen begegnet, gibt Anlass zur Sorge. Während er die kritischen *Symptome* von Facebook & Co und ihren Einfluss auf den demokratischen Prozess erkennt, begegnet er ihren zugrundeliegenden *Ursachen* auf systemischer Ebene, also ihrer Rolle und möglicher Verantwortung in unserer Demokratie, eher zaghaft bis gar nicht.

Deutlich wird das anhand des Beispiels der staatlichen Reaktion auf Online-Hassrede: Nach jahrelanger regulatorischer Zurückhaltung feierte es der damalige Justizminister Heiko Maas im Herbst 2015 bereits als Erfolg, dass ein Gesprächskreis („Task-Force“) unter freiwilliger Teilnahme von Facebook zustande kam. Dieser hatte zum Ziel, „zumindest kriminelle Aussagen aus dem Netz verschwinden“¹⁵ zu lassen. Doch nach mehreren, erfolglosen Treffen des Kreises legte Maas' Ministerium schließlich den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (NetzDG) vor. Auch die Begründung dieses Gesetzes warnte vor einer „Veränderung des gesellschaftlichen Diskurses“ und der „Debattenkultur im Netz“ sowie vor der Gefährdung „einer freien, offenen und demokratischen Gesellschaft“ – und hatte dennoch lediglich die Durchsetzung geltenden Rechts zum Inhalt. Derweil gingen und gehen die Herausforderungen digitaler Intermediäre für den demokratischen Diskurs jedoch, wie dargestellt, weit über die Existenz illegaler Inhalte hinaus; die neuen Dienste unterscheiden sich zu stark von den klassischen Medien, um ihnen mit einem juristisch abgesicherten „weiter so“ zu begegnen. Zwar haben inzwischen die für Medienrecht zuständigen Landesgesetzgeber mit dem Inkrafttreten des Medienstaatsvertrags im November 2020 zum ersten Mal explizit auch Intermediäre in ihre Regulierung einbezogen; auch auf EU-Ebene widmet sich der 2022 verabschiedete Digital Services Act der einflussreichen Rolle digitaler Intermediäre. Doch diese jüngeren Regulierungsinitiativen verpflichten die neuen medialen Akteure ebenfalls primär zu Transparenz und Diskriminierungsfreiheit und machen keine grundsätzlichen Vorgaben für den öffentlichen Diskurs, etwa mit Regeln zu Vielfalt und demokratischrepräsentativen Standards, wie sie für den privaten Rundfunk gelten.

Aus welcher Motivation und mit welchem inhaltlichen Schwerpunkt der Gesetzgeber Regulierungsinitiativen ergreift, ist naturgemäß ihm überlassen; auch ist gegen die Stärkung der Rechtsdurchsetzung im Netz oder eine Verbesserung der Transparenz digitaler Intermediäre schwerlich etwas einzuwenden. Jedoch stellt sich

¹⁵ Bundesregierung, Task-Force gegen Hassbotschaften (2015).

die Frage, ob die derzeitige Regulierungspraxis mit Blick auf die geschilderten medialen Entwicklungen nicht den für unsere Demokratie notwendigen öffentlichen Diskurs einem existenziellen Risiko aussetzt und wie diesem begegnet werden kann – oder besser: begegnet werden *muss*.

B. Intermediärsregulierung als verfassungsrechtliche Pflicht

Funktionierende demokratische Öffentlichkeit und Meinungsbildung sind nicht nur Voraussetzungen, sondern gleichermaßen Schutzgüter unserer Verfassung. Teilt man die Einschätzung der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG als für „eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung [...] schlechthin konstituierend [und] in gewissem Sinn die Grundlage jeder Freiheit überhaupt“¹⁶, ist damit die Frage aufgeworfen, welche Verantwortung der Staat trägt, nicht nur von Eingriffen in diese Freiheit abzusehen, sondern sie zugleich auch vor Schaden durch Dritte, vorliegend: neue mediale Akteure, zu schützen. Eine solche Frage geht über die Rechtfertigung von Medienregulierung zur Sicherung funktionierender demokratischer Meinungsbildung hinaus. Sie betrifft vielmehr darüber hinaus eine mögliche verfassungsrechtliche *Pflicht* zur Ergreifung entsprechender Maßnahmen. Die vorliegende Arbeit soll den Nachweis einer solchen verfassungsrechtlichen Pflicht zur Intermediärsregulierung erbringen.

Die Begründung staatlicher Regulierungspflichten aus grundrechtlichen Freiheiten heraus ist keine unbekannte verfassungsrechtliche Praxis, hat aber Ausnahmecharakter und unterliegt besonderen Begründungshürden. Mit Blick auf die Risiken neuer Medien für die Meinungsbildung erscheint sie überdies besonders problematisch: Sie läuft Gefahr, sich zu einer „Regulierungspflicht auf Verdacht“ zu entwickeln, da sie notwendigerweise an einem Zeitpunkt ansetzen muss, an dem über die genauen medialen Wirkungszusammenhänge noch wenig bekannt ist. Denn wenn erst praktische Gewissheit über die demokratischen Schäden digitaler Intermediäre herrscht, kommt ihre Regulierung im Zweifel bereits zu spät. Anders gewendet: Wer den Schutz der demokratischen Meinungsbildung zum Ziel hat, muss tätig werden, bevor sie Schaden nimmt.

Es wäre derweil nicht das erste Mal, dass der besondere Einfluss einer neuen Kommunikationstechnologie auf die Meinungsbildung eine solche Präventionspflicht des Staates auslöste. Die besondere Rolle des Rundfunks, vom Bundesverfassungsgericht einst als „Sondersituation im Bereich des Rundfunkwesens“¹⁷ und später als „dienende Freiheit“¹⁸ des Rundfunks bezeichnet, stellte und stellt die Grundlage für ein verfassungsrechtlich begründetes Medienregulierungsregime dar,

¹⁶ BVerfGE 7, 198 (208).

¹⁷ BVerfGE 12, 205 (261).

¹⁸ Ursprünglich BVerfGE 57, 295 (320); st. Rspr.

das den Staat zur Gestaltung „einer positiven Ordnung“ verpflichtet, die dem Medium Rundfunk demokratiefördernde Bedingungen auferlegen muss.¹⁹ In anderen Worten: Aus der „dienenden Freiheit“ des Rundfunks folgte eine staatliche Pflicht zur Rundfunkregulierung.

In einem halben Jahrhundert Rundfunkrechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht diesen dienenden Charakter und die besondere demokratische Verpflichtung der Rundfunkfreiheit immer wieder anders, aber eben doch *immer wieder* begründet und betont – einst mit dem technisch bedingten öffentlich-rechtlichen Rundfunkmonopol,²⁰ später mit der besonderen „Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft“²¹ des Mediums. Dabei hat das Gericht stets die Warnung wiederholt, der Gesetzgeber dürfe den Rundfunk nicht dem „freien Spiel der Kräfte“²² überlassen, da sich „einmal eingetretene Fehlentwicklungen – wenn überhaupt – nur bedingt und nur unter erheblichen Schwierigkeiten rückgängig“²³ machen ließen.

Mit eben diesem Argument, der Warnung vor den demokratischen Konsequenzen eines zu späten Regulierens bei Unsicherheit, verpflichtete das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber also zum Schutz der freien, demokratischen Meinungsbildung, oder vielmehr: zur Einhegung des „neuen“ Mediums Rundfunk. Denn die Begründung der Regulierungspflicht fußt bis heute nicht auf der *Meinungsfreiheit* des ersten Satzes des Art. 5 Abs. 1 GG, sondern auf einer nötigen Ausgestaltung der „dienenden“ Freiheit des *Rundfunks* aus dem zweiten Satz.

Über die Jahre ist diese spezielle Dogmatik der Rundfunkfreiheit nicht unwidersprochen geblieben – sei es wegen ihrer Sonderstellung im Rahmen der übrigen Freiheitsgrundrechte; sei es mit dem Hinweis darauf, dass jene „Fehlentwicklungen“, die einst als Resultat einer ungezügelten Rundfunkfreiheit befürchtet wurden, in der Realität nicht eingetreten seien.²⁴ Hat sich also das Konzept der dienenden Rundfunkfreiheit im 21. Jahrhundert (Kritiker der Sonderdogmatik würden sagen: schon immer) überlebt?

Es ist diese Vermutung, die die vorliegende Arbeit kritisch hinterfragen möchte. Unabhängig davon, ob man die dienende Rundfunkfreiheit für überholt hält: Ihrer Sonderdogmatik, die den Staat aus Sorge um die öffentliche Meinungsbildung zu Rundfunkregulierung verpflichtet, liegen Überlegungen und Fragestellungen zugrunde, die heute mit Blick auf digitale Intermediäre aktueller sind denn je. Denn der Blick vom Ursprung der Rundfunkfreiheitsdogmatik zur Digitalisierung, vom Schwarzweißfernseher zum Facebook-Newsfeed ist nur oberflächlich ein Blick in

¹⁹ BVerfGE 57, 295 (320).

²⁰ BVerfGE 12, 205 (261).

²¹ BVerfGE 90, 60 (87).

²² BVerfGE 31, 314 (325); 57, 295 (327); 83, 238 (319).

²³ BVerfGE 57, 295 (323); ähnlich: E 73, 118 (160); 95, 163 (173); 119, 181 (217); 121, 30 (52).

²⁴ Umfassend hierzu unten unter Teil 3 B. II., S. 162 ff.

zwei verschiedene Welten. Damals wie heute standen und stehen Rechtswissenschaft und -politik vor der Herausforderung, den richtigen regulatorischen Rahmen für gleichermaßen unbekannte wie wirkmächtige neue Medien zu finden. Die Grundfragen ähneln sich dabei: Wie wirkt ein weitgehend unbekanntes Medium auf unsere Demokratie? Welcher regulatorische Rahmen ist nötig, um negativen Konsequenzen vorzubeugen? Was darf der Staat dem „freien Spiel der Kräfte“ überlassen, wie viel Regelungsverantwortung muss er selbst tragen? Der Rundfunk ist die längste Zeit das „neue“ Medium gewesen. Dennoch bietet die Diskussion um seinen dienenden Charakter einen guten Ausgangspunkt, um sich grundsätzlich mit der Verantwortung des Staates im Umgang mit neuen Medien auseinanderzusetzen. Ziel der Untersuchung ist daher nicht, die dienende Rundfunkfreiheit zu bewahren. Vielmehr will die vorliegende Arbeit aus der Diskussion um deren dienenden Charakter jene Argumente gewinnen, mit denen sich auch angesichts der Risiken anderer neuer Medien die demokratische Meinungsbildung sichern lässt.

Hinzu kommt, dass die sich bisher aus der Rundfunkfreiheit ergebende Medieregulierungspflicht nicht die einzige verfassungsrechtliche Option darstellt, den Staat zum Tätigwerden zu veranlassen. Auch die Dogmatik grundrechtlicher Schutzwürdigen, die sich nicht an der *gefährdenden* sondern der *gefährdeten* verfassungsrechtlichen Größe orientiert, erscheint als Möglichkeit, eine staatliche Handlungspflicht zugunsten öffentlicher Meinungsbildung auszulösen. Sie gilt es, im Laufe der Untersuchung ebenfalls auf Plausibilität zu prüfen.

So überzeugend Überlegungen zur staatlichen Regulierungsverantwortung in der verfassungsrechtlichen Theorie sein mögen, tatsächlichen Wert für Meinungsbildung und Demokratie gewinnen sie erst in ihrer konkreten Anwendung. Hierzu bieten digitale Intermediäre als gegenwärtige mediale Herausforderung den passenden Anwendungsfall. Somit obliegt es der vorliegenden Untersuchung, an ihrem Beispiel schließlich mögliche Regulierungsansätze des Staates auszuloten und auf Geeignetheit zur Erfüllung seiner Regulierungsverantwortung zu prüfen.

Wohlgemerkt: Digitale Intermediäre mögen dabei der *aktuelle* Anwendungsfall sein, sie sind aber mit Sicherheit nicht der *letzte*. Denn in der Medienwelt ist Wandel eine der wenigen Konstanten: von Druckerpressen über Rundfunkwellen bis zu digitalen Intermediären – aber eben auch darüber hinaus. Vor diesem Hintergrund erscheint es müßig, statt einer Regulierungspflicht zum Schutz der Meinungsfreiheit *vor dem Rundfunk* nun schlicht einer entsprechenden Pflicht zum Schutz *vor Intermediären* das Wort zu reden. Vielmehr soll diese Untersuchung am Beispiel digitaler Intermediäre ganz grundsätzlich Erkenntnisse über die verfassungsrechtlichen Erwartungen an den staatlichen Umgang mit den Risiken neuer Medien herausarbeiten.

Es gilt, den Optimismus, mit dem die Mütter und Väter des Grundgesetzes vor mehr als 70 Jahren der Demokratie gegenübertraten, mit der Hilfe ihrer Verfassung auch für die Zukunft zu bewahren.

C. Stand der Forschung

Die Herausforderungen des Verfassungsrechts durch neue Medien bieten zweifellos ein weites rechtswissenschaftliches Feld – unbestellt ist dieses jedoch nicht. Ursprünglich war der Rundfunk das „neue“ Medium, anhand dessen sich die Rechtswissenschaft mit grundsätzlichen Fragen zwischen Medienverfassung und Medienwandel beschäftigte.

Insbesondere das komplizierte Verhältnis von subjektivrechtlichen Aspekten kommunikativer Freiheiten einerseits und ihrer objektivrechtlichen Seite mit der daran häufig anknüpfenden Regulierungsstruktur und der Figur einer dienenden Freiheit andererseits wird in seinen zahlreichen Facetten bereits seit Jahrzehnten betrachtet. Zu nennen sind in diesem Kontext – aufgrund der Fülle der Literatur nur schlaglichthaft – als Klassiker etwa die Dissertation von Jarass,²⁵ der das verfassungsrechtliche Zusammenspiel von Staat und Medien sowie insbesondere den „Doppelcharakter der Medienfreiheiten“ und die daraus folgenden Probleme der Grundrechtstheorie analysiert; die Habilitationsschrift von Stock,²⁶ der sich umfassend am Beispiel der Rundfunkfreiheit mit der funktionalen Dimension medialer Grundrechte beschäftigt; die Doktorarbeit von Hain,²⁷ in der sich der Autor kritisch mit der starken objektivrechtlichen Deutung der Rundfunkfreiheit durch das Bundesverfassungsgericht auseinandersetzt; die Dissertation von Schulz,²⁸ der den Anspruch hat, eben jene objektivrechtliche Bedeutung medialer Freiheiten subjektivrechtlich zu untermauern und zu belegen, um sie so gegen Kritik wie die genannte abzusichern; sowie über mehrere Jahrzehnte hinweg das Werk Hoffmann-Riem, ebenfalls nachdrücklicher Vertreter einer dienenden Freiheit und rechtswissenschaftlicher Begleiter des Medienwandels seit den 1970er Jahren.²⁹ Jedoch zeigt bereits der Blick auf die Jahressahlen der Veröffentlichungen, dass es sich zwar um grundsätzliche Untersuchungen medienverfassungsrechtlicher Art handeln mag, diese jedoch den heutigen Herausforderungen durch die Digitalisierung nur bedingt gerecht werden (können).

Doch auch den Schritt ins Digitalzeitalter haben die Rechtswissenschaft im Allgemeinen und das Medienverfassungsrecht im Besonderen inzwischen vollzogen. Neben einer Fülle entsprechender Aufsätze und Sammelbandbeiträge in diesem

²⁵ Jarass, Die Freiheit der Massenmedien (1978).

²⁶ Stock, Medienfreiheit als Funktionsgrundrecht (1985).

²⁷ Hain, Rundfunkfreiheit und Rundfunkordnung (1993).

²⁸ Schulz, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung (1998).

²⁹ Dem Werk in einer Auswahl gerecht zu werden, erscheint schwierig bis unmöglich, daher sei an dieser Stelle neben dem Klassiker Hoffmann-Riem, Rundfunkfreiheit durch Rundfunkorganisation (1979) auf eine Sammlung entsprechender Abhandlungen verwiesen: Hoffmann-Riem, Wandel der Medienordnung Reaktionen in Medienrecht, Medienpolitik und Medienwissenschaft (2009).

Bereich³⁰ beschäftigen sich auch zahlreiche Monographien der vergangenen Jahre mit der Rolle digitaler Medien.

Im Fokus steht dabei häufig die Einordnung solch neuer medialer Akteure in das Normengefüge des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, so etwa mit Blick auf konvergente Massenmedien die Arbeit von Schmidmann,³¹ bezogen auf soziale Netzwerke Giere³² sowie mit dem Fokus auf Suchmaschinen Grunenberg³³. Auch die explizite Rolle der dienenden Rundfunkfreiheit im Digitalzeitalter ist teils Objekt der Untersuchung, so etwa bei Davis³⁴, der ebenfalls die alternative Dogmatik einer staatlichen Schutzpflicht erwähnt.

Die Rolle digitaler Intermediäre für die Meinungsbildung bildet ebenfalls den Schwerpunkt verschiedener Arbeiten. So analysiert Pille³⁵ umfassend die Rolle und den Einfluss sozialer Netzwerke auf Kommunikation und Meinungsbildung und knüpft daran Überlegungen zu Regulierungsbedarfen und -optionen an. Hartl³⁶ wählt einen ähnlichen Untersuchungsansatz hinsichtlich Suchmaschinen. Etwas breiter nimmt Kellner³⁷ die Meinungsmacht von Internetintermediären als solchen in den Blick und orientiert sich für Regulierungsoptionen *de lege ferenda* am US-amerikanischen Beispiel. Jenseits der Rolle der Unternehmen betrachtet Tief³⁸ das verfassungsrechtliche Zusammenspiel der Kommunikationsfreiheiten sowohl digitaler Intermediäre als auch ihrer Nutzer*innen. Auf den besonderen Aspekt automatisierter Meinungsbeeinflussung durch „Political Bots“ hingegen konzentriert sich Laude³⁹ in seiner Arbeit, allerdings nicht ohne auf Schutz- und Handlungspflichten des Gesetzgebers mit Blick auf die Online-Kommunikation einzugehen.

³⁰ Eine umfassende Auflistung erscheint aufgrund der Fülle der Veröffentlichen aussichtslos, statt vieler siehe etwa Kühling, Die Verantwortung der Medienintermediäre für den Schutz öffentlicher Kommunikationsräume (2021); Ingold, Meinungsmacht des Netzes (2020); Wischmeyer, Making social media an instrument of democracy (2019); Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck, Eine Medienordnung für Intermediäre (2019); Kaiser/Reiling, Meinungsfilter durch soziale Medien – und das demokratische Ideal der Meinungsvielfalt? (2019); Paal/Hennemann, Meinungsbildung im digitalen Zeitalter (2017); Ingold, Digitalisierung demokratischer Öffentlichkeiten (2017); Dörr/Natt, Suchmaschinen und Meinungsvielfalt (2014); Hoffmann-Riem, Regelungsstrukturen für öffentliche Kommunikation im Internet (2012).

³¹ Schmidmann, Die verfassungsrechtliche Einordnung konvergenter Massenmedien (2013).

³² Giere, Grundrechtliche Einordnung sozialer Netzwerke vor dem Hintergrund des Netzwerk durchsetzungsgesetzes (NetzDG) (2021).

³³ Grunenberg, Suchmaschinen als Rundfunk (2017).

³⁴ Davis, Die „dienende“ Rundfunkfreiheit im Zeitalter der sozialen Vernetzung (2019).

³⁵ Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016).

³⁶ Hartl, Suchmaschinen, Algorithmen und Meinungsmacht (2017).

³⁷ Kellner, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären (2019).

³⁸ Tief, Kommunikation auf Facebook, Twitter & YouTube (2020).

³⁹ Laude, Automatisierte Meinungsbeeinflussung (2021).

Auf eine solche Rolle des Staates als Garant funktionierender digitaler Meinungsbildung blicken ebenfalls entsprechende Arbeiten. Dazu gehört etwa die Dissertation von Knebel⁴⁰, die sich allerdings auf mögliche Auswirkungen der mittelbaren Drittirkung auf marktmächtige soziale Netzwerke beschränkt. Einen entsprechenden Fokus auf die Drittirkung als mögliche Sicherung digitaler Plattform-Öffentlichkeit wählt auch Heldt⁴¹ in ihrer Arbeit. Mengden⁴² hingegen untersucht darüber hinaus, welche grundsätzliche Gewährleistungsaufgabe dem Staat mit Blick auf „algorithmen gestützte Zugangsdienste“ und ihrem Einfluss auf die Meinungsfreiheit zukommt. Staatliche Schutzpflichten analysiert Stinner in ihrer Arbeit⁴³, wenn auch „nur“ hinsichtlich informationstechnischer Systeme und ohne Meinungsbildungsbezug. Neben einer Betrachtung der meinungsbildenden Rolle digitaler Medienintermediäre widmet sich Heidtke⁴⁴ in seiner Dissertation intensiv der staatlichen Aufgabe medialer Vielfaltssicherung und geht auf entsprechende Regulierungsoptionen *de lege lata* wie auch *de lege ferenda* ein, ohne sich jedoch von der klassischen, rundfunkzentrierten Ausgestaltungsdogmatik zu lösen. Eine ähnliche Untersuchungsperspektive wählt Mafi Gudarzi⁴⁵ explizit für soziale Netzwerke und geht gar von einer staatlichen Regulierungspflicht aus, ohne diese jedoch als Schutzpflicht ausführlich zu entwickeln.

Eine solche Dreiteilung der Literatur zum Thema – (1) Einordnung digitaler Akteure in den Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG; (2) ihre Bedeutung für die Meinungsbildung; und (3) staatliche Verantwortung zur Sicherung funktionierender Meinungsbildung im Digitalen – hat offensichtlich holzschnittartigen Charakter und wird den einzelnen Arbeiten in ihrem jeweiligen Umfang nicht gerecht, der sich teils auch über die Grenzen dieser drei Bereiche erstreckt. Allerdings zeigt eine solche Gruppierung die bisherige Schwerpunktsetzung der Rechtswissenschaft in ihrer Herangehensweise an die Herausforderungen digitaler Medien und ermöglicht es, die Forschungslücke zu skizzieren, die im Fokus der vorliegenden Dissertation liegt: Es gilt, dogmatische Bausteine zu entwickeln, die die drei genannten Bereiche verbinden – unabhängig vom jeweiligen neuen Medium. Es geht um die verfassungsrechtliche Reaktion auf neue mediale Akteure *insgesamt*; um den Umgang unserer Verfassung mit der Unsicherheit neuer medialer Technologien. Diese Unsicherheit spielt zwar in jeder der zitierten Arbeiten eine Rolle, sie ist dort jedoch nur das Randelement eines jeweiligen konkreten medialen Einzelbeispiels.

Die vorliegende Arbeit will diese Herangehensweise umkehren: Statt ein bestimmtes neues Medium in die Dogmatik des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG einzuordnen, soll eben diese Dogmatik grundsätzlich hinterfragt und Vorschläge für eine Auslegung

⁴⁰ Knebel, Die Drittirkung der Grundrechte und -freiheiten gegenüber Privaten (2018).

⁴¹ Heldt, Intensivere Drittirkung (2023).

⁴² Mengden, Zugangsfreiheit und Aufmerksamkeitsregulierung (2018).

⁴³ Stinner, Staatliche Schutzpflichten im Rahmen informationstechnischer Systeme (2018).

⁴⁴ Heidtke, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020).

⁴⁵ Mafi Gudarzi, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken (2022).

gemacht werden, die einen Umgang auch mit zukünftigen medialen Entwicklungen und den damit verbundenen Unsicherheiten ermöglicht. Zwar nutzt auch diese Arbeit dabei digitale Intermediäre als konkretes Anwendungsbeispiel. Ihre Untersuchung bildet jedoch nicht den Kern der Analyse, sondern einen ersten Anwendungsfall der neuen verfassungsrechtlichen Bausteine.

Dass das Medienverfassungsrecht Potenzial für eine entsprechende Erneuerung hat, zeigt derweil auch die Herangehensweise der Rechtsprechung an die neuen digitalen Medienakteure. So hat sich auch das Bundesverfassungsgericht mit der Rolle digitaler Intermediäre und der Verantwortungsverteilung zwischen den neuen Akteuren und dem Staat auseinandergesetzt. Die gewissermaßen analoge Grundlage dieser Beschäftigung bilden die Fraport-Entscheidung⁴⁶ und der Bierdosen-Flashmob-Beschluss⁴⁷, in denen sich das Gericht mit der Bedeutung von durch Private zur Verfügung gestellten Foren für öffentliche Meinungsbildung (und der daraus folgenden, mittelbaren Grundrechtsbindung) auseinandersetzte. Diese Überlegungen übertrug es schließlich im „III. Weg“-Beschluss⁴⁸ im Rahmen einstweiligen Rechtsschutzes in den digitalen Raum: Facebook, das die Seite der rechtsextremen Partei „Der III. Weg“ wegen eines Verstoßes gegen das Hassrede-Verbot seiner Hausregeln gesperrt hatte, sei „[g]erade für die Verbreitung von politischen Programmen und Ideen“ ein „nicht ohne weiteres austauschbare[s] Medium“ und insofern „von überragender Bedeutung“⁴⁹. Eine mittelbare Grundrechtsbindung sei insofern nicht auszuschließen. In „Recht auf Vergessen I“ mahnte das Gericht, ebenfalls mit Blick auf Facebook, erneut eine mögliche mittelbare Drittwirkung an, „wenn private Unternehmen in eine staatsähnlich dominante Position rücken oder etwa die Bereitstellung schon der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation selbst übernehmen“⁵⁰.

Jenseits des Konzepts mittelbarer Drittwirkung stellte das Gericht klar, dass auch aus medienverfassungsrechtlicher Perspektive die Digitalisierung im Allgemeinen sowie digitale Intermediäre im Besonderen eine Herausforderung darstellen, und erteilte der Vorstellung eines geringeren Machtgefälles zwischen Medien und Publikum im digitalen Raum eine klare Absage: „Die Digitalisierung der Medien und insbesondere die Netz- und Plattformökonomie des Internets einschließlich der sozialen Netzwerke begünstigen – im Gegenteil – Konzentrations- und Monopolisierungstendenzen“⁵¹. Darüber, welche Konsequenzen aus dieser Entwicklung zu ziehen sind, schweigt sich das Gericht jedoch bisher aus.

⁴⁶ BVerfGE 128, 226.

⁴⁷ BVerfG, 1 BvQ 25/15 v. 18.07.2015.

⁴⁸ BVerfG, 1 BvQ 42/19 v. 22.05.2019.

⁴⁹ Ebd., Rn. 19.

⁵⁰ BVerfGE 152, 152 (191).

⁵¹ BVerfGE 158, 389 (419).

Es ist das Ziel der kommenden Seiten, einen entsprechenden Vorschlag zu machen.

D. Gang der Darstellung

Die vorliegende Arbeit soll sich ihren Untersuchungsgegenständen in drei Schritten nähern. Diese entwickeln sich vom Allgemeinen ins Konkrete: Von der grundsätzlichen Rolle und Bedeutung von Kommunikation in Demokratie und Verfassung (Teil 2) über eine Analyse und Weiterentwicklung des verfassungsrechtlichen Zugriffs auf mögliche Schäden durch neue Medien (Teil 3) bis zur Systematisierung einzelner regulatorischer Ansatzpunkte anhand des Beispiels digitaler Intermediäre (Teil 4).

Nach dem einführenden Teil 1 blickt in einem ersten Schritt Teil 2 auf die Bedeutung und das allgemeine Zusammenspiel von Kommunikation, Öffentlichkeit, Meinungsbildung und Medien in der modernen Demokratie (Teil 2 A.), um darauf aufbauend entsprechenden verfassungsrechtlichen Bezügen *außerhalb* der Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG nachzuspüren (Teil 2 B.). Ziel dieses Art.-5-externen Überblicks ist es, eine gewissermaßen *implizite* verfassungsrechtliche Funktionserwartung an Öffentlichkeit und Meinungsbildung herauszuarbeiten. Daran anknüpfend leitet Teil 2 C. mit der historischen Genese und verfassungsrechtlichen Rolle der Freiheiten der Individualkommunikation des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG in die Kern-Norm der Kommunikationsgrundrechte ein, um im Anschluss (Teil 2 D.) im Detail die Bedeutung und die subjektivrechtliche sowie objektivrechtliche Dimensionen der Medienfreiheit des Satzes 2 aufzuschlüsseln. Ziel des Kapitels ist es, den Nebel um Begriffe wie Medien und Meinungsbildung zu lichten und ihre Rolle und Bedeutung im Verfassungsrecht zu beleuchten.

Folgend widmet sich Teil 3 der besonderen Regulierungsverantwortung des Staates, die sich aus möglichen medialen Schäden für die Meinungsbildung ergeben kann. Die in diesem Kontext durch das Bundesverfassungsgericht entwickelte Sonderdogmatik der dienenden Rundfunkfreiheit soll in ihrer Genese dargestellt (Teil 3 A.) sowie unter Bezugnahme auf den bestehenden, breiten Literaturkanon kritisch hinterfragt werden (Teil 3 B.). Entsprechend argumentiert im Anschluss Teil 3 C. dieser Arbeit mit einer staatlichen Schutzpflicht für eine grundsätzlich andere Herleitung der Verantwortung des Staates zu Medienregulierung, deren Anschlussfähigkeit auch im europäischen Rechtsrahmen dargelegt wird (Teil 3 D.). Dieser dritte Teil der Arbeit zeigt auf, welche Bedeutung und verfassungsrechtliche Vorteile eine Schutzpflicht als zukunftsfähige Grundlage staatlicher Regulierungsverantwortung für neue Medien hat.

Teil 4 schließlich obliegt es, eine solche Schutzpflichtdogmatik des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG für den „aktuellen“ Fall neuer Medien, die digitalen Intermediäre urbar zu machen. Nach einer Darstellung des Charakters und der Risiken digitaler Interme-

diäre (Teil 4 A.) stellt Teil 4 B. verschiedene Regulierungsansätze dar und ordnet diese als einzelne Bausteine in eine mögliche zukünftige verfassungsrechtliche Systematik staatlicher Medienregulierung ein.

Teil 5 schließlich fasst die Erkenntnisse dieser Arbeit in Ergebnissätzen zusammen.

Teil 2

Demokratische Medienöffentlichkeit: Bedingung und Aufgabe des Grundgesetzes

„Vornehmstes Menschenrecht“, „schlechthin konstituierend“, „Grundlage jeder Freiheit“ – die Bedeutung, die das BVerfG der Meinungsfreiheit bereits früh zugemessen hat,¹ ist enorm. Im Grundsatz gilt dieses Pathos ebenso für die übrigen Aspekte des Art. 5 Abs. 1 GG² und damit für insgesamt fünf, oder besser: „mindestens fünf“³ verschiedene Kommunikationsfreiheiten des Grundgesetzes. Für ein demokratisches Gemeinwesen mag die Bedeutung von Meinungs-, Informations-, Presse-, Rundfunk- und Filmfreiheit, in anderen Worten: die Bedeutung von Kommunikation und Meinungsbildung, durchaus *intuitiv* sein – *selbsterklärend* jedoch ist sie nicht.

Hinzu kommt: Die meisten der Begriffe, mit denen die Rechtswissenschaft im Kontext der Kommunikationsgrundrechte hantiert, sind – gelinde gesagt – vage. „Trotz der zentralen Stellung, welche die Meinungsbildung [...] einnimmt, finden sich dafür in der juristischen Literatur nur wenige Erläuterungen“⁴, stellen Neuberger und Lobigs recht lapidar fest und treffen damit den Nagel auf den Kopf.⁵

Dieses Kapitel soll daher eine Brücke schlagen zwischen dem Realbereich von Kommunikation, Öffentlichkeit und Meinungsbildung einerseits sowie seiner verfassungsrechtlichen Erfassung andererseits. Dabei geht es in einem ersten Schritt darum, einen Erläuterungsrahmen zu erarbeiten, der einerseits der zentralen Stellung der Meinungsbildung gerecht wird und der andererseits den analytischen Blick für die folgenden Kapitel schärft. Da es sich bei den angesprochenen Begriffen weniger um originär juristische handelt als um Vokabel-Leihgaben der Kommunikations- und der Medienwissenschaft, soll es im *ersten* der fünf *Unterkapitel* darum gehen, der

¹ BVerfGE 7, 198 (208).

² So bereits Stern, in: Stern, Staatsrecht IV/1, S. 1380.

³ Die Formulierung von Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Art. 5 Abs. 1–2 Rn. 39 deutet hier bereits die Uneinigkeit an, für die der seit 1945 unveränderte Verfassungstext in Kombination mit sich ständig ändernden Kommunikationstechnologien sorgt, siehe unten unter Teil 2 E. II., S. 95 ff.

⁴ Neuberger/Lobigs, Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltssicherung (2010), S. 15.

⁵ Ausgesprochen instruktiv argumentiert auch Schulz den Bedarf der Rechtswissenschaft an kommunikationswissenschaftlicher Kompetenz zur (Neu-)Schärfung des eigenen analytischen Handwerkszugs (Schulz, Soziale Ordnung und Kommunikationsstrukturen (2015)).

Bedeutung und Entwicklung einiger zentraler Begriffe in ihren Heimatdisziplinen nachzuspüren.⁶ Ausgehend von Volks- und Staatswillensbildung als Zweck kommunikativer Interaktion in einer Demokratie werden die verschiedenen Dimensionen und Bedeutungen von Öffentlichkeit sowie ihre Rolle in der Meinungsbildung beleuchtet, um schließlich einen Blick auf die vermittelnde Funktion und den Einfluss der Medien zu werfen.

Das *zweite Unterkapitel* widmet sich daran anknüpfend der Bedeutung von Kommunikation und Meinungsbildung aus juristischer Perspektive, genauer: den Erwartungen, die unsere Verfassung – überwiegend implizit – an eine funktionierende Öffentlichkeit heranträgt. Es wird zu zeigen sein, dass zahlreiche staatsorganisatorische wie grundrechtliche Normen auch jenseits des Art. 5 Abs. 1 GG auf Öffentlichkeit und Meinungsbildung angewiesen sind und ihre Funktion voraussetzen. Diese verfassungsrechtlichen *Erwartungen* bilden die Grundlage für die darauf aufbauende *Gestaltung* der Rahmenbedingungen des öffentlichen Diskurses durch das Verfassungsrecht.

Wie diese verfassungsrechtliche Gestaltung in den Kernnormen der Kommunikationsverfassung, den Sätzen 1 und 2 des Art. 5 Abs. 1 GG, angelegt ist, darauf gehen die darauffolgenden beiden Unterkapitel ein. Zunächst blickt das *dritte* auf die Freiheiten der Individualkommunikation in Satz 1, in denen bereits auf individueller Ebene der Zugang zu und die Teilhabe an Öffentlichkeit angelegt ist: Nicht nur belegt die historische Genese der Meinungsfreiheit ihre politische und gesellschaftliche Relevanz auch jenseits des individuellen Freiheitsrechts; auch ihr konkreter verfassungsrechtlicher Ausdruck in Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG nimmt, so wird darzulegen sein, Bezug auf die *überindividuelle* Bedeutung von Kommunikation und Meinungsbildung.

Im Anschluss widmet sich das *vierte Unterkapitel* schließlich den Medien und ihrer verfassungsrechtlichen Gestaltung durch Satz 2 des Art. 5 Abs. 1 GG. Es soll deutlich machen, dass das Grundgesetz sowohl die Bedeutung medialer Vermittlung für die vorausgesetzte Funktion von Öffentlichkeit erkennt als auch objektivrecht-

⁶ Eine solche, über die Grenzen etablierter wissenschaftlicher Disziplinen hinweg vollzogene Begriffsbildung stellt stets eine besondere Herausforderung dar und läuft schlimmstens Gefahr, weder der eigenen noch der fremden Disziplin gerecht zu werden. (Siehe zu den Herausforderungen nur *Voßkuhle*, § 1 Neue Verwaltungsrechtswissenschaft (2022), Rn. 39 m. w. N.) Daher kann es nicht Ziel der vorliegenden Arbeit sein, die *eine*, definitive interdisziplinäre Bedeutung der untersuchten Begriffe zu ermitteln. Vielmehr geht es darum, mit Hilfe anderer Disziplinen den juristischen Blick zu weiten und zu schulen. Für weitere solche extra-juristischen Perspektiven sei auf die entsprechenden Ausführungen bei *Laude*, Automatisierte Meinungsbeeinflussung (2021), S. 15 ff.; *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 41 ff.; sowie insbesondere *Mengden*, Zugangsfreiheit und Aufmerksamkeitsregulierung (2018), S. 11 ff.; *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 27 ff. verwiesen, die sich um ähnliche kommunikationswissenschaftliche und soziologische Anregungen mit Blick auf ihren juristischen Untersuchungsgegenstand aus dem Feld Kommunikation, Meinung und Medien bemühen.

liche Gehalte der Medienfreiheit an das daraus folgende Risiko medialer Macht knüpft.

Welche genaue Gestalt diese objektivrechtlichen Gehalte annehmen, ist Gegenstand des abschließenden *fünften Unterkapitels*. Dieses soll der Klärung einer Reihe medienverfassungsrechtlicher Grundfragen dienen – von der Abgrenzung zwischen den Freiheiten der Individual- und der Massenkommunikation über die überholte Trennung der Medientypen des Satzes 2 bis hin zur umfassenden Darstellung der zuvor angesprochenen und nun auszuführenden objektivrechtlichen Gehalte der Medienfreiheit, die mediale Akteure auf ihre Funktion im Ideal öffentlicher Meinungsbildung ausrichten und das Risiko medialer Macht eindämmen sollen.

A. Grundlagen: Öffentlichkeit und Meinungsbildung in der Demokratie

In einer Demokratie⁷ ist es die nötige Vermittlung zwischen den unterschiedlichen Willen der Mitglieder einer Gesellschaft, die Kommunikation und Meinungsbildung ihre besondere Bedeutung verleiht.⁸ Sie ist Voraussetzung für das funktionierende Zusammenspiel von demokratischem Staat und seinen Bürger*innen; dafür, dass eine staatliche Entscheidungsfindung überhaupt demokratisch möglich wird.⁹ „Nicht die öffentliche Meinung an sich ist für die freiheitliche Demokratie maßgebend, sondern nur die öffentliche Meinung, die in einem freien Meinungsbildungsprozeß zustande gekommen ist.“¹⁰

Bevor daher auf die juristische Interpretation dieser Prozesse und ihre mögliche Normierung näher eingegangen wird, sollen im Folgenden zunächst aus staats- und kommunikationswissenschaftlicher Perspektive Bedeutung und Unterscheidung staatlicher und gesellschaftlicher Willens- und Meinungsbildung betrachtet werden. Es geht darum, den Prozess besser zu verstehen, der in seinem Ergebnis zur Entscheidungsfindung im demokratischen Rechtsstaat des Grundgesetzes führt. Auch eine genuin juristische Arbeit kann nur mit einer solchen breiteren Grundlage ihrem

⁷ Auch in Staatsformen, die Macht durch andere Argumente legitimieren als die demokratische – etwa durch Erbfolge, Gottesgnadentum oder Ständeangehörigkeit – können Kommunikation und öffentliche Meinung von Bedeutung sein, s. auch *Kloepfer*, in: HStR³ III, § 42 Rn. 12; *Holznagel*, Meinungsbildung im Internet (2011), S. 205; *Holznagel*, Erosion demokratischer Öffentlichkeit? (2009), S. 384; *Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt (2005), S. 172. Da das Grundgesetz eine freiheitlich-demokratische Grundordnung vorsieht, legt die vorliegende Ausarbeitung ihren Fokus auf die demokratische Bedeutung von Kommunikation und Öffentlichkeit.

⁸ Etwa *Böckenförde*, in: HStR³ III, § 34 Rn. 4; sowie *Klein/Schwarz*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 42 Rn. 9 f.

⁹ Siehe *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 61 ff.

¹⁰ *Kloepfer*, in: HStR³ III, § 42 Rn. 12.

Anspruch gerecht werden, die einschlägigen Verfassungsnormen mit der Verfassungswirklichkeit und ihrem -ideal in Einklang zu bringen.

Einen Einstieg in diese Untersuchung bietet – gewissermaßen als Brücke zwischen der gesellschaftlichen Wirklichkeit und den staatsorganisatorischen Vorgaben unserer Verfassung – die Unterscheidung von Volks- und Staatswillensbildung.¹¹ Wie zu zeigen sein wird, spielt der Begriff der Öffentlichkeit in diesem Prozess eine zentrale – wenn auch in seiner Bedeutung bisweilen verschwommen-schillernde – Rolle. Wie diese Rolle aussieht und welche Bedeutung Öffentlichkeit für die (persönliche, gesellschaftliche und staatliche) Entscheidungsfindung spielt, soll zunächst im Rahmen einer Klärung der verschiedenen Begriffsdimensionen von Öffentlichkeit dargestellt werden.¹²

Darauf aufbauend ist die nächste Stufe des Entscheidungsfindungsprozesses herauszuarbeiten: die funktionale Rolle der Öffentlichkeit als Forum zur Meinungsbildung. Es geht um die Bedeutung und den Entstehungsprozess der öffentlichen Meinung, die als Referenzpunkt nicht nur für die individuelle und gesellschaftliche Auseinandersetzung im Diskurs von Relevanz ist, sondern auch für die im Verfassungsrecht verankerten, politischen Entscheidungsprozesse.¹³

Zum Abschluss dieser Untersuchung zu kommunikativen Grundlagen der Willensbildung in Staat und Gesellschaft ist der Fokus auf die Rolle der Medien zu richten. Ohne diese, so wird zu zeigen sein, erscheint die Vermittlung zwischen der Willensbildung von Individuum, Gesellschaft und Staat in einer modernen (Medien-) Demokratie als vergebliches Unterfangen.¹⁴ Diese Position der Medien als zwingend nötiger Vermittler im gesellschaftlich-demokratischen Kommunikationsprozess führt nicht nur zu einer aus kommunikationswissenschaftlicher Sicht besonderen Bedeutung. Sie bildet außerdem den Anknüpfungspunkt für ihre verfassungsrechtliche Erfassung, die das Zentrum dieser Arbeit darstellt.

Nach der Erarbeitung der grundlegenden, kommunikationswissenschaftlichen Zusammenhänge ist somit jenes Fundament erarbeitet, auf dem im Anschluss die juristische Perspektive aufsetzen kann.¹⁵

I. Volks- und Staatswillensbildung

Wie kann ein Staat demokratisch(e) Entscheidungen fällen? Zwar erscheint es möglich, staatliches Handeln auch mit rein prozeduralen Mitteln zu demokratisieren, indem er etwa seine Gewalt durch Institutionen wie Wahl, Parlament und Verfassung

¹¹ Teil 2 A. I., S. 32 f.

¹² Teil 2 A. II., S. 34 ff.

¹³ Teil 2 A. III., S. 39 ff.

¹⁴ Teil 2 A. IV., S. 44 ff.

¹⁵ Teil 2 B. ff., S. 50 ff.

strukturiert und an den Volkswillen rückbindet. Jedoch begegnet eine solche Form der rein prozeduralformalen Demokratisierung der Staatswillensbildung zwei Problemen, die „zu einer Neubestimmung der Teilhabe- und Rationalisierungsfunktion des Öffentlichen“¹⁶ zwingen:

Zum einen kann die staatlich organisierte Beschlussfassung nicht im luftleeren Raum entstehen, sie benötigt in einer Demokratie zwingend inhaltlich-diskursive Anknüpfungspunkte in der Gesellschaft.¹⁷ Denn die staatliche, *organisierte* Entscheidungsfindung speist sich notwendig aus einer *unorganisierten*, die ihr als eigener Prozess auf gesellschaftlicher Ebene vorangeht;¹⁸ die zunächst jene Fragen formuliert, die entschieden werden müssen, und die somit der institutionalisierten Teilhabe erst den Boden bereitet.¹⁹ Auch im Grundgesetz findet sich diese Differenzierung, indem Art. 21 Abs. 1 GG die politische Willensbildung des Volkes durch die Parteien behandelt,²⁰ Art. 20 Abs. 2 GG hingegen die Staatswillensbildung.²¹ Klar zu trennen sind diese beiden Bereiche freilich nicht: „Willensbildung des Volkes und staatliche Willensbildung sind auf vielfältige Weise miteinander verschränkt.“²²

Doch die Bedeutung des Unterschieds zwischen *Volkswillensbildung* und *Staatswillensbildung* wird insbesondere in einer *repräsentativen* Demokratie wie jener des Grundgesetzes deutlich, stellt hier die parlamentarische Entscheidungsfindung (i. e. Staatswillensbildung) doch eine bewusste Entkoppelung vom Volkswillen dar.²³ Volks- und Staatswillensbildung fallen dabei – so das BVerfG – lediglich in dem Moment zusammen, „wenn das Volk als Verfassungs- oder Kreationsorgan

¹⁶ Scherberg, Die Öffentlichkeit der Verwaltung (2000), S. 177.

¹⁷ Hartl, Suchmaschinen, Algorithmen und Meinungsmacht (2017), S. 27 spricht von Öffentlichkeit und Meinungsbildung als „schlicht notwendig für den demokratischen Prozess“.

¹⁸ Vergleiche BVerfGE 8, 104 (113): „Öffentliche Meinung und politische Willensbildung des Volkes kann nicht identifiziert werden mit staatlicher Willensbildung.“

¹⁹ Siehe Mafi Gudarzi, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken (2022), S. 82 f.; Schmitt Glaeser, in: HStR³ III, § 38 Rn. 2 ff., 28 ff.; sowie außerdem Brenner, in: Stern/Sodan/Möstl, StaatsR I, § 14 Rn. 43 ff.; Kloepfer, in: HStR³ III, § 42; und Klein/Schwarz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 42 Rn. 9. Vergleiche auch BVerfGE 97, 350 (369) sowie bereits E 20, 56 (98 f.).

²⁰ Siehe hierzu auch unten, Teil 2 B. II., S. 55 ff.

²¹ So auch BVerfGE 8, 104 (113).

²² BVerfGE 20, 56 (99).

²³ Dahrendorf geht sogar noch weiter, indem er innerhalb der Volkswillensbildung die Teilnahme *aller* als geradezu nachteilhaft beschreibt: „Nichtteilnahme [ist] innerhalb gewisser Grenzen nicht nur tragbar, sondern geradezu wünschenswert. Es ist ein Element freiheitlicher Verhältnisse, daß die Öffentlichkeit nicht aus einer Menge gleich motivierter und in gleicher Weise teilnahmeorientierter Individuen besteht. [...] Die demokratische Utopie der total aktivierenden Öffentlichkeit ist als Entwurf zur Realisierung so totalitär wie alle Utopien; glücklicherweise ist sie auch ebenso unmöglich.“ (Dahrendorf, Aktive und passive Öffentlichkeit (1969), S. 5 f.).

durch Wahlen und Abstimmungen selbst die Staatsgewalt ausübt“²⁴. In anderen Worten: An der Wahlurne berühren sich Volks- und Staatswillensbildung.

Dies jedoch führt uns zum zweiten Problem einer Staatswillensbildung, die sich auf prozedural-demokratische Elemente wie Wahlen und Abstimmungen verlässt: Diese erfassen möglicherweise gerade *nicht* den Volkswillen im Sinne einer *volonté générale*, an den eine Staatswillensbildung anknüpfen könnte. Ihre geheimen Abstimmungen summieren vielmehr aus zahlreichen Einzelstimmen eine *volonté de tous*, wie Carl Schmitt unter Bezug auf Rousseau argumentiert: „Hierbei sind, verfassungsgesetzlich gesehen, die Versammelten nicht Volk und bewegen sich nicht in einer öffentlichen Funktion. [...] Die Wahl oder Abstimmung ist vielmehr geheime Einzelabstimmung. Die Methode der geheimen Einzelabstimmung ist aber nicht demokratisch, sondern ein Ausdruck des liberalen Individualismus“²⁵.

Auch wenn man Schmitts Beschreibung einer geheimen Abstimmung als per se „undemokratisch“ nicht mittragen mag: Sein Argument macht deutlich, dass es in einer Demokratie zur Ermittlung des und Rückkopplung an den Volkswillen möglicherweise mehr bedarf als punktueller Willensäußerungen der Individuen in geheimen Wahlen. Es wirft ein Licht auf die nötige Willensbildung, die im Vorfeld der förmlichen Äußerung im Rahmen des Diskurses von Individualmeinungen stattfindet: „[D]ie nichtorganisierte letzte Instanz in der Demokratie lebt von der Öffentlichkeit“²⁶, um nicht zu sagen: sie *ist* die Öffentlichkeit²⁷.

Dieser Überlegung liegt der (auch) kommunikative Wettbewerbsgedanke des Liberalismus zugrunde, dass sich im freien Austausch der Meinungen das bessere Argument durchsetzt und auf diese Weise „geistigen Fortschritt in ungehinderter Entfaltung von Rede und Gegenrede“ erzeugt.²⁸

II. Dimensionen des Öffentlichkeitsbegriffs

Wo und wie findet dieser Prozess statt, in dem die unterschiedlichen Meinungen aufeinandertreffen und mittels dessen sich der gesellschaftliche, kommunikative Austausch vollzieht und „Fortschritt erzeugt“? Er lässt sich mit Habermas „am

²⁴ BVerfGE 20, 56 (98).

²⁵ Schmitt, Verfassungslehre (2017), S. 244; vertiefend Kloepfer, in: HStR³ III, § 42 Rn. 20 ff.; siehe auch BVerfGE 8, 104 (113 f.).

²⁶ Smend, Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit (1955), zitiert nach Smend, Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit (2010), S. 469.

²⁷ So Gerhards/Neidhardt, Strukturen und Funktionen moderner Öffentlichkeit (1990), S. 3 unter Verweis auf Smend.

²⁸ Schneider, Pressefreiheit und politische Öffentlichkeit (1966), S. 152, inklusive folgendem historischen Überblick; außerdem Kloepfer, in: HStR³ III, § 42 Rn. 14; sowie Schneider, Die historischen Voraussetzungen von Artikel 5 des Grundgesetzes (1967), S. 24. Ridder spricht, Heinrich Karl Jaup zitierend, vom „moralischen Urteil aller Besseren und Verständigen“ als Ergebnis dieses Vorgangs (Ridder, Meinungsfreiheit, S. 252).

ehesten als ein Netzwerk für die Kommunikation von Inhalten und Stellungnahmen, also von Meinungen beschreiben; dabei werden die Kommunikationsflüsse so gefiltert und synthetisiert, daß sie sich zu themenspezifisch gebündelten öffentlichen Meinungen verdichten“²⁹. Dieses Netzwerk, in dessen Rahmen der Austausch stattfindet, nennt Habermas: Öffentlichkeit.³⁰

Jahrzehnte der sozialwissenschaftlichen Befassung mit diesem Begriff haben ihn nicht konsolidiert, im Gegenteil, weshalb manche vom „umkämpften Charakter von Öffentlichkeit“³¹ sprechen. Dabei handelt es sich allerdings um einen Kampf, der im Rahmen dieser Arbeit weder entschieden werden kann noch soll. Jedoch kommt auch eine juristische Arbeit, die sich mit der Bedeutung von Kommunikation, Meinung und Medien auseinandersetzt, nicht umhin, die Bedeutungsdimensionen des Begriffs zumindest grob zu umreißen.

Aufgrund ihrer zentralen Rolle für die Meinungsbildung – und nicht zuletzt, um Missverständnisse durch einen unscharfen Gebrauch des Begriffes zu vermeiden – soll auf den folgenden Seiten zunächst ein solcher Umriss stattfinden. Im Anschluss soll darauf eingegangen werden, welche Funktion der Öffentlichkeit im Prozess der Meinungsbildung zukommt.

1. Funktionale Dimension

In der dargestellten Habermas’schen Definition wird bereits eine von mehreren Spielarten des Begriffs Öffentlichkeit deutlich, nämlich seine *funktionale Dimension*³²: Demnach bildet die Öffentlichkeit eine Mittlerin zwischen individueller und öffentlicher Meinung, gewissermaßen ihren Kristallisierungspunkt. Dabei ist Öffentlichkeit keine Einbahnstraße von individueller zu öffentlicher Meinung – vielmehr beeinflussen sich die verschiedenen Ebenen gegenseitig: „Die Funktion des Öffentlichkeitssystems liegt in der Selbstbeobachtung und Synchronisation der Gesellschaft. Die Akteure des politischen Systems beobachten sich via Medien wechselseitig. Gleichzeitig antizipieren sie ihr Beobachtetwerden durch Medien und beziehen es in ihr Handeln ein“³³.

²⁹ Habermas, Faktizität und Geltung (1994), S. 436.

³⁰ Zum historischen Hintergrund des Öffentlichkeitsbegriffs siehe etwa Coelln, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt (2005), S. 14 f. m. w. N. sowie umfassend Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit (1962), (Suhkamp-Ausgabe, 17. Aufl. 2015, S. 54 ff.).

³¹ Seeliger/Sevignani, Zum Verhältnis von Öffentlichkeit und Demokratie. Ein neuer Strukturwandel? (2021), S. 13. Dass dieser Kampf um den Begriff auch angesichts des digitalen Wandels erneut aufflammt, zeigen die umfassenden Beiträge des Bandes.

³² Siehe auch die Ausführungen bei Scherberg, der von der „soziale[n] Funktion des Öffentlichen“ spricht (Scherberg, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, S. 186 ff.).

³³ Neuberger/Lobigs, Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltssicherung (2010), S. 16.

Komplexer wird es dadurch, dass in der Bedeutung von „Öffentlichkeit“ außerdem sowohl das Ergebnis jenes Mittlungsprozesses anklingt als auch dessen Teilnehmer*innen: „Zum einen werden mit Öffentlichkeit die aggregierten Meinungen der Bürger einer Gesellschaft bezeichnet, zum anderen meint Öffentlichkeit ein wie immer auch genau zu bestimmendes Kollektiv, das gleichsam der Souverän politischer Entscheidungen sein soll“³⁴. In der Konsequenz steht Öffentlichkeit damit für ein kommunikatives Forum der Vielen. Hierin zeigt sich der Liberalismus des 18. Jahrhunderts als eine Wurzel des Öffentlichkeitsbegriffs: „Mit ihm wurde das umfasst, was der Allgemeinheit zugänglich sein sollte, und was der Staat nicht mehr als geheim reklamieren konnte.“³⁵ Somit entstand der Begriff in der Entwicklung eines Gegenmodells zur Arkanpolitik des Absolutismus.³⁶ Öffentlichkeit hieß, ein Thema der Geheimhaltung der Wenigen zu entreißen, sie war „die begriffliche Fahne, unter der eine neue Welt, eine neue Ordnung der Dinge das Abendland zu erobern sucht[e]“³⁷.

2. Räumliche Dimension

In dieser Deutung scheint eine zweite, *räumliche Dimension* des Begriffes auf: Öffentlichkeit als ein Kreis von Kommunikationsteilnehmer*innen, innerhalb dessen ein ungehinderter Austausch zu bestimmten Themen stattfindet. Der Begriff hat in dieser Dimension allerdings keinen Absolutheitsanspruch – „öffentlicht“ heißt nicht zwingend „allen zugänglich“. So lassen sich durchaus verschiedene Öffentlichkeitssphären voneinander unterscheiden, mit Blick auf die Wurzeln des Liberalismus in der Aufklärung etwa liegen Unterschiede zwischen der „Machtöffentlichkeit“ des Hofes und später des Parlaments mit erkennbarem Einfluss der dortigen Kommunikation auf politische Entscheidungen *einerseits* sowie der breiteren, gesellschaftlichen Öffentlichkeit *andererseits*, deren Diskurs ohne großen Einfluss stattfand.³⁸ Heute hat sich der Fokus des Interesses allerdings vom Gegensatz Öffentlichkeit vs. Geheimpolitik auf den Kontrast zwischen Öffentlichkeit und Privatheit verschoben.³⁹ Nicht zuletzt das Bundesverfassungsgericht⁴⁰ hat in steter

³⁴ Gerhards, Öffentlichkeit (1998), S. 268.

³⁵ Donges/Jarren, Politische Kommunikation in der Mediengesellschaft (2017), S. 75.

³⁶ Siehe bereits Schneider, Die historischen Voraussetzungen von Artikel 5 des Grundgesetzes (1967), S. 22 ff.; sowie Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 31 f.; Holznagel, Erosion demokratischer Öffentlichkeit? (2009), S. 383 f.; Klein/Schwarz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 42 Rn. 5.

³⁷ Smend, Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit (1955), zitiert nach Smend, Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit (2010), S. 464.

³⁸ Vergleiche ausführlich Gestrich, Öffentlichkeit und Verfassung in der Frühen Neuzeit (2020), passim, insb. 79 ff.

³⁹ Vergleiche Driève, Politische Kommunikationsräume im Internet (2013), S. 74 und Wolff, Privatheit und Öffentlichkeit – eine Positionsbestimmung in der digitalen Welt (2013), S. 19. Seeliger/Sevignani erkennen hierin den „Strukturwandel des (sozial-)räumlichen Re-

Rechtsprechung diese Unterscheidung betont, jedoch im Rahmen seiner Sphärentheorie auch deutlich gemacht, dass zwischen den beiden Enden zahlreiche Nuancen existieren, die sich nicht mit einem klaren Dualismus öffentlich vs. nicht-öffentlicht/privat erfassen lassen.⁴¹

3. Normative Dimension

Eine besondere Herausforderung des Begriffs liegt schließlich in seiner dritten, *normativen Dimension* – denn „Öffentlichkeit“ kann sowohl deskriptiv verwendet werden als auch eine normative Idealvorstellung bezeichnen.⁴² Als bloßes „Beobachtungssystem der Gesellschaft“⁴³ bietet der Begriff einen analytischen Ansatzpunkt, um (etwa mit Blick auf die öffentliche Meinung) zu sehen, welche Themen in der Öffentlichkeit eine Rolle spielen und welche Diskurse dominieren. Öffentlichkeit ist hierbei das bloße Objekt der Meinungsforschung. Gleichzeitig kann mit dem Begriff jedoch auch ein Idealmodell verbunden sein, im Sinne Habermas'⁴⁴ etwa die Vorstellung gesellschaftlicher Kommunikation, die im Austausch rationaler Argumente eine vernünftige öffentliche Meinung ermittelt. Hiermit wird „dem Begriff Öffentlichkeit eine positive Ladung beigegeben“, eine „besonder[e] Dignität“⁴⁵, die auch in Entscheidungen des BVerfG seit Lüth ihren Niederschlag findet.⁴⁶ So werden der Öffentlichkeit und Meinungsbildung⁴⁷ bestimmte Zwecke zugeschrieben, etwa eine Kontrollfunktion gegenüber staatlicher Gewalt und eine gesellschaftliche Integrationsfunktion.⁴⁸

An dieses Verständnis von Öffentlichkeit knüpft beispielsweise die Funktionsvorstellung der Parlamentsöffentlichkeit (Art. 42 Abs. 1 S. 1 GG) an, die sich vom

ferenzrahmens“ als einer von drei Analysedimensionen des *Habermas'schen Strukturwandels der Öffentlichkeit* (*Seeliger/Sevignani*, Zum Verhältnis von Öffentlichkeit und Demokratie. Ein neuer Strukturwandel?, S. 19). Für eine explizite Perspektive der Rechtswissenschaft auf den vermeintlichen Dualismus privat/öffentlicht siehe *Worms/Gusy*, Verfassung und Datenschutz (2012) m. w. N.

⁴⁰ Siehe etwa BVerfGE 6, 32 (41); BVerfGE 27, 1 (6 f.); BVerfGE 27, 344 (350 f.); BVerfGE 32, 373 (378 f.).

⁴¹ Siehe *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 32 f. m. w. N.

⁴² Vergleiche *Donges/Jarren*, Politische Kommunikation in der Mediengesellschaft (2017), S. 76. Diese Doppelrolle ist jedoch nicht unproblematisch, wie etwa *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 32 und *Gerhards/Neidhardt*, Strukturen und Funktionen moderner Öffentlichkeit (1990), S. 5 herausstellen.

⁴³ *Gerhards*, Öffentlichkeit (1998), S. 269.

⁴⁴ Siehe *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit (1962).

⁴⁵ *Gerhards/Neidhardt*, Strukturen und Funktionen moderner Öffentlichkeit (1990), S. 3.

⁴⁶ Vergleiche etwa BVerfGE 7, 198 (212); 42, 163 (170); 60, 234 (240). Siehe hierzu auch *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 44 ff.

⁴⁷ Hierzu sogleich.

⁴⁸ Siehe hierzu umfassend *Mengden*, Zugangsfreiheit und Aufmerksamkeitsregulierung (2018), S. 310 ff.

Räsonnement der Öffentlichkeit der Bürger*innen ein höheres Maß an Sachgerechtigkeit auch im politischen Prozess erhofft.⁴⁹ Und auch die Grundannahme des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG vom Volk als politischem Souverän setzt „eine kollektive Identität [der] Bürger voraus“⁵⁰. Eine solche, ein „Verbund von Bürgern mit gemeinschaftlicher politischer Identität, entsteht [...] durch Öffentlichkeit“⁵¹.

4. Fokus dieser Arbeit

Diese verschiedenen Dimensionen des Öffentlichkeitsbegriffs – funktional, räumlich und normativ – führen dazu, dass ihm in seiner Verwendung eine gewisse Unschärfe zukommt. Um ihn für die vorliegende Arbeit als analytische Kategorie zu nutzen, gilt es daher, den richtigen Fokus zu wählen. Mit neuen, digitalen Plattformen für den öffentlichen Diskurs und Fragen zur Teilhabe an ihnen werden in dieser Arbeit zwar auch solche Themen eine Rolle spielen, die in der skizzierten räumlichen Dimension des Öffentlichkeitsbegriffs verortet werden könnten. Und in der beabsichtigten verfassungsrechtlichen Auseinandersetzung mit gesellschaftlicher Kommunikation und Meinungsbildung ist logischerweise auch deren normative Dimension für die vorliegende Ausarbeitung von Bedeutung.

Jedoch können sich diese Punkte dem Verständnis des Autors zufolge lediglich auf die Öffentlichkeit *auswirken*, sie jedoch nicht *ausmachen*. Welche Themen mittels welcher Plattformen Teil des öffentlichen Diskurses werden; wie seine Idealform aussieht: all das hat Einfluss darauf, wo und wie Öffentlichkeit stattfindet – aber nicht darauf, *was Öffentlichkeit ist*.

Es ist daher konsequent, räumliche und normative Dimensionen der Öffentlichkeit getrennt von ihr zu betrachten, auch weil auf diese Weise – so wird zu zeigen sein⁵² – analytische Missverständnisse vermieden werden können, die insbesondere in der Rechtswissenschaft die Realität kommunikativer Prozesse mit deren Idealbildern vermischen.⁵³ Wenn auf den folgenden Seiten von der Öffentlichkeit die Rede ist, ist deshalb ihre *funktionale* Dimension als Kommunikationssystem⁵⁴ gemeint. Es geht um Öffentlichkeit als Prozess – nicht als statisches Konstrukt.⁵⁵ Doch was genau ist unter der Funktion der Öffentlichkeit zu verstehen?

⁴⁹ Vergleiche Klein/Schwarz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 42 Rn. 6 ff. sowie unten, Teil 2 B. III, S. 57 ff.

⁵⁰ Scherzberg, Die Öffentlichkeit der Verwaltung (2000), S. 292.

⁵¹ Scherzberg, Die Öffentlichkeit der Verwaltung (2000), S. 293, Herv. i. O.

⁵² Siehe unten, S. 126 ff.

⁵³ So auch mahnend Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 31.

⁵⁴ Vergleiche auch Gerhards, Öffentlichkeit (1998), S. 269; Gerhards/Neidhardt, Strukturen und Funktionen moderner Öffentlichkeit (1990), S. 15 ff., insb. 17.

⁵⁵ Siehe Jarren/Klinger, Öffentlichkeit und Medien im digitalen Zeitalter (2017), S. 33.

III. Öffentlichkeit und Meinungsbildung

„Die Funktion des Öffentlichkeitssystems liegt in der Selbstbeobachtung und Synchronisation der Gesellschaft.“⁵⁶ Es wird so gewissermaßen zum gesellschaftlichen Vermittler individueller Meinungen und Positionen. Aus kommunikationswissenschaftlicher Sicht lautet sein Produkt: öffentliche Meinung, oder besser: öffentliche Meinungen.⁵⁷ Sie entstehen im öffentlichen Austausch eines unabgeschlossenen Kreises von Individuen,⁵⁸ der auch als *Publikum* bezeichnet wird⁵⁹ – allerdings soll dieser Begriff nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich mitnichten bloß um passive Rezipienten handelt.

Das Publikum hat sich, insbesondere seit den politischen Umbrüchen des Liberalismus, von seiner Rolle als bloßer öffentlicher „Adressat der Staatsgewalt“ emanzipiert und zu einer Instanz entwickelt, „durch die die öffentliche Gewalt legitimiert und kontrolliert wird und die somit als Bindeglied zwischen Staat und Gesellschaft fungiert“⁶⁰. Zusätzlich erlauben es digitale Medien heute, sich aus der Publikumsrolle herauszubegeben, mit potenziell großer Reichweite eigene Inhalte zur Diskussion zu stellen und den Diskurs zu beeinflussen.⁶¹ Somit vermittelt Öffentlichkeit zwischen Gesellschaft und politischem System, indem sie „an zentraler Stelle im Vorhof zur Macht plaziert [sic] ist“⁶². Sie generiert durch den Austausch bestehender individueller Positionen öffentliche Meinung⁶³, um auf diesem Wege „den Fundamental- oder Grundkonsens als Verfassungs- und Staatsvoraussetzung zu ermöglichen und ausdrückbar zu machen“⁶⁴, und übernimmt damit in dreifacher Hinsicht eine aktive und vor allen Dingen politische Funktion⁶⁵ im Kontext der

⁵⁶ Neuberger/Lobigs, Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltssicherung (2010), S. 16.

⁵⁷ Siehe Gerhards, Öffentlichkeit (1998), S. 269. Hierzu sowie zur Differenzierung individueller und öffentlicher Meinungsbildung Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 36 ff. Siehe auch den Überblick bei Heldt, Intensivere Drittirkung (2023), S. 142 ff.

⁵⁸ Gerhards/Neidhardt, Strukturen und Funktionen moderner Öffentlichkeit (1990), S. 15, ursprünglich Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit (1962), (Suhrkamp-Ausgabe, 17. Aufl. 2015, S. 98).

⁵⁹ Siehe Gerhards/Neidhardt, Strukturen und Funktionen moderner Öffentlichkeit (1990), S. 15; Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit (1962), (Suhrkamp-Ausgabe, 17. Aufl. 2015, S. 55); Smend, Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit (1955), zitiert nach Smend, Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit (2010), S. 269, der vom Publikum als der „personifizierte[n] Öffentlichkeit“ spricht.

⁶⁰ Coelln, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt (2005), S. 15.

⁶¹ Vergleiche Jarren/Klinger, Öffentlichkeit und Medien im digitalen Zeitalter (2017), S. 34 f.

⁶² Gerhards/Neidhardt, Strukturen und Funktionen moderner Öffentlichkeit (1990), S. 11.

⁶³ Siehe Donges/Jarren, Politische Kommunikation in der Mediengesellschaft (2017), S. 76 f.

⁶⁴ Kloepfer, in: HStR³ III, § 42 Rn. 15.

⁶⁵ Zur kritischen Auseinandersetzung mit dem politischen Element des Begriffs der öffentlichen Meinung siehe Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff (1969), S. 62 f.

Entstehung öffentlicher Meinung, nämlich „in der Aufnahme (*Input*) und Verarbeitung (*Throughput*) bestimmter Themen und Meinungen sowie in der Vermittlung der aus dieser Verarbeitung entstehenden Öffentlichen Meinungen (*Output*) einerseits an die Bürger, andererseits an das politische System“⁶⁶. Auf diese Weise sorgt Öffentlichkeit implizit auch für die Stabilität eben jenes Systems, indem jede*r Einzelne ihre*seine individuelle Meinung im Rahmen der Öffentlichkeit auf ihre Gesellschaftskonformität abklopfen kann.⁶⁷

1. Liberales, deliberatives und partizipatorisches Paradigma

Wie dieses Entstehen öffentlicher Meinungen erfolgt, ist Gegenstand verschiedener theoretischer Zugänge. Angelehnt an Martinsen⁶⁸ lassen sich in diesem Kontext drei kommunikationswissenschaftliche Theorieansätze unterscheiden:

Gemäß dem *liberalen Paradigma*⁶⁹ stellt die Öffentlichkeit einen Resonanzboden dar, der die verschiedenen Interessen und Meinungen innerhalb einer Gesellschaft abbildet und im Ergebnis eine Mehrheitsmeinung anzeigt und somit für Systemstabilität sorgt. Hier wirkt Öffentlichkeit als Interessenmittlerin und -anzeige, als empirisches Phänomen, prädestiniert für Formen der repräsentativen Demokratie. Die Öffentlichkeit ist gewissermaßen die Grundgesamtheit, aus der Meinungsforcher eine Stichprobe ziehen können, um die herrschende(n) öffentliche(n) Meinung(en) der Mehrheit quantitativ zu ermitteln.⁷⁰

⁶⁶ Gerhards/Neidhardt, Strukturen und Funktionen moderner Öffentlichkeit (1990), S. 6, Hervorh. d. Verf.

⁶⁷ Siehe Kloepfer, in: HStR³ III, § 42 Rn. 6; Neuberger/Lobigs, Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltssicherung (2010), S. 16; Scherzberg, Die Öffentlichkeit der Verwaltung (2000), S. 192.

⁶⁸ Siehe Martinsen, Öffentlichkeit in der „Mediendemokratie“ (2009), S. 46 ff., insb. S. 60. Eine entsprechende Systematisierung der verschiedenen Ansätze haben zahlreiche weitere Autor*innen vorgenommen, meist mit sich überschneidenden, wenn auch im Detail unterschiedlichen Kategorien; siehe hierzu etwa aus juristischer Perspektive zum liberalen sowie deliberativen Modell Fehling/Leymann, Der neue Strukturwandel der Öffentlichkeit (2020), S. 110 f.; außerdem Donges/Jarren, Politische Kommunikation in der Mediengesellschaft (2017), S. 77 ff.; sowie Scherzberg, Die Öffentlichkeit der Verwaltung (2000), S. 186 ff. Die Lektüre von Roessing, Öffentliche Meinung (2013) ist in diesem Zusammenhang ebenfalls instruktiv. Dieser geht gleichsam von drei verschiedenen Definitionsansätzen öffentlicher Meinung aus, verschiebt mit Blick auf das im Folgenden geschilderte partizipatorische Paradigma den Schwerpunkt jedoch auf das Element sozialer Kontrolle. Für eine ähnliche, auf den vier Kategorien Aggregationsprinzip, Majoritätsprinzip, Diskursprinzip und Projektionsprinzip beruhende Aufteilung siehe im Überblick Heidtke, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 48 f.

⁶⁹ Siehe Martinsen, Öffentlichkeit in der „Mediendemokratie“ (2009), S. 46 ff.

⁷⁰ Dass jedoch die öffentliche Meinung schwerlich die Summe der tatsächlichen individuellen Überzeugungen bildet, sondern eher ein Abbild dessen darstellt, „was unter Berufung auf öffentliche Unterstützung öffentlich gesagt werden kann“ (Scherzberg, Die Öffentlichkeit der Verwaltung (2000), S. 192), sei hier nur am Rande angemerkt.

Das *deliberative Paradigma*⁷¹ hingegen sieht Öffentlichkeit weniger als Mittlerin verschiedener, existierender Interessen denn als ihre *Vermittlerin*, als Austragungsort rationaler Diskussionen zur Erzeugung von Konsens, „mit dem die Gesellschaft sich selbst bindet“⁷². Hierbei schimmert die normative Dimension des Öffentlichkeitsbegriffs deutlich stärker durch. Die positiven Konsequenzen dieses argumentativen Wettbewerbs, also der Erfolg des besseren Arguments, treten gleich doppelt zutage: sowohl auf der Mikroebene der Einzelnen, die ihre individuellen Einstellungen durch die argumentative Auseinandersetzung schärfen und „verbessern“, als auch auf der Makroebene der Gesellschaft als öffentliche Meinung.⁷³ Die Vermittlung zwischen diesen beiden Ebenen übernimmt – der unsichtbaren Hand des (Meinungs-)Marktes gleich – Kommunikation, die die Meinungen Einzelner zu einer Meinung der Vielen aggregiert. Die öffentliche Meinung ist somit das „Produkt der Kommunikationen in der Öffentlichkeit“⁷⁴. Öffentliche Meinung ist damit keine quantitative Summe, sondern muss im Diskurs qualitativ erarbeitet und „herbeiaargumentiert“ werden. Dieses konstruktive Zusammenführen verschiedenster individueller Ansichten ist als Ideal selbstredend ausgesprochen anspruchsvoll⁷⁵ und unerreicht:⁷⁶ So wenig die Mitglieder eines Staatsvolks zum Körper eines Leviathan verschmelzen, so abwegig wäre die Vorstellung, im öffentlichen Meinungsbildungsprozess ließe sich eine finale Position aller herauskristallisieren. Stattdessen wirkt der Prozess der öffentlichen Meinungsbildung als integrierender Faktor einer Demokratie.⁷⁷

Für das *partizipatorische Paradigma* schließlich ist Öffentlichkeit noch weniger Interessens(er)mittlerin als schlicht Mittel zur Partizipation am öffentlichen Diskurs. Im Gegensatz zum deliberativen Modell geht es dabei nicht um die Erarbeitung einer *gemeinsamen* Meinung als vielmehr darum, ein Forum nutzen zu können, um der eigenen Meinung Gehör zu verschaffen. Maxime ist ein „bottom-up“-Modell der Öffentlichkeit:⁷⁸ Sie dient der Kontrolle der politisch-gesellschaftlichen Ebene durch die individuelle Ebene, nicht dem kommunikativen Austausch zwischen den beiden. Öffentliche Meinung ist hier der Querschnitt der in die Öffentlichkeit getragenen

⁷¹ Siehe *Martinsen*, Öffentlichkeit in der „Mediendemokratie“ (2009), S. 49 ff.

⁷² *Donges/Jarren*, Politische Kommunikation in der Mediengesellschaft (2017), S. 79.

⁷³ Siehe *Neuberger*, Medienrecht und Medienwandel aus kommunikationswissenschaftlicher Sicht (2009), S. 3.

⁷⁴ *Gerhards*, Öffentlichkeit (1998), S. 694.

⁷⁵ *Dreyer/Schulz*, Künstliche Intelligenz, Intermediäre und Öffentlichkeit (2019), S. 6 sprechen zu Recht von „normativ komplexe[n] Anforderungen an gesellschaftliche Selbstverständigung“.

⁷⁶ Skeptisch etwa *Ladeur*, Die Zukunft der Medienverfassung (2021), S. 17 f.; ähnlich im Vergleich des individuellen und kollektiven Ideals siehe *Neuberger*, Medienrecht und Mediawandel aus kommunikationswissenschaftlicher Sicht (2009), S. 3. Daher auch kritisch zum Ansatz Habermas', der diesen deliberativen Idealzustand in die „geschichtliche Wirklichkeit“ verlege, die sich infogedessen als „als Prozess des Verfalls dieses Idealzustands lesen lassen“ müsse: *Fisahn*, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung (2002), S. 70 ff.

⁷⁷ So etwa auch *Ridder*, Meinungsfreiheit (1954), S. 252.

⁷⁸ Vergleiche *Martinsen*, Öffentlichkeit in der „Mediendemokratie“ (2009), S. 55 ff.

Einzelmeinungen: ein umfassendes Meinungsabbild und gerade keine überwiegende oder konsensuale Meinung als reduziertes Ergebnis eines Meinungsbildungsprozesses. Gemäß dieser theoretischen Perspektive kommt der öffentlichen Meinung außerdem eine Kontrollfunktion gegenüber elitistischer Repräsentanz (und schlimmstenfalls: Hinterzimmer-)Politik zu.⁷⁹ Partizipation der Öffentlichkeit als „aller“ wird demzufolge nicht als regelmäßige, sondern kontinuierliche Einbindung der verschiedenen (auch Minderheiten-)Positionen verstanden.⁸⁰ Dass dieser Kontrollvorstellung hingegen auch ein Element *sozialer* Kontrolle innewohnen kann – im Sinne von: welche Meinungen als Teil des öffentlichen Diskurses akzeptiert werden – deutet Roessing unter Verweis auf das sozialpsychologische Konzept der Schweigespirale von Noelle-Neumann an.⁸¹

2. Kombinierter Öffentlichkeitsbegriff

Für die vorliegende Arbeit erscheint es in der Gesamtschau der drei dargestellten Ansätze kontraproduktiv, sich im Sinne eines „so funktioniert Öffentlichkeit“ auf eine von ihnen zu beschränken – schon allein deshalb, weil die verschiedenen Funktionsmodi einander nicht ausschließen. Denn so wenig realistisch es anmutet, im Sinne des liberalen Paradigmas schlicht eine repräsentative Mehrheitsmeinung zur öffentlichen Meinung zu erklären, so blauäugig wirkt auch die deliberative Erwartung, die öffentliche Meinung sei stets ein gesellschaftlicher Konsens, der im Rahmen eines rationalen Diskurses der individuellen Meinungen entstünde. Und auch das Ideal des partizipatorischen Paradigmas – Öffentlichkeit als Einbahnstraße der bottom-up-Beteiligung und -Kontrolle – deckt nur einen Teil der Realität des öffentlichen Diskurses ab.⁸²

Das wird beispielsweise dadurch deutlich, dass gerade der öffentliche Diskurs manches Mal wenig mit angemessener Repräsentation vorhandener Meinungen oder rationaler Auseinandersetzung zu tun hat. Seine Mechanismen führen vielmehr dazu, dass Skandalisierung, Vertuschung und andere kommunikative Winkelzüge – sei es vonseiten gesellschaftlicher Interessensgruppen oder politischer Akteur*innen – bewährte Mittel zur Beeinflussung des Diskurses sind.⁸³ Eine solche Realität der Öffentlichkeit führt in der Konsequenz nicht nur weg vom Ideal des deliberativen

⁷⁹ Hierbei verweist Scherzberg zu Recht darauf, dass die Themen öffentlicher Meinung keinesfalls ausschließlich der Kontrolle politischer Prozesse zuzurechnen sind (*Scherzberg, Die Öffentlichkeit der Verwaltung*, S. 191).

⁸⁰ Siehe *Martinsen*, Öffentlichkeit in der „Mediendemokratie“ (2009), S. 56.

⁸¹ Siehe *Roessing*, Öffentliche Meinung (2013), S. 484 f. Ähnlich bereits *Scherzberg, Die Öffentlichkeit der Verwaltung* (2000), S. 191.

⁸² Siehe zum Spagat zwischen Erwartung an und Realität der Meinungsbildung etwa *Hartl, Suchmaschinen, Algorithmen und Meinungsmacht* (2017), S. 28 f.

⁸³ Siehe hierzu auch *Scherzberg, Die Öffentlichkeit der Verwaltung* (2000), S. 192 f.

Paradigmas.⁸⁴ Sie macht außerdem deutlich, dass auch das Repräsentativitätsideal des liberalen Paradigmas weit entfernt ist von einer Diskurs-Wirklichkeit, in der einzelne Akteur*innen ihre Position mit größerem Effekt in die Debatte einbringen als andere – und somit die Teilnehmer*innen des öffentlichen Diskurses mitnichten auf liberaler Augenhöhe unterwegs sind.

Das schmälert die Bedeutung der Öffentlichkeit jedoch nicht – ganz im Gegenteil, wie Gerhards und Neidhardt darlegen:

„Es muß nicht Vernunft und es wird das nicht bessere Argument sein, die strukturbestimmend werden – mehr noch: das Kriterium ‚Vernunft‘ – wie immer gefaßt – verstellt in der Analyse wohl eher die eigentliche Leistung des Kommunikationssystems Öffentlichkeit.“⁸⁵

Auch mit Blick auf das partizipatorische Paradigma schließlich zeigt sich, dass sich das Zusammenspiel von Öffentlichkeit und Staat nicht auf die Kontrollfunktion ersterer über letzteren beschränkt werden kann – sondern auch und gerade staatliche Handlungen und Äußerungen „zu den (politisch relevanten) Tatsachen als Einflußfaktoren der öffentlichen Meinungsbildung“⁸⁶ gehören. Die Öffentlichkeit stellt damit „ein intermediäres System [dar], das zwischen Politikern und Bürgern vermittelt, und zwar in beide Richtungen: von den Bürgern zu den Politikern (Intersessenvermittlung) und von den Politikern zu den Bürgern (Entscheidungsvermittlung)“⁸⁷.

Somit lässt sich der Charakter der Öffentlichkeit und ihre Meinungsbildungsfunktion zum Zwecke der vorliegenden Analyse am ehesten durch eine *Kombination* der drei dargestellten theoretischen Perspektiven erfassen:

Sie bietet – im Sinne des partizipatorischen Paradigmas – kommunikativen Raum, Probleme und Diskursthemen zu formulieren und individuellen wie staatlichen Handlungen und Positionen gleichermaßen gesellschaftliches Gehör und somit „Feedback“ zu verschaffen (entsprechend der *Input*-Funktion); sie eröffnet – im Sinne des deliberativen Paradigmas – eine Möglichkeit für argumentativen Austausch über diese Themen und zeigt vorhandene Alternativen und Orientierungspunkte für die Meinungsbildung auf (*Throughput*-Funktion); und sie generiert – im Sinne des liberalen Paradigmas – ein (zumindest begrenzt) repräsentatives Ergebnis dieser Meinungsbildung in Form von Zustimmung und Ablehnung quantifizierbarer Teile der Gesamtgesellschaft (*Output*-Funktion) und erzeugt im Rahmen von Mehrheitsmeinungen Systemstabilität durch entsprechende Anpassungsbereitschaft.

⁸⁴ Smend, Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit (1955), zitiert nach Smend, Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit (2010), S. 467 f., spricht mit Blick auf die erhofften „Segen der Öffentlichkeit“ von „einem Jahrhundert ernüchternder massenpsychologischer Erfahrungen“, auch wenn er ihnen ihren „begründeten Kern“ nicht absprechen mag.

⁸⁵ Gerhards/Neidhardt, Strukturen und Funktionen moderner Öffentlichkeit (1990), S. 17.

⁸⁶ Schmitt Glaeser, in: HStR³ III, § 38 Rn. 36.

⁸⁷ Neuberger/Lobigs, Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltssicherung (2010), S. 15.

Zwar kann auch auf diese Weise nur begrenzte Schärfe der Meinungsbildungsfunktion gewonnen werden, doch liegt dies notwendigerweise in der Natur der Öffentlichkeit als „Tendenzbegriff“, der „sich nicht auf ein feststehendes Set von Verfahren und Institutionen [...] reduzieren“⁸⁸ lässt.

Das kommende Kapitel soll jedoch zumindest einen Bereich solcher Verfahren und Institutionen der Öffentlichkeit beleuchten, namentlich die Rolle der Medien.

IV. Rolle der Medien

Der Medienbegriff ist eng mit Fragen der Öffentlichkeit und der Meinungsbildung verknüpft. Mit ihm steht ein weiterer Ausdruck im Fokus, der den zuvor behandelten an Unschärfe um nichts nachsteht. Angesichts verschiedenster Begriffsbedeutungen – Mock führt allein sieben verschiedene auf⁸⁹ – soll vorliegend die Singularform „Medium“⁹⁰ entweder den technischen Mittler von Informationen und Inhalten bezeichnen (Papier, Rundfunkwellen, digitale Signale des Internet) oder im Sinne einer einzelnen medialen Organisation (eine Zeitung, ein Rundfunksender, eine Website) verstanden werden – auch als Medium erster beziehungsweise zweiter Ordnung⁹¹ bezeichnet.

Mit der Pluralform „Medien“ sind vorliegend, entsprechend der überwiegenden Verwendung des Begriffs in den Kommunikations- und Medienwissenschaften, zunächst⁹² Massenmedien wie Presse und Rundfunk gemeint. Diese stellen „spezifische Organisationen [dar], die auf Dauer gestellt sind und in denen nach einem selbstdefinierten publizistischen Programm, auf der Basis einer publizistisch-politischen Ausrichtung (redaktionelle Linie), professionell (Journalistinnen und Journalisten) und arbeitsteilig agiert wird“⁹³.

1. Medien als Erweiterung der Erfahrungswelt

Das besondere Verhältnis der Medien zu Öffentlichkeit und Meinungsbildung wurzelt darin, dass historisch die Medien – zum damaligen Zeitpunkt: das Massenmedium Presse – zum ersten Mal einer großen Zahl von Menschen ermöglichten,

⁸⁸ Vergleiche *Martinsen*, Öffentlichkeit in der „Mediendemokratie“ (2009), S. 43 zu Demokratie.

⁸⁹ Vergleiche *Mock*, Was ist ein Medium? (2006), S. 185 f.

⁹⁰ Vom lateinischen Adjektiv „medius“ als „in der Mitte befindlich“, „mittlerer“. Vergleiche etwa *Fechner*, Medienrecht (2021), 1. Kapitel Rn. 2.

⁹¹ *Kubicek*, Das Internet auf dem Weg zum Massenmedium? (1997), S. 218 ff.

⁹² Auf die derzeitige Herausforderung des Begriffs angesichts neuer medialer Akteure wie digitaler Intermediäre soll im Detail weiter unten eingegangen werden, siehe Teil 4 A., S. 232 ff.

⁹³ *Jarren/Klinger*, Öffentlichkeit und Medien im digitalen Zeitalter (2017), S. 36.

einen Informationsraum zur Grundlage ihrer Meinungsbildung zu machen, „der weit über das selbst unmittelbar Erlebte hinausreichte“⁹⁴. Medien multiplizieren die Eindrücke einzelner Journalist*innen, um sie (potenziell) allen zur Verfügung zu stellen. Mit Blick auf diese Multiplikatorfunktion⁹⁵ spricht der Kommunikationswissenschaftler Winfried Schulz von der „emanzipatorischen Leistung“ der Medien, die dazu beiträgt, „menschliche ‚Organmängel‘ – insbesondere Mängel des individuellen Weltbildapparates – auszugleichen“⁹⁶. Medien ermöglichen es, Ereignisse am Stammtisch zu diskutieren, bei denen keine*r der Anwesenden selbst dabei war; Medien sind „gewissermaßen der einzige Zugang zur Welt im Ganzen“⁹⁷. „Sie sollen und wollen eine öffentliche Aufgabe wahrnehmen, beziehen sich auf und richten sich an die ganze Gesellschaft und verpflichten sich zur Herstellung von Öffentlichkeit.“⁹⁸ Darauf, wie im Rahmen der Digitalisierung das Aufkommen *sozialer* Medien an dieser medialen „Aufgabenbeschreibung“ gerüttelt hat, wird noch einzugehen sein.⁹⁹

Diese gewissermaßen bewusstseinserweiternde Funktion der Medien beinhaltet jedoch Selektivität. Kein Medium kann über *alle* Geschehnisse der Welt berichten, ganz zu schweigen von der Unmöglichkeit, diese Inhalte als Rezipient*in auch aufzunehmen. Eine Auswahl ist nicht nur unvermeidlich, sie ist auch Teil des Mehrwerts, den die Medien bieten: Sie kuratieren aus den zur Verfügung stehenden Informationen jene von Relevanz, oder zumindest: jene von vermutetem Interesse. Auf diese Weise haben sie nicht nur enormen Einfluss darauf, „welche Welt wir wahrnehmen. [Unsere] Auswahl [eines] Mediums präfiguriert zugleich vielfach maßgeblich, welche Informationen wir erhalten (und erwarten). Hierbei können Medien als Informationsintermediäre willentlich direkt oder durch subtile Zusammenstellung indirekt ausgewählte Meinungen befördern“¹⁰⁰. Medien sorgen damit zu einem großen Teil für die Selektion der Themen, die Teil des öffentlichen Diskurses und damit der öffentlichen Meinungsbildung werden oder werden können.¹⁰¹

⁹⁴ Paal/Hennemann, Meinungsbildung im digitalen Zeitalter (2017), S. 642; ähnlich auch Holznagel, Erosion demokratischer Öffentlichkeit? (2009), S. 386.

⁹⁵ Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 48 spricht von der „funktionelle[n] Rolle der Medien“.

⁹⁶ Schulz, Politische Kommunikation (2011), S. 79.

⁹⁷ Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016).

⁹⁸ Jarren/Klinger, Öffentlichkeit und Medien im digitalen Zeitalter (2017), S. 36. Näher zu dieser „öffentlichen Aufgabe“ der Medien siehe Schmidtmann, Die verfassungsrechtliche Einordnung konvergenter Massenmedien (2013), S. 23 ff. m. w. N.

⁹⁹ Siehe Teil 4 A., S. 232 ff.

¹⁰⁰ Paal/Hennemann, Meinungsbildung im digitalen Zeitalter (2017), S. 642, ähnlich Schulz, Kommunikationsverfassung, Kommunikationsgrundrechte, Staatsfreiheit – Staatsfreiheit als Gestaltungsprinzip (2013), S. 465 sowie Eichenberger, Beziehungen zwischen Massenmedien und Demokratie (1987), S. 140 f.

¹⁰¹ Vergleiche Gerhards/Neidhardt, Strukturen und Funktionen moderner Öffentlichkeit (1990), S. 24; ähnlich auch Scherzberg, Die Öffentlichkeit der Verwaltung (2000), S. 184, der

Diese Bedeutung der Medien hat zur Folge, das immer mehr Themen im öffentlichen Diskurs nicht auf der persönlichen Erfahrungswelt der Beteiligten beruhen, sondern vielmehr ein informierter Diskurs auf der Grundlage von Informationen aus zweiter Hand (i. e. der Hand der Medien) stattfinden muss.

Der Diskurs über *Themen aus zweiter Hand* kann durchaus als Chance für Gesellschaft und Demokratie begriffen werden: „Eine nicht mehr allein lokal oder regional bestimmte Gesellschaft wird durch ein hochkomplexes Mediensystem politisch, ökonomisch und kulturell wieder und wieder durch Themen integriert.“¹⁰² Medien synchronisieren durch ihre Berichterstattung thematisch den gesellschaftlichen Diskurs und zeigen gleichzeitig seinen Rahmen – das „noch sagbare“ – auf; außerdem reduzieren sie durch ihre Selektion Komplexität,¹⁰³ eröffnen so auch der breiten Masse die Teilhabe am Diskurs und machen ihn dadurch *öffentlich*.¹⁰⁴

2. Medialer Einfluss auf die Wahrnehmung öffentlicher Meinung

Die Bedeutung und Macht von Medien liegt damit nicht in erster Linie darin, die Meinung ihres Publikums zu politischen Einzelfragen zu ändern, sondern vielmehr ihre Einschätzung dessen, was *die anderen* zu diesen Fragen denken. Damit haben Medien Einfluss darauf, wie Einzelne den gesellschaftlichen Diskurs wahrnehmen und sich selbst darin verorten; welche Dinge gesagt werden dürfen und welche Äußerung soziale Isolation riskiert. Wie die empirische Medienforschung zeigt, entfalten Medien diese Wirkung jedoch gerade nicht durch die Wiedergabe statistischer Meinungsbilder, sondern vielmehr durch den Einfluss anekdotischer Einzelbeispiele und Zitate.¹⁰⁵

Wie und in welchem Ausmaß *genau* Medien ihren Einfluss entfalten, dazu sind empirische Analysen jedoch rar – und vor allen Dingen in der Erfassung der Empirie enorm aufwändig. In einer der weniger umfassenden Erhebungen zum Einfluss des Medienkonsums auf die Einschätzung der öffentlichen Meinung fand Scherer mit Blick auf die Volkszählung 1997 einen Einfluss zumindest überregionaler Tageszeitungen auf die Perzeption der öffentlichen Meinung durch ihre Leser*innen.¹⁰⁶

von einer „selektive[n] Wirkkraft der Medien“ spricht; sowie *Holznagel*, Erosion demokratischer Öffentlichkeit? (2009), S. 387.

¹⁰² *Jarren*, Ordnung durch Medien? (2015), S. 30.

¹⁰³ Siehe *Scherzberg*, Die Öffentlichkeit der Verwaltung (2000), S. 185 f. m. w. N.

¹⁰⁴ Vergleiche umfassend hierzu *Jarren*, Ordnung durch Medien? (2015), S. 30 ff.

¹⁰⁵ So *Roessing*, Öffentliche Meinung (2013), S. 489; siehe auch *Ladeur*, Die Zukunft der Medienvorfaßung (2021), S. 25 ff.

¹⁰⁶ Siehe *Scherer*, Massenmedien, Meinungsklima und Einstellung (1990), S. 182 ff. Für einen Überblick darüber, wie herausfordernd und teils unmöglich die empirische Untermauerung verschiedener medialer Wirkungsmodelle ist, siehe *Schenk*, Medienwirkungsforschung (2007).

Den geschilderten Konzepten zufolge geben Medien auf diese Weise Orientierung, schaffen soziale Ordnung – und können sie ebenso untergraben.¹⁰⁷ Damit sind nicht zuletzt auch „die an das Mediensystem gestellten Anforderungen mindestens auch von den Erfordernissen des Aufbaus und der Reproduktion einer kollektiven Ordnung bestimmt“¹⁰⁸.

Stimmen, die in diesem Zusammenhang neue, digitale Medien in einen dystopischen Kontext rücken und argumentieren, ein mediales Grundvertrauen sei dieser Tage ob zahlreicher digitaler Manipulationsmöglichkeiten überholt,¹⁰⁹ übersehen derweil jedoch: Die Gefahr von Manipulation und Desinformation bestand bereits im analogen Zeitalter. Das bisherige Vertrauen und ihre herausgehobene Rolle verdanken die analogen (Qualitäts-)Medien gerade der Tatsache, dass seriöse Berichterstattung und gründliche Recherche Teil ihres erklärten Selbstverständnisses und Geschäftsmodells sind, auch wenn selbst dort „Polarisierungs-, Personalisierungs- und Schematisierungsstrategien [manches Mal] eine diskursive Argumentation“¹¹⁰ ersetzen.

Die dargestellte prägende Rolle kommt Medien nicht erst durch ihre publizistische Tätigkeit zu, sondern bereits durch ihren institutionellen Charakter: „Sie wirken damit auf die Gesellschaft nicht nur in Form konkreter Berichterstattung ein, sondern bereits durch ihre Existenz, durch die von Akteuren antizipierte Möglichkeit, Gegenstand von Berichterstattung zu werden.“¹¹¹ Verbunden mit dieser Betrachtung von *Medien als Institutionen* ist eine gewisse analytische Distanz zu ihren einzelnen Veröffentlichungen. Stattdessen gelangt ihre institutionelle Bedeutung für das Gesellschaftssystem insgesamt in den Fokus.¹¹² Dass die Entwicklung dieser Bedeutung für und Einflusses von Medien auf Öffentlichkeit im Laufe der Zeit unmittelbar von ökonomischen Faktoren geprägt wurde, ist Kern der entsprechenden Arbeiten zum „Strukturwandel der Öffentlichkeit“ von Habermas.¹¹³

Auch vor diesem Hintergrund gehören Rundfunk und Presse „zu den unentbehrlichen modernen Massenkommunikationsmitteln, durch die Einfluß auf die

¹⁰⁷ Vergleiche *Altmeppen* et al., Die Ordnung der Dinge durch Kommunikation (2015), S. 11 ff.

¹⁰⁸ *Ladeur*, Rechtliche Möglichkeiten der Qualitätssicherung im Journalismus (2000).

¹⁰⁹ Siehe *Schliesky*, Digitalisierung. Herausforderung für den demokratischen Verfassungsstaat (2019), S. 696 f.

¹¹⁰ *Scherzberg*, Die Öffentlichkeit der Verwaltung (2000), S. 184.

¹¹¹ *Donges/Jarren*, Differenzierung und Institutionalisierung des Medien- und Kommunikationssystems (2020), S. 30.

¹¹² Siehe etwa *Ladeur*, Die Zukunft der Medienverfassung (2021), S. 24 ff.; sowie in struktural *Schulz*, Soziale Ordnung und Kommunikationsstrukturen (2015), S. 96 ff.

¹¹³ Siehe grundlegend *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit (1962). Wie ökonomische Zusammenhänge auch in Zeiten sozialer Netzwerke die Funktionsweise des öffentlichen Diskurses prägen, belegen *Staab/Thiel*, Privatisierung ohne Privatismus: Soziale Medien im digitalen Strukturwandel der Öffentlichkeit (2021), S. 283 ff.

öffentliche Meinung genommen und diese öffentliche Meinung mitgebildet wird“¹¹⁴. Am Beispiel des Rundfunks – aber ebenso mit Blick auf die Presse als zweites Massenmedium jener Zeit – spricht das BVerfG daher von „mehr als nur [einem] ‚Medium‘ der öffentlichen Meinungsbildung; [nämlich einem] eminenten[n] ‚Faktor‘ der öffentlichen Meinungsbildung“¹¹⁵. Eichenberger beschreibt diesen Effekt als Verschmelzung der Übermittlungsfunktion der Medien mit den Akteursqualitäten der Medienschaffenden: „Medium und Medienschaffende gehen ineinander auf. Namentlich das Werkzeughafte wird der Handlung zugeschlagen, die Handlung – auch und gerade die politische Handlung – ist die des Mediums selbst.“¹¹⁶

3. Mediale Abhängigkeit der Staatswillensbildung

Diese besondere Position verstärkt nicht nur die gesellschaftliche Bedeutung von Medien, sondern führt in Kombination mit ihrer erwähnten Rolle als Vermittler von Weltgeschehen auch zu einer gewissen Abhängigkeit der Staatswillensbildung im Allgemeinen und der Politik im Besonderen:

„Denn je mehr unverrückbare Wahrheitshorizonte in der Moderne außer Reichweite geraten [...], desto eher ist Politik auf die Akzeptanz eines öffentlichen Publikums angewiesen. Die Zustimmung eines öffentlichen Publikums fungiert somit als Legitimationsressource demokratischer Politik. Damit aber ist Politik essenziell von den Leistungen der Massenmedien abhängig geworden.“¹¹⁷

Ähnliches gilt selbstredend auch für Organisationen jenseits der Politik in Wirtschaft und Gesellschaft, deren Rolle und Darstellung im öffentlichen Diskurs zu einem großen Teil von den Medien vermittelt wird. Wie stark diese Abhängigkeit ist, und ob sie auf Gegenseitigkeit beruht, darüber gibt es verschiedene Ansichten, die an dieser Stelle nicht vertieft werden sollen.¹¹⁸ Es genüge stattdessen ein Hinweis auf den Begriff der „Mediendemokratie“, der als Schlagwort die integrale Bedeutung medialer Arbeit für die Funktionsfähigkeit der Demokratie des Grundgesetzes zusammenfasst.¹¹⁹

Mit diesem Einfluss ist gleichzeitig auch eine besondere Verantwortung der Medien verbunden, die in einem Berufsethos und gewissen Standesregeln Nieder-

¹¹⁴ BVerfGE 12, 205 (260).

¹¹⁵ BVerfGE 12, 205 (260).

¹¹⁶ Eichenberger, Beziehungen zwischen Massenmedien und Demokratie (1987), S. 406.

¹¹⁷ Martinsen, Öffentlichkeit in der „Mediendemokratie“ (2009), S. 38; ähnlich Hoffmann-Riem, Mediendemokratie als rechtliche Herausforderung (2003), S. 208 ff.; Eichenberger, Beziehungen zwischen Massenmedien und Demokratie (1987), S. 413 f.

¹¹⁸ Vergleiche für einen Überblick Donges/Jarren, Politische Kommunikation in der Mediengesellschaft (2017), S. 185 ff.; sowie die Beiträge von Leggewie und Schulz, in: Marcinkowski/Pfetsch (Hrsg.), Politik in der Mediendemokratie (2009).

¹¹⁹ Siehe hierzu umfassend Marcinkowski/Pfetsch (Hrsg.), Politik in der Mediendemokratie (2009).

schlag gefunden hat,¹²⁰ beispielsweise grundlegende Recherche standards und die Achtung von Persönlichkeitsrechten. Diese sind zu einem Großteil implizit, finden jedoch teils auch expliziten Ausdruck in Form von Selbstregulierung, etwa im Pressekodex des Presserats.¹²¹ Dass derweil die mediale Realität dem Ideal nicht zwangsläufig entspricht, sei an dieser Stelle dahingestellt.¹²²

Im Zusammenspiel von Institutionen aus Medien, Politik und Gesellschaft darf darüber hinaus nicht vergessen werden, dass auch „Medien ihre Wirkung auf die Gesellschaft nicht selbstständig entfalten, sondern diese durch die Wahrnehmung und Interpretation von Akteuren vermittelt wird“¹²³. In anderen Worten: Der Einfluss und die Relevanz etwa einer Zeitung hängen nicht nur davon ab, dass sie Leser*innen findet, sondern auch davon, dass relevanten Akteur*innen wie Politiker*innen und DAX-Vorstände bereit sind, dem Blatt ein Interview zu geben.¹²⁴

Medien stellen somit für die meinungsbildende Funktion der Öffentlichkeit gleichermaßen Vermittler, Kuratoren und Verstärker dar und übernehmen auf diese Weise im öffentlichen Diskurs eine zentrale Rolle. Sie sind „mehr als nur ‚Medium‘ der öffentlichen Meinungsbildung; [sie sind] ein prominenter ‚Faktor‘ der öffentlichen Meinungsbildung“¹²⁵, wie die kanonische Formulierung des BVerfG mit Blick auf den Rundfunk lautet. Die Entwicklung öffentlicher Meinung *ohne* Medien erscheint, wenn schon nicht als ganz unmöglich, so zumindest als deutlich erschwert – insbesondere in einer Welt, in der Dinge für das Leben Einzelner Relevanz haben, die weit jenseits ihres eigenen Erfahrungshorizontes liegen.

¹²⁰ Eichenberger spricht von „fachlich-sachliche[r] und persönliche[r] Qualität der Medienschaffenden als Dauerauftrag“ (*Eichenberger*, Beziehungen zwischen Massenmedien und Demokratie, S. 425). Ossenbühl geht gar so weit, die rechtliche Regulierbarkeit eines journalistischen Wertefundaments als solche in Abrede zu stellen: „Niveau und Fairness der Massenmedien lassen sich nur durch Professionalität und Berufsethos der Journalisten gewährleisten. Die Medien sind so gut und so mächtig wie die Personen, die in ihnen arbeiten und nicht selten auch über sie herrschen.“ (*Ossenbühl*, Medien zwischen Macht und Recht, S. 24).

¹²¹ Vergleiche *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 475.

¹²² Siehe hierzu etwa *Klausa*, Staatlicher Zahnersatz für den Presserat (2021); *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 49 f.

¹²³ *Donges/Jarren*, Differenzierung und Institutionalisierung des Medien- und Kommunikationssystems (2020), S. 30.

¹²⁴ *Eichenberger*, Beziehungen zwischen Massenmedien und Demokratie (1987), S. 411 spricht vom Medienschaffenden als „Werber“ für sein Medium. Siehe hierzu auch *Scherzberg*, Die Öffentlichkeit der Verwaltung (2000), S. 185.

¹²⁵ BVerfGE 12, 205 (260).

V. Zwischenfazit: Demokratische Relevanz trotz definitorischer Unschärfe

Die vorigen Ausführungen samt der darin dargestellten Begriffskonzepte bieten somit den späteren Teilen dieser Untersuchung die nötigen analytischen Anknüpfungspunkte. Von den verschiedenen Begriffsdimensionen der Öffentlichkeit über ihre funktionalen Beiträge zum Prozess der Meinungsbildung bis hin zu den verschiedenen Rollen und Wirkungsbereichen der Medien wird einerseits das Ausmaß der Relevanz dieser Begriffe trotz ihrer Unschärfe deutlich – „[u]ngeachtet aller definitorischen Schwierigkeiten ist ihre Existenz ebenso unbestritten wie ihre demokratische Relevanz“¹²⁶. Zusätzlich zeigen sie Perspektiven auf, aus denen in späteren Teilen der Arbeit mit Blick auf soziale Netzwerke als konkrete Analysegegenstände spezifischere Erkenntnisse gewonnen werden können.

Gleichzeitig stellt die (auch wissenschaftliche) Unschärfe von Begriffen wie Öffentlichkeit und Meinungsbildung bereits einen Wert an sich dar: Sie mahnt dazu, auch in juristischen Argumentationen allzu selbstverständliche Kausalketten zwischen den Begriffen Öffentlichkeit, Medien und Meinungsbildung zu vermeiden.¹²⁷

Zunächst jedoch soll auf Grundlage der erfolgten Blicke über den rechtswissenschaftlichen Tellerrand der nächste Abschnitt die juristische Perspektive auf Kommunikation, Öffentlichkeit und Meinungsbildung eröffnen. Wie zu zeigen sein wird, hat das Grundgesetz die zentrale, demokratische Bedeutung von Kommunikation, Öffentlichkeit und Medien erkannt. Diese Erkenntnis gilt es im Folgenden einzuordnen und für den verfassungsrechtlichen Umgang mit medialen Akteuren zu nutzen.

B. Verfassungsrechtliche Erwartungen an Öffentlichkeit

Auf der Suche nach der Rolle von Kommunikation und Öffentlichkeit im Grundgesetz geraten verschiedene Artikel der Verfassung in den Blick. Zentral sind zweifellos die bereits mehrfach erwähnten Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG. Doch auch an anderen Stellen befasst sich das Grundgesetz mit Kommunikation, Öffentlichkeit und Meinungsbildung und ihrer Bedeutung für unsere Demokratie. Das folgende Kapitel soll daher zunächst den verfassungsrechtlichen Blick weiten und deutlich machen: Die Zusammenschau der diversen grundrechtlichen Bezüge auf Kommunikation, Öffentlichkeit und Meinungsbildung ergibt keine bloße Sammlung zusammenhangloser Elemente. Vielmehr lässt sich im Grundgesetz eine übergreifende Vorstellung – um nicht zu sagen: Erwartung – mit Blick auf demokratisch relevante Kommunikation erkennen.

¹²⁶ Coelln, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt (2005), S. 170.

¹²⁷ Siehe etwa die Verbindung des Mediums Rundfunk mit seiner vermeintlichen, besonderen „Suggestivkraft“ unten, S. 197 ff.

Diese ergibt sich nicht nur im erwartbar einschlägigen Art. 5 GG oder weiteren öffentlichkeits- und kommunikationsnahen Grundrechten wie der Versammlungsfreiheit des Art. 8 GG sowie dem Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis des Art. 10 GG. Vielmehr lohnt gerade auch ein Blick in vermeintlich kommunikationsferne, objektivrechtliche Verfassungsnormen wie das Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG, die Aspekte kollektiver politischer Willensbildung der Art. 21, 28 und 38 GG, die Parlamentsöffentlichkeit der Art. 42, 44 und 52 GG sowie die sich aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG ergebende Gerichtsöffentlichkeit.

Erst eine solche Gesamtschau ermöglicht es, die Vorstellung des Verfassungsgebers von einem demokratischen Kommunikationsgefüge mit Hilfe von Bezugspunkten außerhalb von Art. 5 GG nachzuvollziehen, bevor in den folgenden Kapiteln¹²⁸ dann die entsprechenden Erwartungen und Vorgaben der Kommunikationsfreiheiten aufzuschlüsseln sind.

I. Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG – Öffentlichkeit und Demokratieprinzip

Mit der freien Meinungsbildung von Gesellschaft und Individuum korrespondiert aufseiten des Staates die (zumindest: weitgehende) Öffentlichkeit seiner Organe in ihrer Beratung und Entscheidungsfindung. Dieses *Öffentlichkeitsprinzip* macht die demokratische Auseinandersetzung mit politischen Fragen und staatlichem Handeln möglich und wird aus dem Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG hergeleitet.¹²⁹

Jedoch sei darauf hingewiesen, dass nicht immer eine *Rechtspflicht* staatlicher Öffentlichkeit besteht, sondern davon abhängt, wie wichtig sie im entsprechenden Tätigkeitsbereich des Staates für die demokratische Willensbildung ist: Erst, wenn „die staatliche Tätigkeit ein politisch-diskursives Verfahren voraussetzt oder wesentliche Belange der Allgemeinheit betrifft, spricht dies für eine Konkretisierung und normative Verdichtung des Öffentlichkeitsprinzips zu einer Rechtsregel“¹³⁰. Im

¹²⁸ Siehe unten unter Teil 2 C. bis Teil 2 E., S. 70 ff.

¹²⁹ Siehe Grzesick, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 Rn. 21 ff.; Sachs, in: Sachs, GG, Art. 20 Rn. 17 f.; Kotzur, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 20 Rn. 63 ff.; Scherzberg, Die Öffentlichkeit der Verwaltung (2000), S. 303 ff.; unter Einbezug der Bedeutung auf kommunaler Ebene Faber, Privatisierung streng geheim! (2003), S. 319 ff. Aus der Rechtsprechung etwa BVerfGE 40, 296 (327); 70, 324 (355, 358); 84, 304 (329) unter Verweis auf den Zusammenhang mit Art. 42 Abs. 1 und 2 GG; 89, 155 (185); 97, 350 (369 f.), nicht unbedenklich unter Verweis auf „vorrechtliche Verfassungsvoraussetzungen“; 103, 44 (63); 123, 267 (358 f.).

¹³⁰ Grzesick, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 Rn. 22, der außerdem Ausnahmen von der Öffentlichkeitspflicht erwähnt, falls andere Positionen – etwa das Ziel einer effektiven Aufgabenerfüllung oder das Persönlichkeitsrecht beteiligter Personen – dagegen sprechen. Siehe auch Rossen-Stadtfeld, § 29 Beteiligung, Partizipation und Öffentlichkeit (2012),

Interesse der Funktionsfähigkeit der Verwaltung ist deren Öffentlichkeit notwendigerweise durch „rechtlich geschützte Undurchsichtigkeit“¹³¹ begrenzt.¹³²

Mit einer solchen Begrenzung verpflichtender Öffentlichkeit auf bestimmte, diskursrelevante Themen einerseits korrespondiert andererseits die Praxis staatlicher Institutionen, in ihre eigene Entscheidungsfindung die Auswirkungen deren möglicher Veröffentlichung bereits mit einzubeziehen – und zwar ganz unabhängig davon, ob die entsprechende Sachfrage später *tatsächlich* zum Objekt des öffentlichen Diskurses wird. Öffentlichkeit wird auf diese Weise zu einer „prozessbegleitende[n] Kontrollstruktur“ und „wirkt insoweit als ein emergentes Produkt bürokratieeigener Rationalität“¹³³.

Ein auf dem Demokratieprinzip fußendes, sich einer Öffentlichkeitspflicht näherndes Öffentlichkeitsprinzip trifft derweil nicht nur die gesetzgebende Gewalt zur Rückkopplung der Mandatsträger*innen an ihre Wähler*innen.¹³⁴ Auch die Exekutive ist in gewissem Umfang durch Art. 20 Abs. 1 GG an öffentliche Transparenz ihres Handelns gebunden, auch wenn die Reichweite des Öffentlichkeitsprinzips in diesem Zusammenhang umstritten ist.¹³⁵ Zumindest gilt die Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung, in der sie ihr grundlegendes politisches Konzept offenzulegen hat, als „nicht nur zulässig, sondern auch notwendig“¹³⁶.

Vor allem die verwaltungsrechtliche Literatur hat sich dieser Bedeutung exekutiver Öffentlichkeit gewidmet.¹³⁷ Dabei sind drei Erscheinungsformen zu unter-

Rn. 83 ff.; *Kloepfer*, in: HStR³ III, § 42 Rn. 53; *Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt (2005), S. 174.

¹³¹ *Rossen-Stadtfeld*, Kontrollfunktion der Öffentlichkeit (2001), S. 196.

¹³² Umfassend zu den verfassungsrechtlichen Ausnahmen des Öffentlichkeitsprinzips der Verwaltung *Scherzberg*, Die Öffentlichkeit der Verwaltung (2000), S. 358 ff.

¹³³ *Scherzberg*, § 49 Öffentlichkeitskontrolle (2013), Rn. 74, der an anderer Stelle von spricht „verwaltungsinternen Vorwirkungen von Öffentlichkeit“ spricht (*Scherzberg*, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, S. 201). Hiervon zu unterscheiden ist freilich die *förmliche Beteiligung* der Öffentlichkeit in Verwaltungsverfahren, siehe hierzu umfassend *Fisahn*, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung (2002).

¹³⁴ Siehe *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 Rn. 24 f.; *Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt (2005), S. 175 f.; *Scherzberg*, Die Öffentlichkeit der Verwaltung (2000), S. 303 ff. m. w. N.

¹³⁵ Siehe hierzu umfassend und m. w. N. *Scherzberg*, Die Öffentlichkeit der Verwaltung (2000), S. 305 ff.; zur historischen Entwicklung der Verwaltungsöffentlichkeit *Rossen-Stadtfeld*, Kontrollfunktion der Öffentlichkeit (2001), S. 121 ff. Zur Einordnung und Kritik einer „harten“, aus dem Demokratieprinzip hergeleiteten Öffentlichkeitspflicht der Exekutive etwa *Nolte*, Die Gewährleistung des Zugangs zu Daten der Exekutive durch das Grundrecht der Informationsfreiheit (2018), S. 523 f. sowie *Schoch*, IFG, Einleitung Rn. 82 und *Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt (2005), S. 176 f. m. w. N.

¹³⁶ BVerGE 63, 230 (242 f.); ähnlich bereits E 44, 125 (147) sowie *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff (1969), S. 71.

¹³⁷ Siehe *Kersten*, § 29 Beteiligung – Partizipation – Öffentlichkeit (2022), Rn. 71 ff. sowie umfassender bereits *Rossen-Stadtfeld*, § 29 Beteiligung, Partizipation und Öffentlichkeit

scheiden, die allesamt die zweckgerichtete Rolle der Verwaltungsöffentlichkeit verdeutlichen: „Informationsöffentlichkeit“ als Öffnung der Exekutive für die interessierte Öffentlichkeit, „aktive Beteiligungsöffentlichkeit“ als Teilhabemöglichkeit für vom Verwaltungshandeln Betroffene sowie „Publikumsöffentlichkeit“ im Sinne einer öffentlichen Kontrolle.¹³⁸ Hinzu kommen mögliche indirekte Auswirkungen, die Öffentlichkeit auf die Verwaltung und ihre Prozesse selbst haben kann, indem etwa im Rahmen einer Öffentlichkeitsbeteiligung der Behörde zusätzliche Informationen zu Verfügung gestellt werden oder durch frühzeitige Berücksichtigung der Interessen Dritter schneller eine bessere Entscheidung herbeigeführt werden kann.¹³⁹

Auch die genannten Spielarten einer „Öffnung“ der Verwaltung sind derweil lediglich Zwischenschritte auf dem (freilich nur idealen, aber dennoch) vom Grundgesetz vorgesehenen Weg demokratischer Teilhabe der Bürger*innen: „in der [öffentlichen] Beteiligung soll Beobachtung zu Gestaltung werden und in Verantwortung münden können“¹⁴⁰. Hierbei wird deutlich, dass der eigentliche Bezugspunkt der Verwaltungsöffentlichkeit gerade *nicht* die Verwaltung selbst ist, deren mögliche Akzeptanz- und Legitimationsdefizite ausgeglichen werden sollen. Vielmehr ist ihr Ziel der Ausdruck eines „selbständige[n] Interesse[s] der Gesellschaft an einer guten Verwaltung der öffentlichen Angelegenheiten“, auf dass sich die Gesellschaft auf diese Weise „selbst als maßstabsetzend erkenn[e], zugleich aber auch in solcher Öffentlichkeit ein Forum der Artikulation und Impulsgebung find[e]“¹⁴¹.

Neben dieser exekutiven Dimension staatlicher Öffentlichkeit ist auch die Judikative, zusätzlich zum aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleiteten Prinzip der Gerichtsöffentlichkeit¹⁴², durch das Demokratieprinzip zu gewisser Öffentlichkeit verpflichtet.¹⁴³

In jedem Fall stellt die Öffentlichkeit staatlicher Prozesse in jeder der genannten Hinsichten keinen Selbstzweck dar, sondern dient der kontinuierlichen demokratischen Verbindung zwischen Staatsgewalt und Staatsvolk – auch und gerade über den

(2012), Rn. 72 ff. Umfassend zu den Kontrollleistungen der Öffentlichkeit in der Verwaltung siehe *Scherzberg*, § 49 Öffentlichkeitskontrolle (2013), Rn. 75 ff.

¹³⁸ Eine selektive Öffnung der Verwaltung in nur eine dieser Öffentlichkeitsformen genügt derweil nicht, wie Scherzberg zu Recht kritisch anmerkt (*Scherzberg, Die Öffentlichkeit der Verwaltung*, S. 312 ff.).

¹³⁹ Umfassend hierzu *Fisahn*, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung (2002), S. 209 ff.; siehe auch *Scherzberg, Die Öffentlichkeit der Verwaltung* (2000), S. 200.

¹⁴⁰ *Rossen-Stadtfeld*, § 29 Beteiligung, Partizipation und Öffentlichkeit (2012), Rn. 76.

¹⁴¹ So prägnant *Rossen-Stadtfeld*, § 29 Beteiligung, Partizipation und Öffentlichkeit (2012), Rn. 76.

¹⁴² Vergleiche unten, Teil 2 B. IV., S. 60 ff.

¹⁴³ Im Detail hierzu siehe *Coelln, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt* (2005), S. 177 ff.; vergleiche auch BVerfGE 103, 44 (63 f.).

eigentlichen Wahlakt hinaus.¹⁴⁴ Dies gilt umso mehr angesichts einer „exekutive[n] und ökonomische[n] Vorformung politischer, insbesondere parlamentarischer, Entscheidungsprozesse“, bedingt durch kurzfristigere Entscheidungsbedarfe im Rahmen der Globalisierung und des technologischen Fortschritts.¹⁴⁵ Auf diese Weise stärkt Öffentlichkeit die Verbindung von Staatsgewalt und Souverän in der Zeit zwischen einzelnen Wahlakten.

Damit steht das Demokratieprinzip aus Art. 20 GG in enger Verbindung zu den Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 GG,¹⁴⁶ es ist durch das Öffentlichkeitsprinzip sogar auf sie bezogen. Die Funktion der Öffentlichkeitsdimension des Demokratieprinzips geht jedoch über eine bloße inhaltliche Verbindung zwischen Staat und Volk hinaus. Vielmehr ermöglicht die dadurch erzeugte Transparenz staatlichen Handelns auch dessen Kontrolle. Gerade in einer Demokratie stellt Öffentlichkeit einen nicht zu unterschätzenden Machtfaktor dar.

Diese für das Demokratieprinzip aus Art. 20 GG dargelegten Erwägungen überträgt Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG in seinen Grundsätzen, unmittelbar an Art. 20 Abs. 1 GG anknüpfend, auch auf die Landesebene. Dazu gehören auch die sich aus dem Prinzip ergebenden Publizitätspflichten und Voraussetzungen für einen funktionierenden öffentlichen Diskurs – von einer pluralistischen Presse- und Rundfunklandschaft¹⁴⁷ über die Transparenz landesparlamentarischer Entscheidungen¹⁴⁸ bis hin zu weiteren „rechtliche[n] Garantien, die für den Prozess der Meinungsbildung essentiell sind“¹⁴⁹.

Vor diesem Hintergrund lässt sich bereits die Erwartungshaltung des Verfassungsgebers an das Zusammenspiel zwischen der Publizität interner, staatlicher Prozesse einerseits und der externen, gesellschaftlichen Verarbeitung des auf dieser Publizität fußenden öffentlichen Diskurses andererseits erkennen. Denn das Ziel des soeben dargestellten Transparenzversprechens formell-staatlicher Willensbildung kann nur erreicht werden, wenn aufseiten der gesellschaftlichen Öffentlichkeit (und letztlich: auf individueller Ebene) auch Kanäle und Prozesse existieren, die die transparent gemachten staatlichen Abläufe verarbeiten können und so das kontinuierliche Wechselspiel zwischen staatlicher und gesellschaftlicher Willensbildung ermöglichen. Mit dem Anspruch an staatliche Öffentlichkeit korrespondiert somit

¹⁴⁴ So etwa Dreier, in: Dreier, GG, Art. 20 Rn. 77 unter Verweis auf BVerfGE 132, 39 (50 f.); ebenso Coelln, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt (2005), S. 170; Dreier, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes (1997), S. 255 f.

¹⁴⁵ Rossen-Stadtfeld, § 29 Beteiligung, Partizipation und Öffentlichkeit (2012), Rn. 79.

¹⁴⁶ Vergleiche Dreier, in: Dreier, GG, Art. 20 Rn. 78; Kotzur, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 20 Rn. 70; Rossen-Stadtfeld, § 29 Beteiligung, Partizipation und Öffentlichkeit (2012), Rn. 81.

¹⁴⁷ Vergleiche zu Presse BremStGH, NVwZ-RR 2001, 1 (2); zu Rundfunk ThürVerfGH 10/96, S. 13.

¹⁴⁸ Siehe NWVerfGH NVwZ 1996, 164 (165); ThürVerfGH NVwZ-RR 1999, 282 (284).

¹⁴⁹ Mehde, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 28 Abs. 1 Rn. 54. Ähnlich, unter direktem Verweis auf Art. 20 Abs. 1 GG, Dreier, in: Dreier, GG, Art. 28 Rn. 55.

ein Anspruch an die gesellschaftliche Verarbeitungs- und Koordinierungsleistung öffentlicher Meinungsbildung.

II. Art. 21 und 38 GG – Politische Willensbildung und Kontrolle

Der soeben beim Demokratieprinzip beschriebene Machtfaktor Öffentlichkeit spielt auch mit Blick auf weitere verfassungsrechtlich erwähnte Prozesse der politischen Willensbildung eine herausgehobene Rolle. Denn sowohl für politischen Parteien (Art. 21 Abs. 1 GG) als auch im Kontext der demokratischen Wahl (Art. 38 GG) gilt: Öffentlichkeit und Willensbildung sind stets nicht nur funktionale Voraussetzung für die jeweiligen politischen Abläufe, etwa wenn es um die Entwicklung kollektiver Positionen innerhalb einer Partei oder einer individuell-politischen Entscheidung für die Wahlurne geht. Der Öffentlichkeitsdimension dieser beiden Bereiche kommt vielmehr zusätzlich eine Kontrollfunktion zu, in der die Macht der Publizität für Rechtstreue der beteiligten Akteur*innen und – daraus resultierend – für Vertrauen des Volkes in die Demokratie *insgesamt* sorgen soll.

Mit Blick auf politische Parteien etwa verknüpft Art. 21 Abs. 1 GG explizit die „demokratischen Grundsätze“ ihrer inneren Ordnung mit der „öffentlichen Rechenschaft“ (auch) über ihre finanziellen Mittel. Neben innerparteilicher und parteiübergreifender Transparenz gelten diese Öffentlichkeitspflichten nicht zuletzt der Meinungs- und Entscheidungsbildung der Bürger*innen. Die auf diese Weise verfassungsrechtlich verschriebene Transparenz der Parteien – von ihren Finanzen bis zu ihren Strukturen – dient also letztlich ihrer demokratischen Kontrolle von außen: „Die Parteien unterliegen einer demokratischen Haftung.“¹⁵⁰ Es geht um die Publizität der „wesentlichen Zielvorstellungen, [der] wichtigsten organisatorischen und verfahrensmäßigen Determinanten des Parteigeschehens und auch [der] Zusammensetzung der Leitungsgremien [...], damit der Bürger weiß, womit und mit wem er es in einer Partei zu tun hat“¹⁵¹. Eine solche Publizitätspflicht besteht nicht nur für den „Blick von außen“ auf die Parteien, sondern – noch invasiver – für die Ausgestaltung innerparteilicher Prozesse und Vorgänge. Wenn Art. 21 Abs. 1 S. 3 GG die innere Ordnung von Parteien „demokratischen Grundsätzen“ verpflichtet, erfordert das im Demokratieprinzip verwurzelte Öffentlichkeitsprinzip dies auch für die Partiestrukturen selbst: „Die Öffentlichkeit des Parteigeschehens ist Demokratiebedingung“¹⁵² und -bindung. Auf diese Weise korrespondieren innerparteiliche

¹⁵⁰ Klein, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 21 Rn. 322.

¹⁵¹ Morlok, in: Dreier, GG, Art. 21 Rn. 120, s.a. Rn. 47, 111; ähnlich Streinz, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, Art. 21 Rn. 151.

¹⁵² Klein, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 21 Rn. 320; ähnlich Streinz, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, Art. 21 Rn. 151 sowie eingehend dazu Trautmann, Innerparteiliche Demokratie im Parteienstaat (1975), S. 158 ff.

Abläufe und Organisation auch mit der außerparteilichen demokratischen Aktivierung des Volkes.¹⁵³

Noch weitergehend spricht Ridder gar von Art. 21 GG als der „Haupt- und Grundnorm der institutionellen öffentlichen Meinungsfreiheit des modernen Parteienstaates“¹⁵⁴. Diesen Öffentlichkeitsauftrag und die finanzielle Transparenz will er, über die politischen Parteien hinaus, entsprechend „auf die politische Presse (und ggf. andere Einrichtungen des politischen Prozesses)“ *insgesamt* erweitert wissen – ein Vorschlag, der in dieser Reichweite wohl überbordend erscheint. Allerdings lassen sich hierin Ähnlichkeiten zwischen den „Institutionen“ Presse und Parteien erkennen, „die jenseits der Sphäre privater Interessenverfolgung auf die Erhaltung und Gewährleistung öffentlicher Kommunikation angelegt sind“ und damit den „den prozeßhaften, sich nach selbst erzeugten Regeln organisierenden Bereich des ‚Öffentlichen‘“ gestalten.¹⁵⁵

In jedem Fall macht Ridder überzeugend deutlich, dass die Entscheidung des Verfassungsgebers, auch die Parteien aus dem „extrakonstitutionellen Raum politischer Willensbildung“ in das Verfassungsrecht des Grundgesetzes einzubeziehen, wohl nicht ohne Konsequenzen für andere ehemals extrakonstitutionelle Faktoren (etwa den Meinungsbildungsprozess und seine mediale Vermittlung) bleiben kann.¹⁵⁶ An dieser Ansicht zeigt sich besonders deutlich, gewissermaßen in Überzeichnung, die Bedeutung der Öffentlichkeitsdimension des Art. 21 GG, die nicht um ihrer selbst Willen existiert, sondern auf materielle politische Legitimation und Willensbildung *insgesamt* gerichtet ist.¹⁵⁷ Im Umkehrschluss ließe sich vor diesem Hintergrund die explizite Ausgestaltung des Parteienverbots nach Art. 21 Abs. 4 GG als Argument dafür werten, darüber „hinausreichend[e] staatlichen Eingriffe in die Öffentlichkeit [als] verfassungsrechtlich begrenzt“ zu betrachten, in anderen Worten: „Nur die Partei als Organisation, nicht aber Ideen dürfen aus dem Prozeß der öffentlichen Meinungsbildung ausgeschlossen werden.“¹⁵⁸

Gewissermaßen als letzte Stufe der Willensbildung – oder vielmehr: als deren Ausdruck – fungiert schließlich der Wahlakt gemäß der Wahlrechtsgrundsätze aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG. Hier knüpft das Ergebnis der individuellen Willensbildung

¹⁵³ Siehe Ridder, Aktuelle Rechtsfragen des KPD-Verbots (1966), zitiert nach Ridder, Kommunikation in der Demokratie (2019), S. 113.

¹⁵⁴ Ridder, Meinungsfreiheit (1954), S. 257.

¹⁵⁵ So Ladeur, Helmut Ridders Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie (1999), S. 286.

¹⁵⁶ Ridder, Meinungsfreiheit (1954), S. 255.

¹⁵⁷ Ausführlich hierzu Trautmann, Innerparteiliche Demokratie im Parteienstaat (1975), 146 ff., insb. 158 f., 175 f. Eichenberger, Beziehungen zwischen Massenmedien und Demokratie (1987), S. 407 geht gar darüber hinaus davon aus, dass Vermittlungsfunktionen, die ursprünglich den Parteien zugeordnet worden sind, zunehmend von Massenmedien übernommen werden.

¹⁵⁸ So Ladeur, Helmut Ridders Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie (1999), S. 288 in Interpretation Ridders.

an die staatliche Willensbildung an.¹⁵⁹ Sie setzt im Sinne der *Freiheit der Wahl* voraus, dass „die Wähler ihr Urteil in einem freien, offenen Prozeß der Meinungsbildung gewinnen und fällen können“¹⁶⁰, bezieht sich also auf eine ungestörte Meinungsbildung bereits im vorgelagerten Kontext der Wahl¹⁶¹ und erfordert gleichzeitig mit dem ungeschriebenen Wahlrechtsgrundsatz der Öffentlichkeit der Wahl¹⁶² die Transparenz und Offenheit des *Wahlverfahrens*, das der demokratischen Legitimität des Wahlvorgangs selbst dient.¹⁶³

Auf diese Weise schlagen Art. 21 und 38 GG die Brücke zwischen Öffentlichkeit und öffentlicher Meinung als Ausgangspunkt demokratischer Entscheidungsfindung sowie Kontrolle einerseits und dem punktuellen Wahlakt und dem kontinuierlichen (partei-)politischen Engagement als Ausdruck dieser Entscheidung andererseits. Ein weiteres Mal werden hierin die Funktionserwartungen deutlich, die der Verfassungsgeber an Öffentlichkeit und gesellschaftliche Meinungsbildungsprozesse hat – auch und gerade dadurch, dass es hier nicht nur um öffentliche Kontrolle der Vorgänge bei Wahlen und in Parteien geht, sondern zugleich auch um eine legitimierende Wirkung für jene Mechanismen der Demokratie, die unsere Verfassung für verbindlich erklärt.

III. Art. 42, 44 und 52 GG – Parlamentsöffentlichkeit

Besonders deutlich wird die Bedeutung der Öffentlichkeit für den repräsentativ-demokratischen Prozess schließlich im Grundsatz der Parlamentsöffentlichkeit des Deutschen Bundestages aus Art. 42 Abs. 1 GG, dem (für Untersuchungsausschüsse) die Vorschriften des Art. 44 Abs. 1 GG sowie (für den Bundesrat) diejenigen des Art. 52 Abs. 3 S. 3 und 4 GG weitgehend entsprechen. Ganz unabhängig davon, ob man das Prinzip der Parlamentsöffentlichkeit nun als „notwendiges Begleitelement“¹⁶⁴ oder „wesentliches Kernelement“¹⁶⁵ der Demokratie bezeichnen mag:

„[Ö]ffentliches Verhandeln von Argument und Gegenargument, öffentliche Debatte und öffentliche Diskussion sind wesentliche Elemente des demokratischen Parlamentarismus.

¹⁵⁹ Siehe *Klein/Schwarz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 38 Rn. 153.

¹⁶⁰ BVerfGE 44, 125 (139); ähnlich 66, 369 (380 f.).

¹⁶¹ Siehe *Klein/Schwarz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 38 Rn. 111 ff.; *Butzer*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK, Art. 38 Rn. 69; *Magiera*, in: Sachs, GG, Art. 38 Rn. 90; *Morlok*, in: Dreier, GG, Art. 38 Rn. 93 ff.; *Trute*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 38 Rn. 55; *Klein*, Konkurrenz auf dem Markt der geistigen Freiheiten (1990), S. 135.

¹⁶² Art. 38 i. V. m. Art. 20 Abs. 1 und 2 GG – auch: Publizitätsprinzip.

¹⁶³ Siehe *Klein/Schwarz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 38 Rn. 120; *Butzer*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK, Art. 38 Rn. 101; *Magiera*, in: Sachs, GG, Art. 38 Rn. 104; *Morlok*, in: Dreier, GG, Art. 38 Rn. 126; *Trute*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 38 Rn. 92 ff.; BVerfGE 123, 39 (68 f.); zuerst 121, 266 (291 f.).

¹⁶⁴ *Morlok*, in: Dreier, GG, Art. 42 Rn. 20 ff.

¹⁶⁵ *Schliesky*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, Art. 42 Rn. 14.

Gerade das im parlamentarischen Verfahren gewährleistete Maß an Öffentlichkeit der Auseinandersetzung und Entscheidungssuche eröffnet Möglichkeiten eines Ausgleichs widerstreitender Interessen, die bei einem weniger transparenten Vorgehen sich nicht so ergäben“¹⁶⁶.

Die öffentliche Verhandlung des Parlaments ist historisch gesehen eine zentrale Konsequenz aus dem oben¹⁶⁷ dargestellten bürgerlichen Aufbegehren gegen die politische Arkanhaltung der Monarchie.¹⁶⁸ Der Effekt dieser Öffentlichkeit hing jedoch maßgeblich von der Umsetzung in die Praxis ab: Wurde die Beschlussvorbereitung zu großen Teilen in nicht-öffentliche Teilversammlungen ausgelagert und diente das Plenum zum „Abnicken“, fand dieses zwar öffentlich statt. Jedoch verkaufte die Versammlung auf diese Weise zu einem bloßen Verkündungsorgan und raubte der Bevölkerung die Kontrolle des eigentlichen Entscheidungsprozesses.¹⁶⁹

Mit Blick auf die Demokratie des Grundgesetzes kann (Parlaments-)Öffentlichkeit damit nicht ein bloßes Formerfordernis des parlamentarischen Prozesses sein. Als „Ausfluß des vom Bundesverfassungsgericht geprägten allgemeinen Öffentlichkeitsprinzips der Demokratie“¹⁷⁰, ist sie unbedingte Voraussetzung jeder repräsentativen Demokratie,¹⁷¹ und zwar gleich auf mehrfache Weise.¹⁷² Sie dient der Kontrolle der gewählten Repräsentant*innen durch ihre Wähler*innen,¹⁷³ ermöglicht letzteren zudem einen Einblick in die parlamentarische Praxis und entfaltet somit

¹⁶⁶ BVerfGE 70, 324 (355). Ebenso E 84, 304 (329); E 125, 104 (123 f.); E 130, 318 (344); E 136, 277 (312 f.); BVerfG NVwZ 2018, 51, Rn. 200; BVerfG, 2 BvF 2/18 v. 24.01.2023, Rn. 94.

¹⁶⁷ Siehe oben unter Teil 2 C. I.

¹⁶⁸ Siehe Kissler, § 36 Parlamentsöffentlichkeit: Transparenz und Artikulation (2011), Rn. 4.

¹⁶⁹ Siehe, auch für einen umfassenderen historischen Hintergrund, Manca, Parlament und Öffentlichkeit im Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts (2020), S. 161 ff.; Morlok, in: Dreier, GG, Art. 42 Rn. 2 ff. sowie Klein/Schwarz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 42 Rn. 19 ff.

¹⁷⁰ Kloepfer, in: HStR³ III, § 42 Rn. 54.

¹⁷¹ Vergleiche Klein, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 42 Rn. 29 ff., insb. 34; Brocker, in: Epping/Hillgruber, BeckOK, Art. 42 Rn. 1 ff.; Magiera, in: Sachs, GG, Art. 42 Rn. 1 ff.; Schliesky, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, Art. 42 Rn. 14 ff.; Morlok, in: Dreier, GG, Art. 42 Rn. 20 ff.; Groh, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 42 Rn. 1, 7 ff.; Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff (1969), S. 68 f. Mit Blick auf den Öffentlichkeitsstatus der Abgeordneten (Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG) betrachtet Morlok, in: Dreier, GG, Art. 38 Rn. 176 die Parlamentsöffentlichkeit als einen „Teilgehalt“ desselben.

¹⁷² Detaillierter Überblick zu diesen und weiteren Funktionen der Parlamentsöffentlichkeit m. w. N. bei Kissler, § 36 Parlamentsöffentlichkeit: Transparenz und Artikulation (2011) sowie Linck, Die Parlamentsöffentlichkeit (1992), S. 674 f.; siehe auch Klein/Schwarz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 42 Rn. 29 ff.

¹⁷³ So etwa Kloepfer, in: HStR³ III, § 42 Rn. 54; ebenso Linck, Die Parlamentsöffentlichkeit (1992), S. 674 und Klein/Schwarz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 42 Rn. 30 m. w. N.

eine demokratische Integrationswirkung,¹⁷⁴ die das Parlament auch jenseits der Wahl mit dem Volk verbindet und fortlaufend demokratisch legitimiert.¹⁷⁵ Im Zentrum der verschiedenen Funktionen der Parlamentsöffentlichkeit steht damit ihre Verbindung des Souveräns mit seinem Repräsentativorgan – in den Worten Smends: „[D]ie nichtorganisierte letzte Instanz in der Demokratie lebt von der Öffentlichkeit.“¹⁷⁶ Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, ein Großteil der Bevölkerung sei sowohl am Wahltag selbst als auch an allen anderen Tagen des Jahres ohnehin politisch desinteressiert: „Als demokratische Verfassung stellt das Grundgesetz auf der Ebene des Verfassungsrechts die politische Mündigkeit seiner Bürger unter Frageverbot“¹⁷⁷.

Hierbei soll nicht übersehen werden, dass in der Realität eine Forderung nach voller Transparenz des gesamten parlamentarischen Prozesses selbstredend vergeblich wäre – zumindest, will man politische Verhandlungen (und damit die Erfolgsbedingung der politischen Praxis) nicht gänzlich unmöglich machen: „Der politische Einigungsprozeß durch Kompromißfindung verträgt in der kritischen Entscheidungsphase keine Publizität; das ist ein politisches Sachgesetz.“¹⁷⁸ Vollständige Öffentlichkeit des gesamten parlamentarischen Prozesses wäre wohl lediglich in einer direkten, nicht jedoch in einer repräsentativen Demokratie statthaft.¹⁷⁹

Diese praktische Voraussetzung ändert jedoch nichts daran, dass das Parlament gerade auch im Kontrast zur Arbeit der Regierung einen Hort der Transparenz und Öffentlichkeit bildet. Stellt die Parlamentsöffentlichkeit einerseits, wie dargelegt, ein Kontrollinstrument der *Bürger*innen* dar, bietet dieselbe andererseits wiederum den *Abgeordneten* gegenüber der Regierung ein scharfes Schwert parlamentarischer Kontrolle – zwar nicht durch eine etwaige allgemeine Publizitätspflicht der Exekutive,¹⁸⁰ aber jedenfalls im Rahmen des Zitier- und Interpellationsrechts (je nach Ansicht aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 beziehungsweise Art. 43 Abs. 1 GG).¹⁸¹ Der Bundestag fungiert auf diese Weise gleichermaßen „[a]ls Organ für die Öffentlichkeit und als Organ der Öffentlichkeit“¹⁸².

¹⁷⁴ Siehe Klein/Schwarz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 42 Rn. 31 f.; Schliesky, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, Art. 42 Rn. 16; Groh, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 42 Rn. 23.

¹⁷⁵ So etwa Schliesky, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, Art. 42 Rn. 14.

¹⁷⁶ Smend, Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit (1955), zitiert nach Smend, Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit (2010), S. 469, unter Verweis auf Dietrich Schindler.

¹⁷⁷ Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff (1969), S. 60.

¹⁷⁸ Isensee, in: HStR³ XII, § 268 Rn. 94; siehe auch Morlok, in: Dreier, GG, Art. 42 Rn. 24.

¹⁷⁹ So auch Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff (1969), S. 61.

¹⁸⁰ Vergleiche etwa Kloepfer, in: HStR³ III, § 42 Rn. 55 ff.

¹⁸¹ Zur Einordnung siehe Klein/Schwarz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 43 Rn. 79 ff.

¹⁸² Kissler, § 36 Parlamentsöffentlichkeit: Transparenz und Artikulation (2011), Rn. 9.

Ein weiteres Mal verlässt sich hiermit der Verfassungsgeber auf ein gesellschaftliches System von Öffentlichkeit und Meinungsbildung, um – in diesem Fall – das Parlament als Repräsentationsorgan auch jenseits von Wahlen an den *eigentlichen* Souverän zu koppeln. Denn Kontroll-, Integrations- und Legitimationsfunktion parlamentarischer Öffentlichkeit hängen nicht nur davon ab, dass die Legislative den parlamentarischen Prozess öffnet wie die Fenster eines Hauses. Vielmehr – und diese Dimension wird häufig implizit als selbstverständlich vorausgesetzt – sind sie zur Funktionserfüllung darauf angewiesen, dass sich vor den geöffneten Fenstern keine menschenleere Wüste befindet, sondern ein gesellschaftlicher Resonanzraum: Menschen (und, wie dargelegt,¹⁸³ nötigerweise Medien), die sich für die Geschehnisse im Haus interessieren, sie aus- und bewerten sowie kommentieren.

IV. Art. 20 Abs. 3 – Gerichtsöffentlichkeit

Im Gegensatz zum Öffentlichkeitsprinzip der Legislative findet das Konzept der Gerichtsöffentlichkeit im Grundgesetz selbst keine explizite Erwähnung, es ist lediglich einfachgesetzlich in § 169 GVG niedergelegt. Allerdings benennt das Bundesverfassungsgericht den „Grundsatz der Öffentlichkeit mündlicher Verhandlungen [als einen] Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips. Auch entspricht er dem allgemeinen Öffentlichkeitsprinzip der Demokratie“¹⁸⁴, ist gar „Ausdruck der demokratischen Idee“¹⁸⁵; der BGH spricht von einer „grundlegende[n] Einrichtung des Rechtsstaats“¹⁸⁶. Neben dem Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG¹⁸⁷ wird die Gerichtsöffentlichkeit außerdem aus dem Rechtsstaatsprinzip des Abs. 3¹⁸⁸ hergeleitet und steht damit auf zwei verfassungsrechtlichen dogmatischen Beinen. Umstritten ist jedoch, ob das Prinzip als eigener Verfassungsgrundsatz zu betrachten ist.¹⁸⁹ Während einige Stimmen lediglich von einer Prozessrechtsmaxime sprechen,¹⁹⁰ sehen andere einen Verfassungsgrundsatz als zweifellos gegeben an.¹⁹¹

¹⁸³ Siehe oben unter Teil 2 A. IV., S. 44 ff.

¹⁸⁴ BVerfGE 103, 44 (63).

¹⁸⁵ BVerfGE 133, 168 (217 f.).

¹⁸⁶ BGH, NJW 1970, 523 (524).

¹⁸⁷ Siehe ausführlich *Hirzebruch*, Öffentlichkeit und Neue Medien im gerichtlichen Verfahren (2018), S. 93 ff. sowie *Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt (2005), S. 167 ff.

¹⁸⁸ Im Detail *Hirzebruch*, Öffentlichkeit und Neue Medien im gerichtlichen Verfahren (2018), S. 104 ff. sowie *Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt (2005), S. 198 ff. Zustimmend *Meissner/Schenk*, in: Schoch, IFG, § 55 Rn. 12.

¹⁸⁹ Umfassend zum Meinungsstreit etwa *Paschke*, Digitale Gerichtsöffentlichkeit (2018), S. 73 ff. m. w. N.

¹⁹⁰ Vergleiche BVerfGE 15, 303 (307); daran anknüpfend auch BVerfG NJW 2002, 814 (814). Ebenso *Meissner/Schenk*, in: Schoch, IFG, § 55 Rn. 12; *Degenhart*, in: HStR³ V, § 115 Rn. 41; *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff (1969), S. 74f.

Dieser Meinungsstreit kann vorliegend jedenfalls dahingestellt bleiben, da die Differenzierung zwischen der Prozessrechtsmaxime und einem eigenen Verfassungsgrundsatz in der Praxis keine große Bedeutung hat – auch deshalb, weil selbst die Befürworter*innen eines Verfassungsgrundsatzes betonen, dieser gelte nicht absolut und „besagt insbesondere noch nichts zu den Modalitäten, unter denen die Öffentlichkeit zugelassen wird“¹⁹².

Festzustellen ist allerdings, dass auch im Gerichtsprozess der Öffentlichkeit mehrere Funktionen zugesprochen werden:¹⁹³ Zu ihrer Funktion gehört etwa die öffentliche Kontrolle der Rechtsprechung. Angesichts der „im Verhältnis zur exekutiven [und insbesondere auch zur legislativen] Gewalt [...] geringer ausgeprägten demokratischen Verantwortlichkeit und Kontrolle [erlangt die öffentliche Kontrolle] gesteigerte Bedeutung“¹⁹⁴. Dass die auf diese Weise zugänglichen Verhandlungen im Detail juristisches Fachwissen voraussetzen, tut dieser Kontrollfunktion keinen Abbruch.¹⁹⁵ Die demokratische Legitimation gerichtlicher Entscheidungen, die, an die Legislative anknüpfend, im Wege der Rechtsfortbildung die Ergebnisse der Gesetzgebung ausgestalten, spielt bei der Gerichtsöffentlichkeit ebenso eine Rolle wie ihre Integrationsfunktion und die daraus resultierende Erzeugung von Vertrauen in die Judikative¹⁹⁶ und damit in die rechtsstaatliche Demokratie als Ganze.¹⁹⁷

Wie schon bei der Parlamentsöffentlichkeit handelt es sich auch bei den Funktionsbeschreibungen der Gerichtsöffentlichkeit um verhältnismäßig abstrakte und dem empirischen Kausalbeweis, wenn überhaupt, nur sehr begrenzt zugängliche Zielvorstellungen.¹⁹⁸ In welchem Maß die Gerichtsöffentlichkeit die genannten Funktionen erfüllen kann, hängt dabei nicht zuletzt von ihrer Reichweite ab. Es genügt jedenfalls nicht, dass die Verfahren lediglich parteiöffentlich ablaufen: Das Recht der beteiligten Parteien auf Teilnahme an allen Stadien der Verhandlung ergibt

¹⁹¹ So etwa BVerfGE 103, 44 (63); außerdem von *Coelln*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 17a Rn. 9; *Grzesick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 Rn. 34; *Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt (2005), S. 221 f.; *Stürner*, Gerichtsöffentlichkeit und Medienöffentlichkeit in der Informationsgesellschaft (2001), S. 700; *Ridder*, Meinungsfreiheit (1954), S. 276 f.; unklar *Kloepfer*, in: HStR³ III, § 42 Rn. 60.

¹⁹² BVerfGE 103, 44 (63); s. a. bereits BVerfGE 4, 74 (94). Zustimmend *Grzesick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 Rn. 34.

¹⁹³ Ausführlich zum Folgenden *Bernzen*, Gerichtssaalberichterstattung (2020), S. 104 ff.; *Hirzebruch*, Öffentlichkeit und Neue Medien im gerichtlichen Verfahren (2018), S. 71 ff.; *Paschke*, Digitale Gerichtsöffentlichkeit (2018), S. 99 ff.; *Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt (2005), S. 177 ff.; sowie, mit Blick auf den Strafprozess, *Walther*, Mehr Publizität oder mehr Diskretion? (1998).

¹⁹⁴ *Degenhart*, in: HStR³ V, § 115 Rn. 41.

¹⁹⁵ *Bernzen*, Gerichtssaalberichterstattung (2020), S. 105 ff.

¹⁹⁶ Siehe hierzu ausführlich *Bernzen*, Gerichtssaalberichterstattung (2020), S. 113 ff.

¹⁹⁷ Vergleiche *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff (1969), S. 75.

¹⁹⁸ So auch *Grzesick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 Rn. 34.

sich ohnehin bereits aus dem Recht auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG).¹⁹⁹ Jenseits einer Öffentlichkeit unter den Beteiligten geht es vielmehr um die *Drittöffentlichkeit*, also „die grundsätzliche Zugänglichkeit einer mündlichen Verhandlung durch jedermann [...], der nicht Beteiligter des Verfahrens ist, sowie das Recht, der Verkündung von Urteilen und Beschlüssen beizuwohnen“²⁰⁰. Erst durch diese Erweiterung des Publikums der Judikative rücken abstrakte Nutzenaspekte wie Vertrauen in Demokratie und Rechtsstaat überhaupt in Reichweite.

Eine solche Drittöffentlichkeit kann zwei Formen annehmen: Ursprünglich bestand sie schlicht in der körperlichen Anwesenheit Dritter vor Gericht als Saalöffentlichkeit (auch: unmittelbare Öffentlichkeit).²⁰¹ Inzwischen hat sich der Schwerpunkt hin zur Medienöffentlichkeit im Sinne einer mittelbaren Öffentlichkeit verschoben: „Die mit dem Grundsatz der Öffentlichkeit bezweckte Kontrolle der rechtsprechenden Gewalt ist heute weitgehend von einzelnen an der Verhandlung interessierten Zuhörern auf die Massenmedien übergegangen.“²⁰² Mit einer solchen Medialisierung geht eine Professionalisierung der Gerichtsöffentlichkeit einher, da Gerichtsreporter*innen im Zweifel über ein größeres Fachwissen verfügen, um Vorgänge vor Gericht besser einschätzen und für die Öffentlichkeit insgesamt einordnen zu können.²⁰³ In der Mediengesellschaft heißt Gerichtsöffentlichkeit damit vor allem: Medienöffentlichkeit.²⁰⁴

Im Ausdruck der Drittöffentlichkeit tritt derweil zum ersten Mal auch begrifflich hervor, dass sich die objektivrechtlichen Normen unserer Verfassung für ihre Funktion auf ein Kommunikationssystem und dessen Akteur*innen verlassen, die gerade nicht unmittelbar Teil der entsprechenden staatsorganisatorischen Bestimmung sind, sondern gewissermaßen deren *äußere* Funktionsvoraussetzung.²⁰⁵ Doch so sehr Vertrauen in Rechtsstaat und Demokratie fundamentale Werte unseres Gemeinwesens sind, so wenig explizite Erwähnung und Stütze findet eine funktionierende Öffentlichkeit als deren Existenzbedingung in den entsprechenden Normen. Ein solches geradezu selbstverständliches Vertrauen staatsorganisatorischer

¹⁹⁹ Siehe *Hirzebruch*, Öffentlichkeit und Neue Medien im gerichtlichen Verfahren (2018), S. 181.

²⁰⁰ *Paschke*, Digitale Gerichtsöffentlichkeit (2018), S. 161; siehe auch *Coelln*, Zur Mediенöffentlichkeit der Dritten Gewalt (2005), 29 f. m. w. N.

²⁰¹ Vergleiche ausführlich zur Geschichte der Saalöffentlichkeit *Pernice*, Öffentlichkeit und Medienöffentlichkeit (2000), S. 72 ff. sowie *Bernzen*, Gerichtssaalberichterstattung (2020), S. 110 ff.; *Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt (2005), S. 71 ff.

²⁰² *Meissner/Schenk*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 55 Rn. 18. Zur Bedeutung der Medien in der Vermittlung von Gerichtsöffentlichkeit siehe ausführlich unten unter Teil 2 D., S. 81 ff.

²⁰³ Siehe hierzu *Bernzen*, Gerichtssaalberichterstattung (2020), S. 112.

²⁰⁴ Siehe *Coelln*, Justiz und Medien (2014), S. 193.

²⁰⁵ Zum Zusammenhang der Gerichtsöffentlichkeit mit der abwehrrechtlichen Dimension der Kommunikationsgrundrechte aus Art. 5 Abs. 1 GG siehe ausführlich *Bernzen*, Gerichtssaalberichterstattung (2020), S. 128 ff.

Verfassungsnormen in die Funktion gesellschaftlicher Öffentlichkeit ist, so wird zu zeigen sein, daher darauf angewiesen, dass der Verfassungsgeber diese Funktionsfähigkeit an anderer Stelle stützt oder besser: garantiert.

V. Art. 8 GG – Versammlungsfreiheit

Neben den genannten objektivrechtlichen Vorschriften des Grundgesetzes steht Kommunikation im Fokus verschiedener Grundrechte, auch jenseits von Art. 5. So dienen etwa Versammlungen aus Perspektive des Verfassungsrechts der Kommunikation: Sie sind mehr als ein bloßes Zusammenkommen mit anderen; sie sind ein Zusammenkommen, bei dem zwischen den einzelnen Menschen eine Verbindung existiert, die auf einen gemeinsamen Zweck gerichtet ist – was sie von bloßen *Ansammlungen* unterscheidet.²⁰⁶

Dieser Zweck ist dabei ein grundlegend kommunikativer. Selbst wenn es nicht um inhaltliche Auseinandersetzung mit den anderen Teilnehmer*innen oder eine Kommunikation einzelner Inhalte etwa auf Transparenten gegenüber der breiteren Öffentlichkeit geht: Die einzelnen Anwesenden kommunizieren zueinander in jedem Fall ihre physische Teilnahme und auch die Versammlung der Menschen als solche entfaltet eine kommunikative Wirkung nach *außen*. Es geht darum, „[g]emeinsame Anliegen in physischer Nähe zu anderen Grundrechtsträgern auszudrücken und geistige Gemeinschaft zu erfahren“²⁰⁷.

Bereits in seiner ersten expliziten Auseinandersetzung mit der Versammlungsfreiheit sprach das BVerfG in der *Brokdorf*-Entscheidung von einer „Freiheit zur kollektiven Meinungskundgabe“²⁰⁸. Versammlungen sind damit „eine elementare Voraussetzung der Persönlichkeitsentfaltung“²⁰⁹, ihre Freiheit schützt „als Kommunikationsgrundrecht [...] vor Isolation und Vereinzelung“²¹⁰.

Älter noch als die Brokdorf-Entscheidung allerdings ist die akademische Auseinandersetzung darüber, ob für die Qualität einer Versammlung *jeder* gemeinsam verfolgte Zweck der Teilnehmer*innen ausreicht, oder eine bestimmte inhaltliche Ausrichtung – genauer: ein Bezug auf die öffentliche Meinungsbildung – zu fordern ist. Während der sogenannte *enge Versammlungsbegriff* von einer solchen Voraussetzung ausgeht und einen auf öffentliche Themen und die öffentliche Meinungsbildung gerichteten Versammlungszweck vorschreibt,²¹¹ fordert der *erweiterte*

²⁰⁶ Siehe, statt vieler, *Kaiser*, in: Dreier, GG⁴, Art. 8 GG, Rn. 28 m.w.N.

²⁰⁷ *Kloepfer*, in: HStR³ VII, § 164 Rn. 1.

²⁰⁸ BVerfGE 69, 315, 345; ebenso oder als „kollektive Meinungsäußerung“ BVerfGE 104, 92, 104; 128, 226, 250.

²⁰⁹ *Kaiser*, in: Dreier, GG⁴, Art. 8 GG, Rn. 20.

²¹⁰ von *Coelln*, in: Handbuch Versammlungsrecht, Rn. 62.

²¹¹ So etwa *Hoffmann-Riem*, in: HGR IV, § 106 Rn. 40 ff.; umfassend *Schwäble*, Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit (1975), S. 88 ff.

Versammlungsbegriff zwar einen auf die öffentliche Meinungsbildung gerichteten Zweck, akzeptiert jedoch auch Themen privater Natur.²¹² Der *offene* Versammlungsbegriff schließlich setzt nicht einmal voraus, dass der Versammlungszweck auf die Meinungsbildung gerichtet ist, und stuft damit auch Chorproben oder Gottesdienste als Versammlungen ein.²¹³

Die Auseinandersetzung über den Zweck grundrechtlich geschützter Versammlungen hat bereits mehrere Generationen von Jurist*innen beschäftigt,²¹⁴ weshalb an dieser Stelle die – von den Vertreter*innen des engen wie auch des erweiterten Versammlungsbegriffs vorgebrachte – Kritik am offenen Versammlungsbegriff genügen möge, der den besonderen Schutzbereich der Versammlungsfreiheit auf Tanzveranstaltungen, auf Fußballspiele und sogar auf „das durch die Verfolgung gemeinsamer Zwecke geprägte Zusammensein von Ehegatten oder Lebenspartnern“²¹⁵ erweitert und damit Bereiche betrifft,

die vom „auf den Schutz des Kernbereichs menschlicher Persönlichkeitsentfaltung begrenzten Art. 2 Abs. 1 GG, der als unmittelbarste Konkretisierung des Art. 1 Abs. 1 GG im Bereich menschlicher Freiheit geeignete Problemlösungshilfen für derartige Fallgestaltungen bereitstellt, [bereits erfasst werden,] ohne daß Art. 8 GG dem Sachgerechteres hinzufügen könnte“²¹⁶.

Damit reiht sich die Versammlungsfreiheit in jene Vorschriften des Grundgesetzes ein, in deren Kern die Bedeutung einer (bestimmten Form von) Kommunikation und Öffentlichkeit steht, deren besonderer Wert sich jedoch erst aus der funktionalen Bedeutung dieser Kommunikation für die öffentliche Meinungsbildung ergibt. Gleichzeitig enthält die Versammlungsfreiheit zum ersten Mal beide Funktionsaspekte von Öffentlichkeit, auf die bei der obigen Analyse der objektivrechtlichen Normen²¹⁷ bereits Bezug genommen wurde: Es geht einerseits um das Öffentlichmachen der Positionen der Versammlungsteilnehmer*innen nach außen, um ihre – im Wortsinne – öffentliche „Stellungnahme“. Diese „Veröffentlichung von Meinungen in Versammlungsform“ gibt wie bereits Parlaments- und Gerichtsöffentlichkeit der Gesellschaft als Ganzes – der „Öffentlichkeit“ – die Gelegenheit zur Rezeption, Bewertung und Reaktion. Anders als Gerichts- und Parlamentsöffentlichkeit setzt die Versammlungsfreiheit diese funktionierende gesellschaftliche

²¹² Vertreten u. a. durch *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 8 Rn. 3a; *Ernst*, in: *v. Münch/Kunig*, GG, Art. 8 Rn. 28 ff.; *Kloepfer*, in: *HStR*³ VII, § 164 Rn. 26, jeweils m. w. N. So auch das BVerfG, s. nur BVerfGE 104, 92 (104); 111, 147 (154); 128, 226 (250).

²¹³ So etwa *Höfling*, in: *Sachs*, GG, Art. 8 Rn. 15 f.; *von Coelln*, in: *Handbuch Versammlungsrecht*, Rn. 62; *Gusy*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG⁷, Art. 8 Rn. 18. Umfassend hierzu bereits *Müller*, Wirkungsbereich und Schranken der Versammlungsfreiheit, insbesondere im Verhältnis zur Meinungsfreiheit (1974), S. 41 ff.

²¹⁴ Eine umfassende, aktuelle Bestandsaufnahme zur Zweckdimension des Versammlungsbegriffs findet sich etwa bei *Ullrich*, *Das Demonstrationsrecht* (2015), S. 224 ff.

²¹⁵ *Hoffmann-Riem*, in: *HGR* IV, § 106 Rn. 43.

²¹⁶ *Schwäble*, *Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit* (1975), S. 92.

²¹⁷ Siehe oben unter Teil 2 B. I. ff., S. 51 ff.

Rezeption andererseits nicht nur voraus, sondern stellt sie selbst bereit: Die Teilnahme an einer Versammlung ist bereits Bezugnahme und Reaktion auf die Versammlung selbst.

In Teilen garantiert damit die Versammlungsfreiheit eben jene kommunikative Verarbeitungsfunktion, die von den objektivrechtlichen Normen mit Öffentlichkeitsbezug implizit vorausgesetzt wird. Allerdings darf dabei nicht übersehen werden, dass die geschilderte Funktionserfüllung nur die unmittelbare Versammlungsöffentlichkeit selbst erreicht. Zur Überbrückung von Versammlungsöffentlichkeit und Öffentlichkeit als gesellschaftlicher Größe ist, wie bereits bei Parlaments- und Gerichtsöffentlichkeit, ein funktionierendes gesellschaftliches Kommunikationssystem vonnöten, das auch über den Ort der Versammlung hinaus die darin öffentlich gemachten Meinungen verarbeiten, zugänglich machen und auf sie reagieren kann.

VI. Art. 10 GG – Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis

Das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis in Art. 10 GG setzt weniger am Schutz kommunikativer Öffentlichkeit als vielmehr jenem kommunikativer *Privatheit* an. Er ist gewissermaßen die rechtliche Reaktion auf die Veränderung von privater Kommunikation durch Technologie: „Prototyp kommunikativer Privatheit war und ist ihre Betätigung unter Anwesenden“²¹⁸ – Post- und Fernmeldetechnologien ermöglichen hingegen private Kommunikation auch unter Abwesenden. Während Art. 5 GG die *Freiheit* der Kommunikation an sich (auch) im privaten Bereich sichert, steckt Art. 10 GG den grundrechtlichen Freiheitsrahmen ab, der die *Vertraulichkeit* der Kommunikation mittels technischer Hilfsmittel garantiert.²¹⁹ Ein Leistungsrecht auf die Bereitstellung von Post und Telekommunikation allerdings enthält Art. 10 GG nicht.²²⁰

Damit hat Art. 10 GG zwar keinen Bezug zur Öffentlichkeit, zu Fragen der individuellen Meinungsbildung allerdings sehr wohl. Er ist daher verfassungsrechtlicher Ansatzpunkt für grundlegende Überlegungen zur möglichen Garantenstellung des Staates für bestimmte Formen der Kommunikation. Die Norm bildet eine „objektive Wertentscheidung des Grundgesetzes[,] die Freiheit des Gedankenaustauschs überhaupt sicher[zu]stellen“²²¹:

„Art. 10 GG [...] gewährleistet in seinem objektivrechtlichen Gehalt die Vertraulichkeit der Telekommunikation auch in ihrer gesamtgesellschaftlichen Bedeutung. Es gefährdet die Unbefangenheit der Nutzung der Telekommunikation und in der Folge die Qualität der Kommunikation einer Gesellschaft, wenn [...] Risiken des Missbrauchs und ein Gefühl des

²¹⁸ Gussy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, Art. 10 Rn. 17.

²¹⁹ Vergleiche Pagenkopf, in: Sachs, GG, Art. 10 Rn. 54 f.

²²⁰ Siehe, m. w. N., Ogorek, in: Epping/Hillgruber, BeckOK, Art. 10 Rn. 77.

²²¹ Durner, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 10 Rn. 2.

Überwachtwerdens entstehen. Die zum Schutze der Grundrechtsträger geschaffenen gesetzlichen Vorkehrungen kommen auch dem Vertrauen der Allgemeinheit zugute.“²²²

Es wird deutlich, dass Art. 10 GG sich nicht nur auf die kommunikative Privatsphäre um ihrer selbst Willen bezieht, sondern auch die dadurch zu verwirklichende individuelle (und damit in der Summe: gesellschaftliche) Meinungsbildung als Produkt einer solchen „sorglosen“ Kommunikation im Blick behält. Durner nennt es die „politisch[e] Dimension“ des Grundrechts, deren Bedeutung er anhand der möglichen Verwirklung bei Missbrauch gemäß Art. 18 GG unterstreicht.²²³

Darüber hinaus sichert Art. 10 GG individuelle Kommunikation nicht nur gegen unberechtigten *staatlichen* Zugriff. Vielmehr schützt er sie – im Rahmen mittelbarer Drittewirkung oder gar einer staatlichen Schutzpflicht – auch vor nichtstaatlichen Dritten, die inzwischen als Anbieter von Kommunikationsdiensten teils enormen Einfluss auf den Kommunikationsprozess haben.²²⁴ Gussy spricht insofern von einem „partiellen Funktionswandel“²²⁵ des Art. 10 GG. Dessen ursprünglich gegen den Staat gerichteten Freiheitsgarantien müssten zwangsläufig auch gegen private Akteure in Stellung gebracht werden: einerseits dann, wenn diese Privaten vormals staatliche Versorgungsaufgaben und die damit einhergehende Verantwortung übernehmen, wie etwa im Rahmen der Privatisierung von Post und Telekom; andererseits treffe den Staat aber auch in jenen Fällen eine Regulierungs- und Gewährleistungsverantwortung, in denen er selbst nie Einfluss auf Kommunikationsinfrastruktur hatte, etwa im Bereich der digitalen Kommunikation:

„Hier geht es namentlich um einen Ausgleich zwischen dem durch Privatisierung der Dienstleister bewirkten Verlust an unmittelbarem Grundrechtsschutz einerseits und der Notwendigkeit einer Effektivierung des Grundrechtsschutzguts unter den gewandelten rechtlichen Rahmenbedingungen andererseits [...]. Die dadurch entstehenden Regulierungs- und Aufsichtsverantwortlichkeiten des Staates gehen über die allgemeine grundrechtliche Drittewirkungsdiskussion [und auch über den Art. 87 f Abs. 1 GG²²⁶] weit hinaus.“²²⁷

Auch wenn die Bedeutung von Art. 10 GG für *öffentliche* Kommunikation marginal erscheint, bietet die Norm ein weiteres Indiz dafür, welche Verantwortung

²²² BVerfGE 107, 299 (328).

²²³ Durner, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 10 Rn. 130. Darüber hinausgehend betrachtet er gar die „politisches Bedeutung einer solchen freien Kommunikation [...] ebenso wie die Meinungsfreiheit [als], für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung [...] schlechthin konstituierend“ (ebd., Rn. 2).

²²⁴ Vergleiche Wischmeyer, in: Dreier, GG⁴, Art. 10 Rn. 127 ff.; Martini, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 10 Rn. 4 ff.; kritisch Pagenkopf, in: Sachs, GG, Art. 10 Rn. 21 f., jeweils m. w. N.; dazu auch BVerfGE 125, 260 (339).

²²⁵ Gussy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, Art. 10 Rn. 17.

²²⁶ Gussy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, Art. 10 Rn. 4.

²²⁷ Gussy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, Art. 10 Rn. 38 f.; ähnlich bereits Groß, Die Schutzwirkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses nach der Privatisierung der Post (1999), S. 332 f.; a. A. Pagenkopf, in: Sachs, GG, Art. 10 Rn. 21 f.

dem Staat – und im Rahmen bestimmter Aufgaben mittelbar eben auch nichtstaatlichen Akteuren – gemäß dem geltenden Verfassungsrecht für die Gewährleistung funktionsfähiger Kommunikationsrahmenbedingungen zukommt.

Dabei zeigt sich ein weiteres Mal, dass dem Verfassungsgeber am Gelingen von – öffentlicher und, wie hier: nicht-öffentlicher – Kommunikation zur Funktionssicherung demokratischer Prozesse gelegen ist. Und zwar nicht nur dort, wo er im Rahmen objektivrechtlicher Vorschriften direkt auf Öffentlichkeit Bezug nimmt, sei es in Parlament oder vor Gericht. Vielmehr macht Art. 10 deutlich, dass das Grundgesetz nicht nur die *Schaffung* von Öffentlichkeit zum Zwecke gesellschaftlicher Rezeption als Voraussetzung für gelingende Demokratie erkennt, sondern auch auf die Funktionsfähigkeit eben jener Rezeptionsseite von Öffentlichkeit bedacht ist: sei es, wie hier, im Rahmen vertraulicher Kommunikation, oder sei es, wie noch zu zeigen sein wird,²²⁸ ganz allgemein im Rahmen öffentlicher und privater Meinungsbildung.

VII. Zwischenfazit: Funktionierende Öffentlichkeit als Voraussetzung des Verfassungsrechts

In der Gesamtschau der dargestellten kommunikativen Bezüge verschiedener Verfassungsnormen zeigt sich: der Verfassungsgeber misst Kommunikation und Öffentlichkeit herausgehobene Bedeutung für das Gelingen des demokratischen Staates bei. Dabei geht er nicht nur explizit auf die Bedeutung von Öffentlichkeit – im Sinne des Veröffentlichens und Transparentmachens – staatlicher Prozesse und Abläufe ein, wie etwa im Demokratieprinzip sowie der Parlaments- und der Gerichtsöffentlichkeit deutlich wird. Vielmehr nimmt er dabei stets implizit Bezug auf die gesellschaftliche Dimension von Kommunikation, Öffentlichkeit und Meinungsbildung und setzt deren Funktionalität voraus.

Dort, wo das Grundgesetz auf der einen Seite vom Staat Öffentlichkeit (als Offenheit und Transparenz) verlangt, erwartet es auf der anderen Seite eine funktionierende Öffentlichkeit (als Diskursraum für öffentliche Meinungsbildung) auf Seiten der Gesellschaft. Dieser verfassungsrechtlich stets mitgedachte, funktionierende öffentliche Diskurs ist gleichermaßen zentral wie voraussetzungsvoll: *Zentral*, weil die gesellschaftliche Kommunikation und Öffentlichkeit die verfassungsrechtlichen „Vorschriften“ für eine funktionierende Demokratie mit deren tatsächlicher Verwirklichung verbinden – und zwar auch jenseits prozeduraler Elemente wie Abstimmungen und Wahlen. Sie ermöglichen die „ununterbrochene Beteiligung der Bürger am permanenten Gestaltungsprozeß der Demokratie[,...] die] nicht nur gesellschaftliche Realität, sondern zugleich verfassungsrechtliche Normallage“²²⁹ ist.

²²⁸ Siehe unten unter Teil 2 C., S. 70 ff.

²²⁹ Coelln, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt (2005), S. 170.

Voraussetzungsvoll ist eine funktionierende gesellschaftliche Öffentlichkeit aus verfassungsrechtlicher Sicht, weil die Demokratie des Grundgesetzes auf eine gewisse Qualität des gesellschaftlichen Diskurses und der öffentlichen Meinungsbildung angewiesen ist. Die normative Dimension von Öffentlichkeit²³⁰ ist daher nicht nur demokratisches Idealbild, sondern gleichzeitig Voraussetzung für eine funktionierende Demokratie, gewissermaßen implizite Erfolgsbedingung des Grundgesetzes. Deutlich wird das anhand der drei verfassungsrechtlichen Funktionen von Öffentlichkeit, die auf den vorigen Seiten bereits angeklungen sind, nämlich die *Kontrolle* staatlicher Institutionen, die *Legitimations- und Integrationswirkung* zugunsten des demokratischen Systems sowie die Möglichkeit der (v.a. politischen) *Meinungsbildung*.²³¹ Zwar werden diese drei Dimensionen, wie dargelegt, in der Literatur in der Regel als separate Öffentlichkeitsfunktionen aufgeführt. Jedoch zeigt sich in der Gesamtschau: Die Meinungsbildung steht aus folgenden Gründen im Zentrum der genannten drei Öffentlichkeitsfunktionen.

Zwar ist, etwa mit Blick auf Parlamente, die Kontrolle der Staatsorgane zweifellos ein Hauptargument für ihre Publizitätspflicht. Doch liegt die disziplinarische Wirkung von Publizität nicht in der Öffentlichkeit der parlamentarischen Prozesse selbst, sondern in ihrer Verarbeitung auf gesellschaftlicher Ebene, genauer: im Damoklesschwert der nächsten Wahl. Erst durch die Möglichkeit, ein zutage getretenes Fehlverhalten zu ahnden, entfaltet die Kontrolle ihre Wirkung. Da in einer Demokratie eine entsprechende Sanktion eben in der Abwahl der entsprechenden Parlamentarier*innen (oder jedenfalls einem schlechteren Wahlergebnis ihrer Partei) besteht, genügt die Öffentlichkeit eines Fehlverhaltens nicht zur Sanktion – es muss sich vielmehr in einer entsprechenden Wahlentscheidung niederschlagen. Zwischen institutioneller Publizität und effektiver Kontrolle steht somit die Meinungsbildung als nötiger Mittler.

Ähnliches gilt auch für die Legitimations- und Integrationswirkung, die der Öffentlichkeit demokratischer und rechtsstaatlicher Prozesse zugeschrieben wird. Das Vertrauen in den Rechtsstaat und die Demokratie steht und fällt nicht bereits mit der öffentlichen Verhandlung in Parlament und vor Gericht. Ob jemand aus dem, was dort öffentlich wird, eher Vertrauen oder Verachtung für die jeweiligen Institutionen schöpft, hängt vielmehr davon ab, wie sie oder er dieses öffentliche Geschehen bewertet. Eindrücklich zeigt sich dies etwa daran, dass spätestens seit dem Einzug der AfD in den Bundestag die Wertschätzung der parlamentarischen Praxis in der deutschen Bevölkerung durchaus unterschiedlich ausgeprägt zu sein scheint: Was einem Teil der Bürger*innen als Gefahr für Demokratie und Rechtsstaat erscheint, gilt manch anderem als Idealvorstellung parlamentarischer Debatte. Somit ist auch die Integrationswirkung der Transparenz staatlicher Institutionen kein Automatismus. Sie ist vielmehr ebenfalls dem gesellschaftlichen Diskurs, der öffentlichen Meinungsbildung der Bürger*innen anheimgestellt.

²³⁰ Siehe oben unter Teil 2 A. II. 3., S. 37 f.

²³¹ Siehe auch *Kloepfer*, in: HStR³ III, § 42 Rn. 15 ff.

Die Dreiteilung in Kontroll-, Legitimations- und Integrationsfunktion der Öffentlichkeit erscheint damit zwar in der Theorie einleuchtend, ihre Funktionserfüllung in der Praxis hängt jedoch vollkommen von einer funktionierenden Meinungsbildung ab. Diese ist *conditio sine qua non*.

Um die genannten Funktionen zu ermöglichen, gilt es daher, einen optimalen Rahmen für den Prozess der Meinungsbildung zu schaffen. Wo ein politisches System wie die Demokratie zur Entscheidungsfindung auf das Urteil der Bürger*innen vertraut, ist es gut beraten, ihnen die Grundlagen der nötigen Entscheidungen so neutral, nachvollziehbar und unmittelbar zur Verfügung zu stellen, wie nur irgend möglich.

Denn von der Informationslage hängt nicht ab, ob überhaupt Meinungsbildung stattfindet, sondern wie dies geschieht. Anders formuliert: Auch ohne Publizität bilden sich die Bürger*innen ihre Meinungen. Doch während das Grundgesetz öffentlichen Einblick in die Arbeit demokratischer Institutionen, wie dargelegt, auch zugunsten der Meinungsbildung einfordert, fußt in anderen Systemen, wo diese Transparenz nicht gewährleistet ist, die Meinung der Menschen auf schlechteren Informationen, auf Gerüchten, auf Vermutungen – schlimmstenfalls auf Irrtümern.

Was unsere Verfassung im Rahmen der im vorigen Abschnitt skizzierten Normen also implizit von gesellschaftlicher Öffentlichkeit erwartet, ist nicht *irgendeine* Art der Meinungsbildung, sondern vor allem ihre Funktionsweise in der gewünschten demokratischen *Qualität*. Hierin zeigt sich der oben erwähnte, besondere Voraussetzungsreichtum einer funktionierenden demokratischen Öffentlichkeit: Das Grundgesetz ist auf eine funktionierende gesellschaftliche Dimension der Öffentlichkeit angewiesen – eine Voraussetzung, die jedoch schwerlich durch Recht und Gesetz zu garantieren ist. Funktionierende Öffentlichkeit lässt sich nicht verfassungsrechtlich „verordnen“, es lassen sich höchstens die Bedingungen für ihr Gelingen verbessern. Hierin gründet daher ein entsprechender Gewährleistungsauftrag des Staates.²³²

In der Demokratie des Grundgesetzes, in der der Großteil der demokratischen Öffentlichkeit nur medial vermittelt zustande kommt, bedarf das demokratische Gelingen überdies einer entsprechenden Funktionsfähigkeit des Mediensystems, einer „funktionelle[n] Rolle der Medien“²³³. Auch diese eignet sich nicht zur schlichten verfassungsrechtlichen Vorschrift, sondern kann nur über günstige Rahmenbedingungen gesichert oder gefördert werden. Somit verlassen sich die in diesem Kapitel dargelegten Normen mit Blick auf Öffentlichkeit im Allgemeinen sowie die Medien im Besonderen auf deren demokratische Funktionserfüllung, die nicht direkt, sondern nur über Umwege rechtlich abzusichern ist.

²³² Siehe, statt vieler, *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 15 ff., sowie ausführlich unten unter Teil 2 C.f., S. 70 ff.

²³³ *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 48.

Damit steht die Frage im Raum, auf welche Weise das Grundgesetz das Funktionieren der demokratischen (Medien-)Öffentlichkeit stützt, auf die es selbst angewiesen ist. Ihr gilt es in den folgenden Kapiteln mit Blick auf jene Verfassungsnormen nachzugehen, die als „Kommunikationsgrundrechte“ des Art. 5 Abs. 1 GG die freie und öffentliche Meinungsbildung ermöglichen.

C. Verfassungsrechtliche Gestaltung von Öffentlichkeit I: Individuelle Kommunikationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG)

In seinen ersten zwei Sätzen enthält Art. 5 Abs. 1 GG jene Grundrechte, die gemeinhin als Kommunikationsfreiheiten bezeichnet werden. Mit der Meinungs- und der Informationsfreiheit in Satz 1, die sich auf Individualkommunikation beziehen, sowie den verschiedenen Dimensionen der Medienfreiheit in Satz 2 setzt das Grundgesetz den verfassungsrechtlichen Rahmen, der funktionierende gesellschaftliche Öffentlichkeit und Meinungsbildung in der Praxis ermöglichen und stützen soll.

Die demokratische Komponente ist, neben etwa der ganz individuellen Bedeutung der Persönlichkeitsentfaltung durch Meinungsfreiheit, nur einer von mehreren Aspekten der Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG. In Anbetracht des Fokus der vorliegenden Arbeit gilt dieser überindividuellen Dimension allerdings der Schwerpunkt der Analyse.

Dabei liegt das Augenmerk zunächst auf den Freiheiten der Individualkommunikation aus Satz 1, die nach einer Einbettung in ihren historischen Kontext vor allem auf ihre auch überindividuelle demokratische Bedeutung untersucht werden. Für eine Betrachtung der besonderen Rolle der Medienfreiheit aus Satz 2 sei auf das anschließende Kapitel²³⁴ verwiesen. Es gilt zu untersuchen, welche Handlungsoptionen dem Staat zur Verfügung stehen oder gar welche Handlungspflichten ihm obliegen, um die Funktionsfähigkeit jener demokratischen Öffentlichkeit zu gewährleisten, auf die sich unsere Verfassung verlässt, wie im vorigen Kapitel²³⁵ dargelegt.

Ein kurzer Blick in die Geschichte soll zunächst Aufschluss darüber geben, welche Vorstellungen historisch die Bedeutung individueller Kommunikationsfreiheiten für die Demokratie geprägt haben.²³⁶ Vor diesem Hintergrund gilt es im Anschluss, die Herangehensweise des Grundgesetzes an die überindividuelle Bedeutung der individuellen Freiheiten des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG zu beleuchten.²³⁷

²³⁴ Siehe Teil 2 D., S. 81 ff.

²³⁵ Siehe oben unter Teil 2 B., S. 50 ff.

²³⁶ Siehe unten unter Teil 2 C. I., S. 71 ff.

²³⁷ Siehe im Anschluss Teil 2 C. II., S. 77 ff.

I. Evolution der Kommunikationsfreiheit(en)

Die Bedeutung der Meinungsfreiheit lässt sich mindestens bis ins Griechenland der Antike zu Sokrates' dialektischer Methode der Prüfung von Meinungen zurückverfolgen.²³⁸ Jedoch konzentriert sich diese Arbeit auf die Teile der Geschichte, die das Zusammenspiel zwischen Meinungs- und Kommunikationsfreiheit auf der einen und die Setzung ihrer Rahmenbedingungen durch staatliche – oder zuvor: kirchliche – Autoritäten erläutern können. Dabei stellt die staatliche Förderung von Öffentlichkeit und Meinungsfreiheit eine verhältnismäßig junge Entwicklung dar. Lange Zeit waren vielmehr ihre Unterdrückung und Zensur die Grundlage staatlicher Kommunikationsregeln.

Bemerkenswert ist dabei, dass der Grundstein der Zensur – hier verstanden als die institutionalisierte Einschränkung dessen, was unabhängig vom Medium öffentlich geäußert werden darf – nicht durch weltliche Instanzen gelegt wurde. Es war vielmehr die geistliche Autorität der Kirche, der es um die „Verteidigung und Reinhal tung des Glaubengutes“ ging.²³⁹ Ihr konzeptioneller Ausgangspunkt war derweil nicht das Unterdrücken anderer Meinungen, sondern vielmehr der kirchliche Anspruch, im Besitz der *einzig möglichen* Meinung zu sein. Die Unterdrückung anderer, konkurrierender Ansichten hätte logisch zunächst deren Existenzmöglichkeit vorausgesetzt, eine Vorstellung, die die Kirche gerade ablehnte. „[E]s kann nicht das Recht geben, eine offenbar irrige Anschauung vorzutragen. Es kann nur das Recht geben, die wahre Lehre kundzutun.“²⁴⁰

Erst das Aufkommen der Ideen der Aufklärung im 17. Jahrhundert – die Ersetzung des Wahrheitsvertrauens durch das uns heute selbstverständliche Konzept der Wahrheitssuche – ermöglichte überhaupt die Auseinandersetzung mit verschiedenen Ansichten der Wahrheit und somit eine kritische Diskussion.²⁴¹ Glaubens- und Gewissensfreiheit, oder vielmehr: die kirchliche Ablehnung solcher Freiheiten des Individuums, stehen somit am Anfang der Entstehung der Idee einer umfassenderen Freiheit des Geistes insgesamt, die sich auch auf die ergebnisoffene Auseinandersetzung mit nicht-religiösen Fragestellungen bezieht.²⁴²

Dieser Übergang von kirchlich-religiöser Dogmatik zum aufklärerisch-wissenschaftlichen Hinterfragen ließ auch den weltlichen Staat nicht unberührt. Wie schon im kirchlichen Kontext, so erschien jedoch auch hier die Meinungsfreiheit als ein

²³⁸ Siehe zu dieser Zeitspanne etwa *Zehnpfennig*, Staat in der Antike (2018), S. 248.

²³⁹ Schneider, Die historischen Voraussetzungen von Artikel 5 des Grundgesetzes (1967), S. 10 ff.; vergleiche auch Kloepfer, in: HStR³ III, § 42 Rn. 13; ausführlich zur historischen Herleitung siehe Schneider, Pressefreiheit und politische Öffentlichkeit (1966), S. 16 ff.

²⁴⁰ Augustinus von Hippo, zitiert nach Rothenbücher, Das Recht der freien Meinungsäußerung (1928), S. 6.

²⁴¹ Siehe Scheuner, Pressefreiheit (1965), S. 3 f.

²⁴² Siehe auch Kaiser, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 2 f.; Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten (2002), S. 67 f.; Hoffmann-Riem/Schulz, Politische Kommunikation – Rechtswissenschaftliche Perspektiven (1998), S. 154 f.; Scheuner, Pressefreiheit (1965), S. 4.

potenziell bedrohliches Infragestellen existierender Autoritäten. Es ist daher nicht verwunderlich, dass die Forderungen nach Freiheit der Meinungsäußerung eng geprägt waren mit Demokratiebestrebungen und Kritik am bestehenden absolutistischen Herrschaftssystem.²⁴³ Diese Forderungen nahmen derweil nicht nur dichterische Form an, sondern fanden auch dort ihren Niederschlag, wo der bestehenden Autorität ihre Macht *konstitutionell* abgetrotzt werden sollte.²⁴⁴

Eines der frühen Beispiele hierfür ist die englische *Bill of Rights* von 1689, mit der das Parlament gegenüber der Monarchie diverse Rechte durchsetzte, unter anderem: „[T]he freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament“. Es ist in diesem Zusammenhang bemerkenswert, wenn auch nicht überraschend, dass die darin normierte Redefreiheit nicht den Untertanen, sondern lediglich den Mitgliedern des Parlaments zugestanden wurde. Das Konzept kommunikativer Freiheit erschien eben vor allem dort von Bedeutung, wo Entscheidungen von (macht-)politischer Relevanz besprochen werden. Der Gedanke, dass „in der politischen Auseinandersetzung die Opposition eine legale und sogar im Wettbewerb des politischen Kampfes nützliche Erscheinung sein könne“²⁴⁵, stellt implizit existierende politische Autoritäten in Frage.

Am englischen Beispiel zeigen sich bereits zwei frühe Begründungsansätze der Kommunikationsfreiheit: zum einen wird diese auf ihre Gewähr in Abhängigkeit von fürstlichen Gnaden zurückgeführt („Gnadentheorie“); zum anderen wird sie aus politischen und gesellschaftlichen Erwägungen als schlicht zweckmäßig dargestellt („Zweckmäßigkeitstheorie“).²⁴⁶

Es ist den Demokratiebewegungen, die die Aufklärung ausgelöst hat, zu verdanken, dass die Gnadentheorie an Gewicht und – mit schrumpfendem absolutistischen Herrschaftsbereich – auch an praktischer Bedeutung verlor. Vielmehr stellten die Denker der Aufklärung bald grundlegende Überlegungen an, die die Zweckmäßigkeit bürgerlicher Kommunikationsfreiheiten betonten: Sie begründeten diese etwa, wie Christoph Martin Wieland 1788, als Grundlage moderner, verfasster Staatlichkeit²⁴⁷ oder arbeiteten Meinung und Meinungsfreiheit als Basis von Herrschaft insgesamt heraus, wie David Hume dies ein halbes Jahrhundert zuvor tat.²⁴⁸

²⁴³ Siehe auch den Überblick m. w. N. bei Scherzberg, Die Öffentlichkeit der Verwaltung (2000), S. 176.

²⁴⁴ Siehe Scheuner, Pressefreiheit (1965), S. 3 ff.

²⁴⁵ Scheuner, Pressefreiheit (1965), S. 5.

²⁴⁶ Vergleiche Fechner, in: Stern/Becker, Grundrechte, Art. 5 Rn. 3; sowie, m. w. N., Scherzberg, Die historischen Voraussetzungen von Artikel 5 des Grundgesetzes (1967), S. 28 ff.

²⁴⁷ „Man raube uns diese [Presse-]Freiheit, so wird das Licht, dessen wir uns gegenwärtig erfreuen, bald wieder verschwinden; Unwissenheit wird bald wieder in Dummheit ausarten, und Dummheit uns wieder dem Aberglauben und dem Despotismus preisgeben.“ (Wieland, Ueber die Rechte und Pflichten der Schriftsteller, S. 382).

²⁴⁸ „[We] shall find, that, as FORCE is always on the side of the governed, the governors have nothing to support them but opinion. It is therefore, on opinion only that government is

Ähnlich argumentierte wenige Jahre später in den USA auch Alexander Hamilton in den *Federalist Papers*, einer Reihe von Zeitungsartikeln, die den Entwurf einer US-amerikanischen Verfassung bewarben. Darin sprach er sich 1788 gegen eine Kodifizierung der Pressefreiheit aus. Die schriftliche Fixierung selbstverständlicher Freiheit, so Hamilton, sei schon logisch überflüssig²⁴⁹ – Ausgangspunkt aller Freiheiten und Rechte könne ohnehin nur die freie öffentliche Meinung(sbildung) sein.²⁵⁰

Kulturelle Unterschiede im Bezug auf die begriffliche Herleitung des kommunikativen Freiheitsgedankens in der westlichen Hemisphäre sind derweil marginal: Während sich im angelsächsischen Raum das Argument des „marketplace of ideas“ prominent zeigt, zielt die französische Denkschule auf den Übergang der „opinion public“ in die „volonté générale“, in Deutschland wiederum klingt die Hoffnung auf eine aufklärerische, kollektive Emanzipation aus der selbstverschuldeten Unmündigkeit an.²⁵¹

Mit der Zähmung staatlicher Macht durch den Konstitutionalismus fanden diese Überlegungen Eingang in entsprechende Festschreibungen bürgerlicher Rechte. Besonderes Augenmerk sei an dieser Stelle darauf gelegt, welche Form der Kommunikation die Verfassungsgeber, zunächst in den Vereinigten Staaten, in den Mittelpunkt stellten (Hervorhebungen in den Zitaten des folgenden Absatzes durch d. Verf.):

Im Juni 1776 bekannte die *Virginia Declaration of Rights*, „the Freedom of the Press is one of the great Bulwarks of Liberty, and can never be restrained but by despotic Government“²⁵²; im September desselben Jahres bestimmte die Verfassung des US-Staates Pennsylvania, „that the people have a right to freedom of speech, and of writing, and publishing their sentiments; therefore the freedom of the press ought not to be restrained“²⁵³; das First Amendment der US-Verfassung untersagt seit 1791 dem Kongress, per Gesetz „the freedom of speech, or of the press“ einzuschränken.²⁵⁴ Auf europäischem Boden verbürgte erstmals die französische Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 die „freie Mitteilung der Gedanken und Meinungen [als] eines der kostbarsten Menschenrechte. Jeder Bürger kann also *frei schreiben, reden und drucken*“²⁵⁵. In Deutschland ließen solch deutliche Bekenn-

founded; and this maxim extends to the most despotic and most military governments, as well as to the most free and most popular.“ (Hume, Of the first principles of government, S. 16).

²⁴⁹ Eine explizite Gewährung dieser Freiheit würde, ganz entgegen der beabsichtigten Wirkung, implizit ihre Einschränkung ermöglichen.

²⁵⁰ Siehe Hamilton, Federalist No. 84 (2010), S. 268.

²⁵¹ Kiibler, Legitimationsfragen der Medienregulierung (2002), S. 278.

²⁵² Mason, Declaration of Rights (1776).

²⁵³ Constitution of Pennsylvania vom 28. September 1776.

²⁵⁴ U.S. Const. amend I. Rückblickend konnte sich Hamilton mit seiner Skepsis gegenüber einer kodifizierten Grundrechtecharta als Teil der Verfassung (s.o., Fn. 249, 250) nicht durchsetzen.

²⁵⁵ Art. 11 der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789. Artikel 10 normierte zusätzlich die religiöse Dimension der Meinungsfreiheit. Diese Rechte

nisse zu Kommunikationsfreiheiten länger auf sich warten. Art. 18 der Deutschen Bundes-Akte von 1815 enthielt lediglich die Absicht der Rechtsvereinheitlichung durch die „Abfassung gleichförmiger Verfügungen über die *Preßfreiheit*“. Die Verfassung des Königreichs Bayern von 1818 erwähnte in der Präambel, eher deklaratorisch, die „Freyheit der Meinungen“²⁵⁶ sowie in Titel IV § 11 die „Freyheit der Presse“²⁵⁷. Erst die Paulskirchenverfassung vom 28. März 1849 schrieb in § 143 das Deutschengrundrecht fest, „durch Wort, *Schrift*, *Druck* und bildliche Darstellung seine Meinung frei zu äußern. *Die Preßfreiheit* darf unter keinen Umständen und in keiner Weise [...] beschränkt [...] werden“. Im Artikel 118 der Weimarer Reichsverfassung (WRV), ab dem 14. August 1919 in Kraft, fand sich die Freiheit, seine Meinung „durch Wort, *Schrift*, *Druck*, Bild oder in sonstiger Weise“ zu äußern, galt jedoch nicht nur gegenüber der öffentlichen Gewalt, sondern machte auch eine unmittelbare Drittewirkung gegenüber Privaten explizit. Abgesehen von diesem letzten Punkt zeigt die WRV bereits deutliche textliche Ähnlichkeiten zum Art. 5 des späteren Grundgesetzes der Bundesrepublik – auch wenn in der Zwischenzeit die Nationalsozialisten mit der Reichstagsbrandverordnung²⁵⁸ Art. 118 WRV (neben zahlreichen weiteren Grundrechten) außer Kraft setzten.

Am 10. Dezember 1948 fand die Meinungsfreiheit schließlich Eingang in die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen (AEMR), verbunden mit der Freiheit, „über Medien jeder Art und ohne Rücksicht auf Grenzen Informationen und Gedankengut zu suchen, zu empfangen und zu verbreiten“. Die Meinungsfreiheit gehört damit zu den „konstitutiven Merkmalen für den Typ des westlichen Verfassungsstaates [...] als ‚Projekt der Moderne‘“²⁵⁹ und bildet „traditionelle geistesgeschichtliche und historische politische Verbindungslien des europäisch-nordatlantischen Raums“²⁶⁰.

Es ist augenfällig, dass von den *Federalist Papers* bis zur Weimarer Reichsverfassung die Freiheit der Meinung häufig als deckungsgleich mit der Pressefreiheit erachtet wurde, wenn nicht – vor allem in den frühen Jahren des Konstitutionalismus – der Fokus sogar eher auf der Freiheit der Presse zu liegen schien.²⁶¹

wurden jedoch erstmals nicht ohne den Vorbehalt eines möglichen Missbrauchs der Freiheit gewährt – gewissermaßen eine Grundrechtschranke.

²⁵⁶ Allerdings nicht, ohne die „gesetzlichen Beschränkungen gegen den Mißbrauch“ zu erwähnen.

²⁵⁷ Inklusive der Einschränkung „nach den Bestimmungen des hierüber erlassenen besondern Edictes“, das als Beilage zur Verfassungsurkunde Zensurregeln beinhaltete.

²⁵⁸ Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat vom 28. Februar 1933.

²⁵⁹ Kaiser, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 1; ähnlich Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten (2002), S. 69.

²⁶⁰ Stern, in: Stern, Staatsrecht IV/1, S. 1381, 1383 f.

²⁶¹ Vergleiche Schneider, Die historischen Voraussetzungen von Artikel 5 des Grundgesetzes (1967), S. 67; Ridder, Meinungsfreiheit (1954), S. 251 f.; Rothenbücher, Das Recht der freien Meinungsäußerung (1928), S. 12 ff.

Hier deutet sich die enorme Bedeutung der Zweckmäßigkeitstheorie in der Begründung der Kommunikationsfreiheiten an. Denn die Konzepte von Presse- und Meinungsfreiheit entstanden mitnichten als Selbstzweck: „Das Recht auf freie Meinungsäußerung wurde den Menschen wichtig, als die Buchdruckerkunst aufkam. Denn nunmehr bekam die Meinungsäußerung eine ganz andere Bedeutung als vorher.“²⁶² Dabei ging es auch nicht um eine ökonomische Freiheit der Betätigung als Verleger, die Pressefreiheit galt „nicht [den] gewerblichen Interessen des Verlegers, sondern [dem] öffentliche[n] Engagement des Publizisten“²⁶³.

Um dieses Engagement ging es, „denn auch nur die Meinungspresse war von der Zensur bedroht, deren Abschaffung mit dem Ruf nach Pressefreiheit bezweckt war. Die Meinungspresse ihrerseits wurde getragen von einzelnen geistig herausragenden Persönlichkeiten [...]. Presse war für sie [...] eine besonders wirksame Form der geistigen Kommunikation“²⁶⁴. Ohnehin waren die Gruppen jener, die den öffentlichen Presse-Diskurs als Publikum rezipierten, und jener, die ihn publizistisch prägten, größtenteils identisch. Politische Teilhabe war, wenn nicht unmittelbar von Besitz und Reichtum, so doch zumindest von einem gewissen Bildungsstand abhängig. Wer etwas zu sagen (vielmehr: zu drucken) hatte, dessen Meinung wurde veröffentlicht – oder sie*er veröffentlichte sie selbst. Mangels „Meinungsmacht“ war staatliche Zensur zu dieser Zeit faktisch das einzige Hindernis für freie Meinungsäußerung.²⁶⁵ Und auch das Interesse an der Freiheit auf Empfängerseite und dem Prozess der Meinungsbildung selbst war zu diesem Zeitpunkt gering: „Wenn die Quellen eines Baches verstopft sind, denkt man an deren Freilegung; das Sauberhalten des Bachbetts ist cura posterior.“²⁶⁶

In anderen Worten: Erst, als die Meinungsäußerung und vor allem ihre Vervielfältigung durch neue Technologien wie den Buchdruck und neue Konzepte wie die Demokratie zu probaten Mitteln politischer Einflussnahme wurden, rückten auch die freie Benutzung dieser Mittel und die damit korrespondierenden Freiheiten in den Fokus des Interesses. So wie einige Jahrhunderte zuvor die Glaubensfreiheit als Mittel „entdeckt“ wurde, um das Machtmonopol der Kirche zu hinterfragen, so ließ sich die Pressefreiheit nun in den Dienst der Demokratiebestrebungen stellen. Das wird auch dadurch deutlich, dass die Freiheit der Presse mitnichten auf den gesellschaftlichen Austausch *irgendwelcher* Meinungen bezogen war – sie sollte vielmehr jenen zugute kommen, „die um der Erkenntnis, der religiösen Einsicht, der staatlichen Freiheit willen zu ihren Mitmenschen reden wollten“²⁶⁷.

²⁶² Rothenbücher, Das Recht der freien Meinungsäußerung (1928), S. 14.

²⁶³ Kübler, Legitimationsfragen der Medienregulierung (2002), S. 278.

²⁶⁴ Stammler, Die Presse als soziale und verfassungsrechtliche Institution (1971), S. 201.

²⁶⁵ Ausführlich zur damaligen Veröffentlichungsrealität etwa Kommission für Pressefreiheit, Eine freie und verantwortliche Presse (1948), S. 23 f.

²⁶⁶ Ridder, Meinungsfreiheit (1954), S. 251.

²⁶⁷ Rothenbücher, Das Recht der freien Meinungsäußerung (1928), S. 15.

Wie schon die parlamentarische Redefreiheit der englischen *Bill of Rights*,²⁶⁸ so hatte auch die Freiheit der Presse in ihrem Ursprung – als unmittelbarster Ausdruck der Meinungsfreiheit – eine vor allem politische Funktion.²⁶⁹

Es ist kein Geheimnis, dass neben dieser objektiven Funktion der Kommunikationsfreiheiten mit der Zeit zunehmend ihre subjektive Dimension in den Fokus rückte. Wäre die Einzelperson erst einmal in ihrer Meinung frei von staatlicher Einflussnahme, so die Annahme im 19. Jahrhundert, würden sich die gesellschaftlich vorteilhaften Effekte schon von allein einstellen: „Die Abschirmung der Kommunikationsfreiheit gegen den Staat – insbes. zur Abwehr staatlicher Zensur und von Beschränkungen der Presse-Freiheit – galt als hinreichende Vorbedingung kommunikativer Entfaltung.“²⁷⁰

Zwar hatte sich einst die freie Kommunikation nicht nur gegen einen absolutistischen Staat, sondern ganz grundsätzlich auch gegen die feudale Gesellschaftsstruktur und damit gegen staatsfernen Einfluss einzelner dominanter Gesellschaftsgruppen auf die öffentliche Meinung gerichtet. Dies war zum Zeitpunkt der rechtlichen Kodifikation dieser Freiheit jedoch offenbar „weitgehend aus dem Bewußtsein gedrängt worden“²⁷¹.

Mit Blick auf diese Entwicklung sollte deshalb nicht übersehen werden: Bei den Narrativen der öffentlichen Aufgabe der Medien, entstanden zu Zeiten der Bundesrepublik, „handelt es sich nicht um eine [sic] sachliche, sondern allein um terminologische Neuerungen. Es verhält sich vielmehr exakt umgekehrt: Sachlich neu, und d.h. ein späteres Konstrukt, ist die radikale Subjektivierung der Medienfreiheiten, die alle objektivrechtlichen Bezüge leugnet“²⁷².

Der historische Hintergrund zeigt somit, dass mit Regeln zu Meinungs- und Kommunikationsfreiheiten auch auf individueller Ebene stets eine implizite Erwartung an die (oder auch: Befürchtung der) Nutzung dieser Freiheit(en) und deren Konsequenzen auf machtpolitischer Ebene verbunden war. Dabei handelt es sich um

²⁶⁸ Siehe oben, S. 72.

²⁶⁹ Ebenso Ridder, Meinungsfreiheit (1954), S. 252; ähnlich Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten (2002), S. 32; etwas zurückhaltender Bullinger, in: HStR³ VII, § 163, Rn. 9, der zwar die ursprüngliche politisch-gesellschaftliche Intention der Einführung einer Pressefreiheit anerkennt, ihre rechtliche Umsetzung aber allein als subjektives Recht verstanden wissen möchte.

²⁷⁰ Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten (2002), S. 69; siehe zum Dualismus Staat-Gesellschaft und seiner späteren Überwindung auch Glaeser, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR³ III (2011), § 38, Rn. 1.

²⁷¹ Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheit und Chancengleichheit (1990), S. 34.

²⁷² Kiibler, Legitimationsfragen der Medienregulierung (2002), S. 278, der die starke Subjektivierung auf „die republikeinliche Richtung der Staatsrechtslehre in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts, insbesondere auf Carl Schmitt und seine Schüler“ zurückführt. Mit ihr entwickelte sich, wie Hoffmann-Riem es spitz formuliert, „der Abwehrcharakter [...] zum Selbstzweck“ (Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten (2002), S. 69).

eine Perspektive, die auch das Grundgesetz nicht unberührt ließ, und der es im folgenden Kapitel nachzuspüren gilt.

II. Individualkommunikation im Kontext der Demokratie des Grundgesetzes

Zwar findet in „rechtsstaatlichen Demokratien [...] die öffentliche Kommunikation besondere Aufmerksamkeit, [da sie] das Potential [hat], auch zum Gegenstand öffentlicher Meinungsbildung zu werden“²⁷³. Doch auch der erste Satz des Art. 5 Abs. 1 GG erfasst mit der *Individualkommunikation* gewissermaßen die Grundlage gesellschaftlicher *Massenkommunikation*. Um bei der Analyse des Satzes Eins jedoch nicht den Rahmen dieser Arbeit aus den Augen zu verlieren, soll das folgende Kapitel ihn im Kontext seiner überindividuellen, gesellschaftlichen Bedeutung untersuchen.

Wie bereits angedeutet, knüpft Satz 1 des Art. 5 Abs. 1 GG mit den Freiheiten, eine Meinung zu bilden, zu haben, zu äußern und zu verbreiten²⁷⁴ sowie mit der – als speziellerem Grundrecht zur Meinungsbildungsfreiheit in Korrespondenz stehenden – Informationsfreiheit im zweiten Halbsatz²⁷⁵ an die Bedeutung von Kommunikation für die*den Einzelne*n an. Im Zentrum von Satz 1 steht damit in erster Linie die der Person als *individuellem* Freiheitssubjekt innenwohnende Meinung beziehungsweise die von ihr begehrte Information. Meinung und Information sind gewissermaßen *Funktionsobjekte der Freiheit* – sie werden gebildet, geäußert, verbreitet, erworben.

Art. 5 des Grundgesetzes mag seit seinem Inkrafttreten im Mai 1949 in unverändertem Wortlaut bestehen. Gleichzeitig jedoch trifft wohl „[f]ür kaum einen Artikel des Grundgesetzes [...] das Diktum Rudolf Smends besser zu, dass das Grundgesetz so gelte, wie das Bundesverfassungsgericht es auslegt“²⁷⁶. Nicht zuletzt durch den technologischen Fortschritt unterliegen die Freiheiten des Artikels seit Jahrzehnten „ständiger Verfeinerung“.²⁷⁷

²⁷³ Hoffmann-Riem, Regelungsstrukturen für öffentliche Kommunikation im Internet (2012), S. 513.

²⁷⁴ Siehe, statt vieler, *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 75 ff.; *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, Art. 5 Rn. 99 ff.; *Kaiser*, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 64 ff., jeweils m. w. N.; BVerfGE 27, 71 (81); 80, 361 (381).

²⁷⁵ Siehe *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 985, der von einem „grundrechtlichen Komplementärstück“ spricht; *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, Art. 5 Rn. 102 nennt das Zusammenspiel einen „inneren Zusammenhan[g] (im Sinne eines Bedingungsverhältnisses)“; *Kaiser*, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 76, jeweils m. w. N.; BVerfGE 27, 71 (81 f.).

²⁷⁶ *Kaiser*, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 7 unter Berufung auf *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen (2010), S. 582.

²⁷⁷ *Kaiser*, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 7; ähnlich, aber kritischer, *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 5 ff.

Ein prominenter Teil dieser Verfeinerung widmet sich dabei dem Zusammenhang zwischen den genannten (Teil-)Freiheiten des ersten Satzes und der *gesellschaftlichen* Bedeutung persönlicher Meinung und Information. So sprach etwa das Bundesverfassungsgericht bereits früh von der Meinungsfreiheit als „unmittelbarste[m] Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft“²⁷⁸. Die Diskussion um die Meinungs- und Informationsfreiheit knüpft damit ebenfalls an den funktionalen Charakter von Kommunikation und Öffentlichkeit an, wie er bereits mit Blick auf zahlreiche Verfassungsnormen außerhalb des Grundrechtsteils im vorigen Abschnitt zum Ausdruck kam.

In diesem Kontext weisen zahlreiche Autor*innen – und nicht zuletzt auch das Bundesverfassungsgericht – auf einen Doppelcharakter der verbürgten Freiheiten hin:²⁷⁹ Art. 5 Abs. 1 GG bezieht seinen Schutz demnach nicht nur auf die individuelle Freiheit der*des Einzelnen, sondern auch auf den demokratischen Prozess und die Funktion der Öffentlichkeit *insgesamt*.²⁸⁰

Es geht, in anderen Worten, um eine „demokratische Komponente“ der Freiheit, die bei geistigen Freiheiten wie jenen des Art. 5 Abs. 1 GG besonders hervortritt.²⁸¹ In diesem Zusammenhang haben Lehre und Rechtsprechung die Bedeutung der Kommunikationsgrundrechte für die Demokratie aus dem Wortlaut des Art. 5 als „geistig-kommunikative[m] Urgrundrecht“²⁸² umfassend herausgearbeitet und konkretisiert, mancher würde gar sagen: „überhöht“²⁸³. So sprach das Bundesverfassungsgericht bereits früh davon, dass die Meinungsfreiheit erst die „Auseinandersetzung der Ideen“²⁸⁴ ermögliche, jenen Meinungskampf, der „Lebenselement“²⁸⁵ jeder freiheitlich-demokratischen Staatsordnung sei.

²⁷⁸ BVerfGE 7, 198 (208).

²⁷⁹ So etwa *Kaiser*, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 39; außerdem *Schmidt-Jortzig*, in: HStR³ VII, § 162 Rn. 3, m. w. N. kritisch *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 5 f., 106 ff., jeweils m. w. N. Das BVerfG bezeichnet mit Blick auf die Informationsfreiheit etwa den „Bezug zum demokratischen Prinzip“ als „wesensbestimmend“ (BVerfGE 27, 71 (81)). Vergleiche zur Rundfunkfreiheit als „dienende Freiheit“ etwa BVerfGE 57, 295 (319 f.); sowie zur objektivrechtlichen Seite der Pressefreiheit, die das Institut „Freie Presse“ garantiert, BVerfGE 20, 162 (175 f.); und 66, 116 (133). Siehe auch BVerfGE 7, 198 (204 f.).

²⁸⁰ Wolff nennt als weiteres Argument für einen solchen umfassenden, auch objektivrechtlichen Schutzbereich den potenziellen Kontrollverlust und die damit einhergehende größere Schutzbedürftigkeit des*der Einzelnen, die beim Eintritt in die Öffentlichkeit jene exklusive Gestaltungsmacht abgeben, die ihnen mit Blick auf ihre eigene Privatheit zusteht: „Die Beherrschbarkeit des Zugangs durch den Betroffenen ist gerade das zentrale Differenzierungskriterium für die Unterscheidung zwischen privat und öffentlich.“ (Wolff, Privatheit und Öffentlichkeit – eine Positionsbestimmung in der digitalen Welt, S. 24).

²⁸¹ Siehe *Klein*, Konkurrenz auf dem Markt der geistigen Freiheiten (1990), S. 142 ff., insb. S. 147.

²⁸² So einst *Stern*, in: Stern, Staatsrecht IV/1, S. 1379.

²⁸³ *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 5.

²⁸⁴ BVerfGE 5, 85 (205).

²⁸⁵ BVerfGE 7, 198 (208).

Ein solcher demokratischer Bezug zeigt sich insbesondere in den objektiv-rechtlichen Gehalten des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, die Literatur und BVerfG gleichermaßen erkennen. So besteht etwa der Grundkonsens, dass der demokratische Staat zumindest eine funktionierende Kommunikationsordnung aufrechterhalten müsse:²⁸⁶ „Demokratie mit abgeschotteter Information, Demokratie ohne die Möglichkeit öffentlicher Meinung kann nicht bestehen; sie bleibt Fassade für einen anderen politischen Gehalt.“²⁸⁷ Wie ein solches „Aufrechterhalten“ konkret auszustalten ist, darin gehen die Vorstellung jedoch nicht nur zwischen den Autoren, sondern auch mit Blick auf die verschiedenen in Satz 1 garantierten Freiheiten auseinander.

Für die Informationsfreiheit ist beispielsweise von einer „objektiv-rechtlichen Direktivkraft“²⁸⁸ die Rede – das BVerfG sieht den „Bezug zum demokratischen Prinzip des Art. 20 Abs. 1 GG“ gar an erster Stelle: „Ein demokratischer Staat kann nicht ohne freie und möglichst gut informierte öffentliche Meinung bestehen“. Lediglich „[d]aneben weist die Informationsfreiheit eine individualrechtliche [...] Komponente auf“²⁸⁹. Martens argumentiert in diesem Zusammenhang gar in Richtung einer sich aus Art. 5 GG ergebenden staatlichen Publizitätspflicht, wenn er schreibt: „das notwendige Korrelat staatsbürgerlicher Information [ist] staatliche Publizität“²⁹⁰.

Und auch für die Meinungsfreiheit geht das BVerfG von einer objektivrechtlichen Wirkung aus, wenn es argumentiert, Art. 5 Abs. 1 GG normiere „die Meinungsfreiheit als objektives Prinzip der Gesamtrechtsordnung, wobei subjektiv- und objektivrechtliche Elemente einander bedingen und stützen“²⁹¹. Mit dieser Auslegung von Art. 5 hat das BVerfG ein Argumentationsmuster etabliert, „das die Gewährleistungsgehalte der Verfassungsnormen von Funktionen abhängig macht, die die Kommunikationsstrukturen [für] die Gesellschaft als Ganzes haben“²⁹². Deutlich wird dies etwa mit Blick auf die Ausübung wirtschaftlicher Macht zulasten einzelner Quellen freier Meinungsbildung: wo die „verfassungsrechtlich gewährleistete Verbreitung von Meinungen und Nachrichten“ mit außerhalb des Meinungskampfs liegenden Mitteln verhindert werden soll, ist nicht zuletzt auch „die Gleichheit der Chancen beim Prozeß der Meinungsbildung“ verletzt.²⁹³

²⁸⁶ Siehe *Kühling*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR, Art. 5 Rn. 13 m. w. N.; ebenso *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 87 m. w. N.; siehe auch BVerfGE 57, 295 (319 f.); 97, 391 (399).

²⁸⁷ *Böckenförde*, in: HStR³ II, § 24 Rn. 68.

²⁸⁸ Siehe *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 5 Rn. 56 m. w. N.

²⁸⁹ BVerfGE 27, 71 (81). Siehe auch BVerfGE 90, 27 (31 f.).

²⁹⁰ Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 64. Ähnlich *Schoch*, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung (1998), S. 189.

²⁹¹ BVerfGE 57, 295 (319 f.), verweisend auf BVerfGE 7, 198 (204 f.). Siehe auch *Schmidt-Jortzig*, in: HStR³ VII, § 162, Rn. 9 ff.

²⁹² *Schulz*, Soziale Ordnung und Kommunikationsstrukturen (2015), S. 19 f.

²⁹³ BVerfGE 25, 256 (265).

Den engen Zusammenhang dieser beiden Dimensionen der Meinungsfreiheit stellt auch Hoffmann-Riem heraus, wenn er schreibt, die Garantie eines subjektiven Rechts hänge nicht zuletzt von einem wirksamen Rahmen zur Verwirklichung dieses Rechts ab – mithin von der objektivrechtlichen Freiheitsdimension.²⁹⁴ Die Kommunikationsgrundrechte *schützen* damit nicht nur den Kommunikationsprozess, sie *konstituieren* ihn und seinen Rahmen vielmehr.²⁹⁵ Erst dann, wenn sie gesichert sind, kann der Kampf der Meinungen als Startpunkt gesellschaftlicher Aushandlungsprozesse überhaupt stattfinden.²⁹⁶

Bei all diesen am diskursiven Idealbild orientierten Ausführungen ließe sich vermuten, dass sich der freiheitliche Schutz auf Inhalte beschränkte, die von einer besonderen politisch-gesellschaftlichen Relevanz sind. Das ist nicht der Fall. Die Freiheiten des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG erstrecken sich nicht nur auf Meinungen von bestimmter (demokratischer) Bedeutung, sondern auf Meinungsäußerungen zu sämtlichen Themen und allen Zwecken.²⁹⁷

Neben solchen Fragen des *Inhalts* von Kommunikation steht die Interpretation von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG darüber hinaus vor der Herausforderung neuer technischer Kommunikationsformen, die der Wortlaut der Norm zumindest nicht unmittelbar abdeckt. So hat in den vergangenen Jahren die Bedeutung digitaler Technologien für sowohl die Individual als auch die öffentliche Kommunikation rapide zugenommen.²⁹⁸ Von welcher bestehenden oder gegebenenfalls neuen Variante der Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG digitale Medien jedoch erfasst werden, dazu schießen die Ansichten ins Kraut. Die juristische Kreativität gilt dabei nicht nur der richtigen „Einsortierung“ digitaler Technologien in die Freiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG, sondern stellt bisweilen bereits die Sinnhaftigkeit einer Unterscheidung der Kommunikationsfreiheiten insgesamt infrage. Eine ausführliche Auseinandersetzung mit diesem Meinungsstreit erfolgt an gegebener Stelle.²⁹⁹ Hier möge zunächst der Hinweis darauf genügen, dass die Erfassung eines digitalen Kommunikationsmediums durch den mehr als 70 Jahre alten Wortlaut des Grundgesetzes eine besondere Herausforderung für die Rechtswissenschaft bedeutet.

Die vorangehenden Seiten spannen somit einen ersten analytischen Faden als Verbindung zwischen Kommunikation auf individueller und ihrer Bedeutung auf überindividueller Ebene. Zwar hat nicht jede individuelle Kommunikation Aus-

²⁹⁴ Siehe *Hoffmann-Riem*, Kommunikationsfreiheiten (2002), S. 32.

²⁹⁵ So etwa *Kaiser*, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 40; s. auch oben, Fn. 286.

²⁹⁶ Siehe hierzu auch *Laude*, Automatisierte Meinungsbeeinflussung (2021), S. 266 f. m. w. N.

²⁹⁷ Siehe statt vieler *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 47; *Kaiser*, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 60; *Schemmer*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK, Art. 5 Rn. 4, jeweils m. w. N.

²⁹⁸ So weist der Medienvielfaltsmonitor der Medienanstalten ein kontinuierlich steigendes Meinungsbildungsgewicht des Internets aus, das seit 2020 an erster Stelle der ausgewerteten Medientypen steht (*Die Medienanstalten*, Medienvielfaltsmonitor 2022-I (2022), S. 28).

²⁹⁹ Siehe Teil 2 E. II., S. 95 ff.

wirkungen auf Öffentlichkeit und Gesellschaft, doch jede kommunikative Auswirkung auf gesellschaftlicher Ebene lässt sich auf eine individuelle Meinungsäußerung zurückführen. Auf diese Weise sichert Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG nicht nur den individuellen Zugang zu Öffentlichkeit (sei es als Äußernde*r oder als Rezipient*in), sondern bildet damit gleichzeitig die Grundlage jeder überindividuellen Idee von Öffentlichkeit und Diskurs, die somit durch den Verfassungsgeber implizit bereits in den Freiheiten der Individualkommunikation verankert sind.

Über den Einfluss einer solchen Teilnahme am öffentlichen Diskurs jedoch entscheidet heute, in einer medial vermittelten Öffentlichkeit anstelle einer demokratischen Agora, nicht nur die bloße Freiheit des individuellen Äußerns, sondern vor allem das Maß institutioneller medialer Verstärkung der jeweiligen Äußerung. Die demokratische Funktionserfüllung der Öffentlichkeit hängt somit nicht nur von der Gestaltung entsprechender Rahmenbedingungen für eine individuelle Teilnahme ab, sondern auch und gerade von den Funktionsbedingungen des medialen Systems. Es gilt daher, auf den folgenden Seiten den Fokus auf den verfassungsrechtlichen Umgang mit eben jenen Kommunikationsmittlern und ihrer Bedeutung für gelingende Öffentlichkeit und Meinungsbildung zu richten.

D. Verfassungsrechtliche Gestaltung von Öffentlichkeit II: Medienfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG)

„Wenn der Verfassungsgeber den drei 1948/49 bekanntesten nicht-individuellen Kommunikationsmitteln eigene Freiheitsgarantien in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gewidmet hat, dann geschah dies im Bewusstsein der großen gesellschaftlichen Bedeutung von Presse, Rundfunk und Film und deren erheblicher Öffentlichkeitswirkung. [...] Es ist nicht verfehlt, in dieser Hinsicht von ‚kommunikativer Macht‘ zu sprechen. Darauf beruhen besondere Entfaltungsmöglichkeiten, aber auch besondere Gefährdungen und besondere Gefahren.“³⁰⁰

Diese Skizze der Massenmedien umreißt bereits die besondere Rolle der Medienfreiheiten aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG. Denn auch wenn unsere Verfassung Begriffe wie Massenkommunikation und Massenmedium nicht enthält: Sie stellen einerseits jene mediale Realität dar, die den Bezugspunkt für Art. 5 GG bildet,³⁰¹ und knüpfen andererseits an „ein dem Verfassungstext vorgelagertes Leitbild von Demokratie“³⁰² an.

Nachdem der vorige Abschnitt die verfassungsrechtliche Bedeutung der Freiheit *individueller* Kommunikation für eine funktionsfähige demokratische Öffentlichkeit

³⁰⁰ Stern, in: Stern, Staatsrecht IV/1, S. 1514.

³⁰¹ Siehe Hoffmann-Riem, § 7 Kommunikations- und Medienfreiheit (1995), Rn. 25.

³⁰² So Hartl, Suchmaschinen, Algorithmen und Meinungsmacht (2017), S. 36 unter Berufung auf Volkmann, Leitbildorientierte Verfassungsanwendung (2009), S. 160 ff.

dargestellt hat, wird nun der Blick speziell auf die Rolle der Medien, oder vielmehr: die Medienfreiheit des Grundgesetzes³⁰³ zu richten sein.

Wie bereits mit Bezug auf die individuelle Kommunikationsfreiheiten geschehen, geht es dabei zunächst um die Funktionserwartungen, mit denen das Grundgesetz speziell den Medien als Akteuren des Kommunikations- und Öffentlichkeitsprozesses gegenübertritt.³⁰⁴

Im Anschluss daran soll gezeigt werden, dass das Grundgesetz auch die Gefahr für die Meinungsbildung erkennt, die sich aus dem (gewünschten) besonderen medialen Einfluss ergibt. Denn medial vermittelte Öffentlichkeit mag zwar notwendige Voraussetzung für die Demokratie des Grundgesetzes sein – die entsprechende Funktion der Medien ist jedoch keine selbstverständliche Folge.³⁰⁵

Welche genauen objektivrechtlichen Vorgaben sich aus dem Verfassungsrecht für diesen Regulierungsrahmen ergeben, darauf wird im Rahmen der vertiefenden Ausführungen noch einzugehen sein.³⁰⁶

I. Medien: Funktionsvoraussetzung der Demokratie des Grundgesetzes

Ausgangspunkt des überindividuellen Bezugs der Medienfreiheit ist die essenzielle Bedeutung von Öffentlichkeit³⁰⁷ für die Demokratie, wie sie in den dargelegten Normen des Grundgesetzes deutlich wird.³⁰⁸ Wie ebenso bereits dargestellt, kann der verfassungsrechtlichen Aufgabenbeschreibung von Öffentlichkeit – von der Integrationswirkung zugunsten des Rechtsstaats bis zur Kontrollfunktion gegenüber den Volksvertreter*innen – schon seit langem nicht mehr durch eine Personalöffentlichkeit entsprochen werden. An ihre Stelle ist stattdessen die Medienöffentlichkeit getreten.³⁰⁹ In modernen, funktional strukturierten Gesellschaftssystemen übernehmen Medien die ihnen (auch) durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG zugewiesene Vermittlungsfunktion;³¹⁰ sie verbinden die Punkte im Institutionengefüge des Grundgesetzes

³⁰³ Zu der Frage, ob es sich bei Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG um mehrere oder eine Medienfreiheit handelt, ausführlich unter Teil 2 E. II., S. 95 ff.

³⁰⁴ Siehe folgend Teil 2 D. I., S. 82 ff.

³⁰⁵ Siehe unten unter Teil 2 D. II., S. 85 ff.

³⁰⁶ Siehe insgesamt Teil 2 E., S. 91 ff., insbesondere Teil 2 E. IV. 1.f., S. 113 ff.

³⁰⁷ Im Sinne von: Publizität.

³⁰⁸ Siehe oben, Teil 2 B., S. 50 ff. Klein spricht insofern vom „besonders starken Demokratiebezug“ der Medienfreiheit (Klein, Konkurrenz auf dem Markt der geistigen Freiheiten (1990), S. 144).

³⁰⁹ Vergleiche Pernice, Öffentlichkeit und Medienöffentlichkeit (2000), S. 88.

³¹⁰ Vergleiche Jarass, Die Freiheit der Massenmedien (1978), S. 188 ff.

zes, die auf Öffentlichkeit angewiesen sind,³¹¹ mit eben jener – sie „sorgen für Öffentlichkeit“.

Diesen besonderen Einfluss der Medien schildert das BVerfG immer wieder als Funktionsvoraussetzung für die Demokratie des Grundgesetzes³¹² und spricht von der „Freiheit der Medien [als] konstituierend für die freiheitliche demokratische Grundordnung“³¹³. Demnach „gehört der Rundfunk ebenso wie die Presse zu den unentbehrlichen modernen Massenkommunikationsmitteln, durch die Einfluß auf die öffentliche Meinung genommen und diese öffentliche Meinung mitgebildet wird“³¹⁴. Beiden Medien ist mit Blick auf die funktionierende öffentliche Meinungsbildung eine „öffentliche Aufgabe“³¹⁵ übertragen.³¹⁶ Diese öffentliche Aufgabe setzt die Medien mit dem Ideal einer sozialen Realität in Beziehung: „Sie intendierten auch die Erzielung eines gesellschaftlichen Gesamterfolgs und nicht allein die individuelle ‚Selbstbefriedigung‘ des unpolitischen Bürgers.“³¹⁷ Zugleich ist eine solche Aufgabe nicht allein durch die Garantien der Kommunikationsgrundrechte als reinen Abwehrrechten zu erfüllen.³¹⁸

Dabei ist zu betonen, dass eine solche, auf die demokratische Gesellschaft ausgerichtete, objektive Dimension der Medienfreiheit gerade *nicht* ohne Bezug zum Subjekt existiert. Es kann nicht darum gehen „die Eigengesetzlichkeit des Sozialen (als soziales System) normativ zu wenden und Systemerhaltung, Systemlernen etc. zu Zielen der Freiheiten aus Art. 5 Abs. 1 GG zu erklären“³¹⁹. Vielmehr, wie Schulz umfassend herausgearbeitet hat, knüpft eine solche funktionale Betrachtung der Medienfreiheit an den Anspruch des Individuums auf Meinungsbildung und Selbstvergewisserung durch Teilhabe an Öffentlichkeit an.³²⁰ In anderen Worten ist

³¹¹ Insofern sei an dieser Stelle ebenfalls auf die oben, Teil 2 B., S. 50 ff., dargestellten Normen verwiesen.

³¹² Mit Blick auf die Presse im Spiegel-Urteil in BVerfGE 20, 162 (174 f.); darauf Bezug nehmend BVerfGE 50, 234 (239 f.); 52, 283 (296); 66, 116 (133); ähnlich, aber mit Blick auf den Rundfunk, BVerfGE 83, 238 (296); 97, 228 (256).

³¹³ BVerfGE 117, 244 (258); entsprechend bereits BVerfGE 7, 198 (208); 77, 65 (74).

³¹⁴ BVerfGE 12, 205 (260).

³¹⁵ So etwa BVerfGE 12, 205 (244 f.); für den Rundfunk und BVerfGE 20, 162 (175) für die Presse. Siehe auch Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten (2002), Art. 5 Rn. 178 m. w.N. Kritisch zu dieser Aufgabenzuschreibung Bullinger, in: HStR³ VII, § 163 Rn. 62 ff., 166; ähnlich Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 5 ff., 356.

³¹⁶ Eine Aufgabe, die – wie oben dargelegt (s. S. 94) – bisweilen auf sämtliche Freiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG erweitert wird.

³¹⁷ Degen, Pressefreiheit, Berufsfreiheit, Eigentumsgarantie (1981), S. 105.

³¹⁸ Siehe Mafi Gudarzi, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken (2022), S. 84. Zu den Aspekten einer daran anknüpfenden, demokratisch-funktionalen Grundrechtstheorie siehe auch unten unter Teil 3 B. II. 1., S. 163 ff.

³¹⁹ Schulz, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung (1998), S. 176.

³²⁰ Siehe auch Scherzberg, Die Öffentlichkeit der Verwaltung (2000), S. 194.

auch die objektivrechtliche Dimension der Medienfreiheit eine subjektiv begründete.³²¹ Diese Interpretation entspricht damit der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, derzufolge die Funktion objektiver Grundrechtsprinzipien „in der prinzipiellen Verstärkung ihrer [subjektivrechtlichen] Geltungskraft“ besteht, dabei „jedoch ihre Wurzel in [eben]dieser primären Bedeutung“ hat.³²²

Dennoch erscheint die objektive Dimension des Mediengrundrechts nicht ohne Risiko. So befürchten manche, die Orientierung an ihrer öffentlichen Aufgabe verwandele die Medienfreiheit in ein bloßes Funktionsgrundrecht, dessen subjektiver Kern verlorenzugehen drohe³²³ – wenngleich eine vermeintliche Ausschließlichkeit von *entweder* Individualgrundrecht *oder* objektivrechtlicher Institutionsgarantie wohl als überholt gelten kann.³²⁴

Zum anderen klingt das „Öffentliche“ der Aufgabe nach einem Einfallstor für staatlichen Interventionismus – und damit nicht nach einer Ergänzung, sondern vielmehr nach dem Gegenteil eines subjektiven Abwehrrechts. Jedoch spielt der Ausdruck „öffentliche Aufgabe“ nicht auf den Verantwortungsbereich des Staates an, sondern meint gerade jene Aufgaben, „an deren Erfüllung ein gesteigertes Interesse der Gemeinschaft besteht, die aber so geartet sind, daß sie weder im Wege privater Initiative wirksam wahrgenommen werden können noch zu den im engeren Sinn staatlichen Aufgaben zählen, die der Staat selbst durch seine Behörden wahrnehmen muß“³²⁵. Es handelt sich bei dieser „Aufgabe“ daher nicht um eine Rechtspflicht, sondern um eine schlichte Beschreibung des Status quo, um eine Charakterisierung der tatsächlichen – und wünschenswerten – Funktion der Medien.³²⁶

Aus dieser öffentlichen Aufgabe, die unsere Verfassung an die Medien heranträgt, ergibt sich jedoch eine besondere Herausforderung. Denn die erhoffte demokratische Vermittlungsleistung der Medien geht unmittelbar einher mit einer herausgehobenen Stellung im Kommunikationsprozess – und einem sich daraus ergebenden besonderen Einfluss auf eben diesen Prozess: mit *Medienmacht*.

³²¹ Siehe *Schulz*, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung (1998), *passim*, sowie zusammenfassend S. 176 ff. Aus Sicht von *Tief*, Kommunikation auf Facebook, Twitter & YouTube (2020), S. 40 ff. liegt schlicht je nach betroffenem Medientyp der Schwerpunkt der entsprechenden Freiheit auf ihrer subjektivrechtlichen oder eben ihrer objektivrechtlichen Komponente.

³²² BVerfGE 50, 290 (337); s. auch E 57, 295 (319 f.); 115, 320 (358).

³²³ So etwa *Klein*, Konkurrenz auf dem Markt der geistigen Freiheiten (1990), S. 146 ff.

³²⁴ Siehe etwa *Mager*, Einrichtungsgarantien (2003), S. 256; so auch *Denninger*, in: HSIR³ IX, § 193 Rn. 52. Ebenso bereits *Stern*, Neue Medien – neue Aufgaben des Rechts? (1982), S. 1114 f. Dazu im Detail auch unten unter Teil 3 B. II., S. 162 ff.

³²⁵ BVerfGE 38, 281 (299); ähnlich BVerfG NVwZ 2002, 335 (336). Zur Kritik am Begriff der öffentlichen Aufgabe siehe auch *Bethge*, Die verfassungsrechtliche Problematik der Zulassung von Rundfunkveranstaltern des Privatrechts (1981), S. 31 ff.; *Korioth*, in: *Dürig/Hertzog/Scholz*, GG, Art. 30 Rn. 15 m. w. N.

³²⁶ Siehe *Mager*, Einrichtungsgarantien (2003), S. 251 m. w. N.

II. Mediale Macht als Bedingung und Risiko

„Der Sache nach geht es im Kontrast zu Art. 5 I 1 GG um Medien der Massenkommunikation für die allgemeine Öffentlichkeit durch (besonders wirksame) publizistische Verbreitungsformen mit ihren besonderen Vermittlungsleistungen. Sie überschreiten die in Abs. 1 S. 1 für jedermann real verfügbaren Äußerungsformen von Wort, Schrift und Bild, lösen sich von der situativen Einheit eines konkreten kommunikativen Lebensvorgangs und setzen [...] einen erheblichen Organisationsaufwand voraus“.³²⁷

Was Schulze-Fielitz hier als „besondere Vermittlungsleistung“ der Medien bezeichnet, ist, wie dargelegt, Teil ihrer Funktionsbeschreibung, auf die etwa das Verfassungsgericht zum Zwecke demokratischer Meinungsbildung Bezug nimmt;³²⁸ für manchen sind Medien in Art. 5 gar „(nur) um [dieser] eigentlichen publizistischen Funktion willen verfassungsrechtlich verankert“³²⁹. Diese Funktion bedeutet aber auch eine den Medien durch ihre herausgehobene kommunikative Stellung zufallende besondere Machtposition.³³⁰

Beides ist aus kommunikationswissenschaftlicher Sicht bereits im Abschnitt *Rolle der Medien*³³¹ dargestellt worden. Insbesondere die Machtposition ist allerdings aus verfassungsrechtlicher Perspektive ebenfalls von Bedeutung, am deutlichsten wohl in der durch das BVerfG etablierten Beschreibung des Rundfunks als nicht nur Medium, sondern „eminente[m] ‚Faktor‘ der öffentlichen Meinungsbildung“³³² – die Beschreibung eines Wesens, das so auch der Presse als anderem „großen“ Massenmedium zukommt.³³³

Darüber hinaus ist mit der Beschreibung der Presse als „vierte Gewalt“ im Staat ein Ausdruck geprägt worden, der zwar als staatsorganisationsrechtlich unzutreffend charakterisiert werden mag, der in seiner Eindrücklichkeit aber die faktische Bedeutung der Medien – auch jenseits der Presse – insbesondere im Zusammenspiel mit den drei formalstaatlichen Gewalten deutlich macht.³³⁴ Dieser Einfluss der Medien wird nicht nur verfassungsrechtlich toleriert, er ist vielmehr als Funktionsvoraus-

³²⁷ Kaiser, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 82.

³²⁸ BVerfGE 90, 60 (87).

³²⁹ Hoffmann-Riem, § 7 Kommunikations- und Medienfreiheit (1995), Rn. 28.

³³⁰ Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten (2002), Art. 5 Rn. 141; für einen umfassenderen Überblick zum Zusammenspiel von medialem Einfluss und Recht siehe Ossenbühl, Medien zwischen Macht und Recht (1995), passim.

³³¹ Siehe oben, S. 44 ff.

³³² BVerfGE 12, 205 (260).

³³³ Zur Identität der beiden Freiheiten in Wesen und Funktion etwa BVerfGE 12, 205 (260 f.); 35, 202 (222); 91, 125 (134). Vergleiche auch Kloepfer, in: HStR³ III, § 42 Rn. 39 f. sowie Klein, Konkurrenz auf dem Markt der geistigen Freiheiten (1990), S. 141 f.

³³⁴ Siehe hierzu auch, vergleichsweise skeptisch gegenüber der Charakterisierung als 4. Gewalt, Bethge, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 65 ff., m. w. N. Bei diesem Begriff ist ähnliche Vorsicht geboten wie bei der missverständlichen „öffentlichen Aufgabe“ der Medien – siehe oben, S. 83. Zur Begriffskritik siehe auch Riethers, Dienstverpflichtung der Medien durch „öffentliche Aufgabe“? (1982), S. 24.

setzung für die Demokratie explizit gewollt. In der modernen Gesellschaft kann es damit einerseits *ohne* funktionierende Massenmedien keine Demokratie geben, andererseits laufen die Medien unter den falschen Voraussetzungen Gefahr, „zu den perfektesten Instrumentarien der Freiheitsvernichtung denaturiert“³³⁵ zu werden.

1. Kommunikation auf Augenhöhe – demokratisches Ideal?

Damit steht die Macht der Medien in einer gewissen Spannung zur Vorstellung einer gleichberechtigten, demokratischen Teilhabe am öffentlichen Diskurs im Allgemeinen sowie zur Konzeption der Individual-Kommunikationsgrundrechte aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG im Besonderen: Deren Stellung im Grundrechtekanon unserer Verfassung weist bereits auf die verfassungsrechtliche Orientierung an einer gleichberechtigten Kommunikation der Grundrechtsträger auf Augenhöhe hin. Und das Ideal der Medienfreiheit des Grundgesetzes ist – vor dem Hintergrund der nationalsozialistischen Diktatur und ihrer Gleichschaltung der Medien – gerade nicht propagandahafte One-to-many-Kommunikation, sondern vielmehr medial vermittelte Reichweite vielfältiger Stimmen. In diesem Zusammenhang sprechen einige Vertreter*innen der Literatur daher vom verfassungsrechtlich intendierten „normativen Grundsatz kommunikativer Chancengleichheit“³³⁶.

Auch in der Argumentation des BVerfG findet sich dieses Ideal demokratischer Kommunikation: Nur wenn die Auseinandersetzung „auf geistige Argumente gestützt wird, sich also auf die Überzeugungskraft von Darlegungen, Erklärungen und Erwägungen beschränkt“, und „die Gleichheit der Chancen beim Prozeß der Meinungsbildung“³³⁷ nicht verletzt, unterfällt sie dem Schutz der Kommunikationsfreiheiten. Ein solches Konzept erschließt sich insbesondere unter Berücksichtigung der Meinungsfreiheit als Grundnorm des Art. 5 Abs. 1 GG: Die Freiheit zur Meinungsäußerung liefe leer, wenn die*der Einzelne auf dem Markt der Meinungen – allein aufgrund der kommunikativen Übermacht massenmedialer Vermittlung – keine Chance hätte, der eigenen Meinung jemals Gehör zu verschaffen.³³⁸ Ihren

³³⁵ Arndt, Die Rolle der Massenmedien in der Demokratie (1966), S. 17.

³³⁶ Hoffmann-Riem, § 7 Kommunikations- und Medienfreiheit (1995), Rn. 12; ursprünglich eingeführt wohl in Hoffmann-Riem, Chancengleichheit in zukünftigen Kommunikationssystemen (1976), S. 292 f. Die wahrscheinlich umfassendste Herleitung und Erarbeitung des Begriffs bei Schulz, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung (1998), passim, insb. S. 168 ff. Ausführlich hierzu auch Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten (2008), S. 44 ff.; Mit speziellem Fokus auf den Wettbewerbscharakter Klein, Konkurrenz auf dem Markt der geistigen Freiheiten (1990), S. 210 ff. Zustimmend Hartl, Suchmaschinen, Algorithmen und Meinungsmacht (2017), S. 31 ff.; Bortnikov, Netzneutralität und Bedingungen kommunikativer Selbstbestimmung (2013), S. 47 f.; Leopoldt, Navigatoren (2002), S. 40 ff.

³³⁷ BVerfGE 25, 256 (265).

³³⁸ Ähnlich, wenn auch bei Verwendung anderer Begriffe, unter Verweis auf die Chancengleichheitsunterschiede zwischen Rundfunk und Presse: Stern/Bethge, Öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Rundfunk (1971), S. 49 ff.

Ursprung findet dieses Konzept in dem aus der Menschenwürde folgenden „rechte[n] Interesse an der Erhaltung von Vernunftsubjektivität in jedem empirischen Subjekt“ und der sich daraus ergebenden staatlichen Pflicht, „Tendenzen entgegenzuwirken, die eine intellektuelle und kommunikative Entmündigung von Bürgern begünstigen“³³⁹.

Der Begriff der Chancengleichheit bedeutet derweil nicht, dass im durch die Medien vermittelten öffentlichen Diskurs alle Stimmen stets mit gleicher Lautstärke zu Wort kommen müssten.³⁴⁰ Vielmehr geht es um die Art und Weise, wie dieser Diskurs zustande kommt und wie sich jede*r Einzelne *einbringen* kann: „Chancengleichheit bezieht sich vorrangig auf den Prozess der Kommunikation, nicht unbedingt auf dessen Output“³⁴¹, es ist „die Gleichheit der Wettbewerbsbedingungen, nicht die Ergebnisgleichheit angesprochen“³⁴². Kommunikative Chancengleichheit bedeutet also gerade keine Meinungsplanwirtschaft, sondern Prozessgerechtigkeit in medialer Kommunikation.³⁴³ Sie ist das Anerkennen der „unaufhebbare[n] Asymmetrie“³⁴⁴, die einer massenmedial-vermittelten Kommunikation begriffsnotwendig innewohnt. Die genannte Unaufhebbarkeit bedeutet zudem, dass Privilegierung zur Sicherung kommunikativer Chancengleichheit keinen Absolutheitsanspruch haben kann: „Natürlich steht staatliche Privilegierung stets unter dem Vorbehalt der Machbarkeit und Zwecktauglichkeit im Einzelfall.“³⁴⁵ Dabei geht es einerseits um den potenziell offenen Zugang zur Produktion von Inhalten sowie zu ihren Verbreitungs- und Vermarktungsmöglichkeiten, andererseits, auf Empfängerseite, um die Nutzbarkeit des Informationsangebots – also sowohl um Kommunikationsteilhabe als auch Rezeptionschancengleichheit.³⁴⁶

Während etwa Stammmer hierbei von einem „Postulat der Chancengleichheit für alle Meinungsgruppen innerhalb der Gesellschaft“³⁴⁷ ausgeht, kann jedoch deutlich mehr nötig sein, als im Rahmen eines medialen Spiegelbildes „die bestehenden Kräfteverhältnisse in der Gesellschaft aufzugreifen“ und ihnen ihren Anteil an der medialen Bühne zu sichern – gegebenenfalls sind darüber hinaus etwa jene Inter-

³³⁹ Schulz, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung (1998), S. 168 f.

³⁴⁰ Siehe auch Klein, Konkurrenz auf dem Markt der geistigen Freiheiten (1990), S. 139 ff.

³⁴¹ Knothe/Nowosadko, Sicherstellung von Rezeptionschancengleichheit (2001), S. 34.

³⁴² Klein, Konkurrenz auf dem Markt der geistigen Freiheiten (1990), S. 211; ähnlich auch Schulz, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung (1998), S. 183.

³⁴³ Siehe Schulz, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung (1998), S. 170.

³⁴⁴ Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheit und Chancengleichheit (1990), S. 40.

³⁴⁵ Hartl, Suchmaschinen, Algorithmen und Meinungsmacht (2017), S. 34.

³⁴⁶ So Hoffmann-Riem, Mediendemokratie als rechtliche Herausforderung (2003), S. 216, ähnlich Kaiser, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 40.

³⁴⁷ Stammmer, Die Presse als soziale und verfassungsrechtliche Institution (1971), S. 226.

essen zu begünstigen, denen im Rahmen eines wirtschaftlich getriebenen Medienmarktes keine Aufmerksamkeit zukommen würde.³⁴⁸

Willensbildung muss somit im Rahmen eines „Jedermann-Wettbewerbs“ vor sich gehen können – nicht zuletzt, um der Entstehung von Meinungsmacht, Informationsmonopolen und Kommunikationseliten vorzubeugen³⁴⁹ und kommunikative Beeinflussung etwa durch sachfremde Argumente wie wirtschaftlichen Druck zu verhindern.³⁵⁰ Mancher spricht gar von einer „allumfassend garantierten geistigen Wettbewerbsfreiheit“³⁵¹.

Damit führt das Konzept zurück zu den Wurzeln der Kommunikationsfreiheiten *insgesamt*: Zu jener Zeit, als der Pressefreiheit ursprünglich ihre Bedeutung als politisches Grundrecht zuwuchs, herrschte absolute Chancengleichheit – zumindest mit Blick auf die lesende, politische Elite: Die Gruppe derer, die durch Veröffentlichung ihrer Meinung am Diskurs teilhaben wollten, war identisch mit jenen, die die entsprechenden Mittel zur Veröffentlichung zur Verfügung hatten. Ungleichheit beruhte auf dem gewissermaßen vorgelagerten Analphabetismus – und nicht auf den medialen Machtpositionen.³⁵²

Vor diesem Hintergrund greift es auch zu kurz, die Chancengleichheit lediglich als ein Element des historisch besonders regulierten Rundfunks zu betrachten.³⁵³ Vielmehr geht es aus Perspektive der Chancengleichheit nicht um ein einzelnes Medium, sondern um die „allgemeine Idee der freien geistigen Auseinandersetzung“³⁵⁴. Zwar ist die besondere Gefahr kommunikativer Asymmetrie historisch vor allem beim Rundfunk diagnostiziert worden. Das heißt jedoch nicht, dass einem solchen Ungleichgewicht nicht auch in anderen Medien – und auch schon bei geringerer Ausprägung als einem Monopol wie einst beim öffentlich-rechtlichen

³⁴⁸ Siehe *Schulz*, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung (1998), S. 182 f.

³⁴⁹ Siehe *Bethke*, in: *Sachs*, GG, Art. 5 Rn. 17; *Schmitt Glaeser*, in: *HStR*³ III, § Rn. 28 sowie *Klein*, Konkurrenz auf dem Markt der geistigen Freiheiten (1990), S. 139 f., der auf einen unter dem Deckmantel des Liberalismus noch lange existierenden Gedanken des Elitenkonzepts hinweist. Siehe zur entsprechenden aktuellen Herausforderung digitaler Intermediäre auch unten unter Teil 4 A. II. 3., S. 262 ff.

³⁵⁰ Ein solcher „widerspricht auch dem Sinn und dem Wesen des Grundrechts der freien Meinungsäußerung“, so *BVerfGE* 25, 256 (265); ebenso *Knothe/Nowosadko*, Sicherstellung von Rezeptionschancengleichheit (2001), S. 34.

³⁵¹ *Klein*, Konkurrenz auf dem Markt der geistigen Freiheiten (1990), S. 145.

³⁵² Siehe *Kommission für Pressefreiheit*, Eine freie und verantwortliche Presse (1948), S. 23 f.

³⁵³ So aber wohl *Brugger*, Rundfunkfreiheit und Verfassungsinterpretation (1991), S. 15. Auch *Gersdorf* warnt davor, „das den Rundfunksektor tragende Regulierungsprinzip möglichst umfassender Chancengerechtigkeit auf die Welt des Internet [zu] übertragen“ (*Gersdorf*, Netzneutralität, S. 214).

³⁵⁴ *Hartl*, Suchmaschinen, Algorithmen und Meinungsmacht (2017), S. 33.

Rundfunk – entgegengetreten werden kann und muss, wie etwa mit Blick auf das Internet Bortnikov deutlich macht.³⁵⁵

Es handelt sich bei der kommunikativen Chancengleichheit damit um eine objektivrechtliche Ausprägung der Medienfreiheit. Sie erscheint geboten, da eine bloß abwehrrechtliche Interpretation des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG schlicht

die „Verstärkung der kommunikativen Privilegien derjenigen (wenigen) [zur Folge hätte], die über die realen Möglichkeiten zum Einsatz bestimmter Massenmedien verfügen, ohne daß Sicherungen bestünden, die den Schutzinteressen der Rezipienten oder allgemeiner dem Gemeinschaftsbezug Rechnung tragen würden“³⁵⁶.

Hiermit ist indes nicht gemeint, dass die objektive von der subjektiven Perspektive trennbar wäre. Im Gegenteil: „Die Freiheit der individuellen und öffentlichen Meinungsbildung wird dadurch gewährleistet, daß die Subjekte sich als gleichberechtigt im Kommunikationsprozeß gegenüberstehen. Die staatliche Gewährleistung hat die Kommunikationsordnung so auszustalten, daß jedes empirische Subjekt die reale Chance hat, aktiv und passiv am Kommunikationsprozeß zu partizipieren.“³⁵⁷

2. Chancengleichheit als demokratisierte Medienmacht

Somit weist das Konzept der kommunikativen Chancengleichheit den Weg zu einem medienverfassungsrechtlichen Rahmen, der sowohl die Sicherung der Kommunikationsteilhabe des Individuums einerseits beachtet³⁵⁸ als auch die notwendige mediale Funktions- und Verstärkungslogik andererseits integriert.³⁵⁹

Die Vorstellung eines vom Grundgesetz intendierten, chancengleichen Kommunikationsprozesses ist derweil nicht als Gegenposition zu einer reichweitenstarken Medienlandschaft zu verstehen. Medialer Einfluss ist auch aus der Perspektive kommunikativer Chancengleichheit kein Malus, sondern erzeugt – im Rahmen des richtigen Ordnungsrahmens – vielmehr die Möglichkeit, auch leisen Stimmen Gehör zu verschaffen.

Es wäre überdies ein Fehlschluss, die Bedeutung des Konzepts der Chancengleichheit nur in der *Medienfreiheit* des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zu vermuten. Denn auch im Rahmen der *Individualkommunikation* des Satzes 1 spielen gleiche Teilhabechancen eine Rolle. So kommt auch dort manchen Akteur*innen besondere

³⁵⁵ Bortnikov, Netzneutralität und Bedingungen kommunikativer Selbstbestimmung (2013).

³⁵⁶ Hoffmann-Riem, § 7 Kommunikations- und Medienfreiheit (1995), Rn. 32.

³⁵⁷ Schulz, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung (1998), S. 178. Hoffmann-Riem spricht von einer „staatliche[n] Garantienstaltung[die] zu speziellen Formen der Kommunikationshilfe führen“ kann (Hoffmann-Riem, Chancengleichheit in zukünftigen Kommunikationssystemen (1976), S. 292).

³⁵⁸ Siehe oben unter Teil 2 C., S. 70 ff.

³⁵⁹ Siehe ebenfalls oben unter Teil 2 D., S. 81 ff.

Meinungsmacht zu, etwa aufgrund ihres rhetorischen Geschicks. Von absoluter Gleichheit kann daher auch im Bereich individueller Kommunikation keine Rede sein. Doch ist dieser kommunikative Einfluss auf individueller Ebene gerade „nicht Spiegelbild von besonderen Privilegien und weder aktuell noch potentiell Einsatz einer besonderen sozialen Macht“³⁶⁰. Der Eins-zu-eins-Kommunikation wohnt Chancengleichheit im Kommunikationsprozess vielmehr von Natur aus inne, sodass ihr dort vor allem durch Eingriffe Dritter (i.e. des Staates) Gefahr droht³⁶¹ – Hoffmann-Riem spricht vom „personalen Kern von Kommunikation“³⁶².

Doch das Konzept kommunikativer Chancengleichheit richtet sich derweil gerade nicht nur gegen den Einfluss des Staates. Vielmehr weist es zugleich auf die Gefahr kommunikativer Ungleichgewichte hin, die horizontal zwischen einzelnen Kommunikationsteilnehmer*innen bestehen.³⁶³ Die Kommunikationsfreiheiten sind deshalb auch – nicht ohne Widerspruch – als „Rundumfreiheit“³⁶⁴ bezeichnet worden, die nicht nur vor staatlicher, sondern vor jeder Art von ungerechtfertigter Einflussnahme schützt.

Das Konzept der kommunikativen Chancengleichheit bietet somit eine erste objektivrechtliche Richtschnur für den staatlich zu setzenden medienregulatorischen Rahmen. Das Grundgesetz erkennt dabei, dass sich Medien nicht selbstverständlich und von allein jener Rolle in der öffentlichen Meinungsbildung annehmen, die ihnen in der Erwartungshaltung unserer Verfassung zukommt. Um sich also, wie dargelegt,³⁶⁵ auf eine funktionierende (auch: Medien-)Öffentlichkeit verlassen zu können, sind entsprechende regulatorische Verpflichtungen konsequenterweise auch verfassungsrechtlich geboten. Wie solche verfassungsrechtlichen Vorgaben für Mediенregulierung aussehen können, darauf wird auf den kommenden Seiten noch einzugehen sein; sei es im Allgemeinen in der Begrenzung medialer Macht durch ihre

³⁶⁰ Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheit und Chancengleichheit (1990), S. 38.

³⁶¹ Hierin liegt der Grund dafür, dass der verfassungsrechtliche Schwerpunkt der individuellen Kommunikationsfreiheiten auf deren subjektivrechtlicher Abwehrfunktion liegt. „Anderes wird für die massenmedial vermittelte Kommunikation anzunehmen sein: Ein Machtungleichgewicht zwischen Kommunikator und Rezipient ist dieser Beziehung immmanent.“ (Schulz, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung (1998), S. 179; ähnlich bereits Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheit und Chancengleichheit (1990), S. 42 ff.).

³⁶² Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheit und Chancengleichheit (1990), S. 44.

³⁶³ Peters spricht etwa mit Blick auf den Rundfunk auch von der „Aktivfunktion der Rundfunkfreiheit“ (Peters, Die Zuständigkeit des Bundes im Rundfunkwesen, S. 54). Siehe auch Schulz/Held/Kops, Perspektiven der Gewährleistung freier öffentlicher Kommunikation (2001), S. 625.

³⁶⁴ Ursprünglich wohl Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten (2002), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 45 unter Verweis auf Stock. Zustimmend etwa Kaiser, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 40; skeptisch Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 7; wohl ablehnend Bullinger, in: HStR³ VII, § 163 Rn. 22, der vor der „Gefahr einer ‚Rundumabschwächung‘“ warnt.

³⁶⁵ Siehe oben unter Teil 2 B., S. 50 ff.

Verpflichtung auf inhaltliche Vielfalt,³⁶⁶ die als Ausprägung kommunikativer Chancengleichheit betrachtet werden kann;³⁶⁷ sei es im Besonderen durch einen dienenden Charakter der Rundfunkfreiheit.³⁶⁸

E. Zur Vertiefung: Schutzgehalte des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG

Nach dieser grundsätzlichen Einführung sowohl in die *Erwartungen an* als auch die *Gestaltung von* Öffentlichkeit durch die Verfassung obliegt es dem vorliegenden Kapitel, die entsprechenden Schutzgehalte des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG genauer auszuarbeiten und nötige Grundfragen seiner Dogmatik zu beantworten, um somit die Analyse des verfassungsrechtlichen Umgangs mit der Bedeutung der Medien für Öffentlichkeit und Meinungsbildung zu schärfen.

Ausgangspunkt ist dabei die Differenzierung zwischen Individual- und Massenkommunikation, die nicht bloß auf dem Wortlaut der Norm fußt, der den ersten Absatz des Art. 5 GG in zwei Sätze teilt. Die Unterteilung in die Sätze 1 und 2 ist vielmehr Ausdruck der unterschiedlichen Bedeutungen, die die Verfassung den verschiedenen Kommunikationsprozessen zukommen lässt. Dieser Unterschiedung zwischen individueller und medialer Kommunikation sowie ihren inneren Bezügen ist der folgende Teil 2 E. I. gewidmet.³⁶⁹

Daran anschließend soll es um die Frage gehen, wie eine im Jahre 2023 zeitgemäße Interpretation der drei genannten Medienfreiheiten in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG aussehen kann oder gar muss. In anderen Worten: Können die Mediengrundrechte der deutschen Verfassung im 21. Jahrhundert noch an einen Katalog anknüpfen, der aus den drei 1948/49 bekanntesten Medienarten besteht? In diesem Bereich kann, so wird sich zeigen, auf umfassende juristische Literatur zurückgegriffen werden. Eine Verortung im aktuellen Diskurs um diese Frage wird die Grundlage der darauf aufbauenden Argumentation bilden. Der Unterabschnitt in Teil 2, E. II. soll diesem Thema nachgehen und untersuchen, ob und wie Presse-, Rundfunk- und Filmfreiheit zusammenhängen oder zu unterscheiden sind.³⁷⁰

Abschließend gilt es, die Reichweite der zuvor ausgearbeiteten Medienfreiheit abzustecken. Dazu soll Teil 2 E. III. zunächst den abwehrrechtlichen Charakter der subjektiven Freiheitsdimension des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG ausarbeiten, und zwar im Sinne eines einheitlichen Mediengrundrechts unabhängig von einzelnen Medien-

³⁶⁶ Siehe unten unter Teil 2 E. IV. 1., S. 113 ff.

³⁶⁷ So Held, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten (2008), S. 46: Vielfaltsicherung kann in Chancengleichheit „integriert werden, indem Vielfaltssicherung [sic] als Gewährleistung des Zugangs von verschiedenen Meinungen zum Programm interpretiert wird“.

³⁶⁸ Siehe unten, Teil 3, S.134 ff.

³⁶⁹ Siehe unten S. 92 ff.

³⁷⁰ S. 95 ff.

gattungen.³⁷¹ Im Anschluss gilt es, anknüpfend an die bereits skizzierten Herausforderungen medialer Macht für den öffentlichen Diskurs,³⁷² jene objektivrechtlichen Wertungen der Medienfreiheit aufzuzeigen, die die Medien verfassungsrechtlich auf ihre Rolle in Öffentlichkeit und Meinungsbildung verpflichten sollen.³⁷³

Ziel dieses Abschnitts ist es, die mediengattungsunabhängige Bedeutung der im Grundgesetz verankerten medialen Freiheit aufzuzeigen. Ein solcher Überblick bildet das argumentative Fundament, um darauf aufbauend die Besonderheiten einzelner Medien sowie des Umgangs des Verfassungsrechts mit ihnen herauszuarbeiten.

I. Abgrenzung und Bezugnahme von individueller und medialer Kommunikationsfreiheit

Art. 5 Abs. 1 GG bildet die verfassungsrechtliche Grundlage für die demokratische Bedeutung nicht nur der Individualkommunikation in Satz 1. Satz 2 der Norm bildet das rechtliche Fundament für die Besonderheiten (massen-)medial vermittelter Kommunikation. Er stellt mit den Medienfreiheiten für Presse, Rundfunk und Film auf den „institutionellorganisatorischen Rahmen, also die Freiheit der Herstellung und Verbreitung“³⁷⁴ von Medien ab – ähnlich wie schon bei der Individualkommunikation gänzlich unabhängig sowohl von den darin enthaltenen Meinungen³⁷⁵ als auch von den gewählten medialen (einschließlich: Unterhaltungs-)Formaten.³⁷⁶

Natürlich knüpfen auch die Medienfreiheiten an die*den jeweilige*n Kommunikator*in und damit eine subjektivrechtliche Grundrechtsträgerschaft an. Gleichzeitig jedoch zielt Satz 2 gerade auf „medienspezifisch[e] Aktivitäten“³⁷⁷ – und damit auf die Machtverschiebung, die durch die mediale Vermittlung entstehen kann,

³⁷¹ S. 109 ff.

³⁷² Siehe hierzu soeben unter Teil 2 D. II., S. 85 ff.

³⁷³ Siehe Teil 2 E. IV., S. 112 ff.

³⁷⁴ *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 319.

³⁷⁵ Vergleiche auch *Kaiser*, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 88, 99 m. w. N.; *Hoffmann-Riem*, Kommunikationsfreiheiten (2002), S. 177 f.; BVerfGE 85, 1 (12 f.); E 95, 28 (34); E 97, 391 (400). A. A. *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 47, 89.

³⁷⁶ So argumentierte etwa das Bundesverfassungsgericht mit Blick auf die Pressefreiheit: „Meinungsbildung und Unterhaltung sind keine Gegensätze. Auch in unterhaltenden Beiträgen findet Meinungsbildung statt“ (BVerfGE 101, 361 [389]). Anzumerken ist freilich, dass die Relevanz der Inhalte durchaus für die Rechtfertigung eines möglichen Eingriffs in die Kommunikationsgrundrechte eine Rolle spielen kann. Vergleiche auch *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 295, 614 f., 679; *Kaiser*, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 88, jeweils m. w. N.

³⁷⁷ So *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 5 Rn. 313.

wie Hoffmann-Riem in Gegenüberstellung zu den Freiheiten des Satzes 1 herausarbeitet:

„Jedermann kann die Meinungsfreiheit unter Einsatz der verschiedenen Ausdrucksformen auch real ausüben. [...] Demgegenüber [...] werden Chancen sozialer Machtsteigerung durch die massenmediale Verbreitung der Information eröffnet. Entscheidend ist [dabei das] strukturelle Ungleichgewicht zwischen Kommunikatoren und Rezipienten, das [...] eine kommunikative Machtstellung der Kommunikatoren bewirken kann, die zudem missbrauchstauglich ist.“³⁷⁸

In anderen Worten: Angesichts der Bedeutung von Kommunikation und Öffentlichkeit für die Demokratie widmet sich Satz 1 des Art. 5 Abs. 1 GG einer *Freiheit auf natürlicher Augenhöhe* der Grundrechtsträger*innen: Das Grundgesetz garantiert jede*r von ihnen die Freiheit, die eigene Meinung auf die gewünschte Art zu bilden und zu äußern. Satz 2 hingegen betrachtet Situationen, in denen diese Augenhöhe der Einzelnen gerade verlassen wird und in denen durch (dem Wortlaut zufolge: Massen-)Medien wie Presse, Rundfunk und Film strukturelle Ungleichgewichte und Machtgefälle in der Kommunikation entstehen.³⁷⁹ In diesem Zusammenhang ist „Ungleichgewicht“ keinesfalls als zwingender Nachteil zu verstehen, schließlich gründet auch der oben dargestellte Wert medialer Berichterstattung³⁸⁰ auf dem kommunikativen Hervorheben einzelner Themen und Meinungen.

Eine solche klare Trennung der beiden ersten Sätze des Art. 5 Abs. 1 GG lehnen einige Stimmen in der Literatur allerdings ab. Vielmehr stünden die Freiheiten der beiden Sätze „in einem inneren Zusammenhang und überschneiden sich zum Teil“³⁸¹. Andere interpretieren die Medienfreiheit(en) als lex specialis zu den allgemeineren Freiheiten des Satzes 1.³⁸² Doch ist etwa der Gebrauch der Pressefreiheit, wie soeben gezeigt, nicht einfach eine Meinungsäußerung mit anderen Mitteln, sondern schützt vielmehr eine institutionellorganisatorische Komponente medialer Betätigung, ist also ein *aliud* zur Meinungsfreiheit.³⁸³

³⁷⁸ Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten (2002), Art. 5 Rn. 141; ähnlich bereits Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheit und Chancengleichheit (1990), S. 36 ff.

³⁷⁹ Ebenso Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten (2002), Art. 5 Rn. 141. Siehe auch Kaiser, in: Dreier, GG⁴ (2023 (i.E.)), Art. 5 Abs. 1 Rn. 82 f. sowie Hoffmann-Riem, § 7 Kommunikations- und Medienfreiheit (1995), Rn. 29 f. Siehe auch oben zu kommunikativer Macht und Chancengleichheit, Teil 2 D. II., S. 85 ff. Hierzu stellt auch das BVerfG mit Blick auf die Entstehungsgeschichte klar, dass es etwa bei der Pressefreiheit nicht bloß um eine Meinungsäußerung per Druckwerk gehen kann, siehe BVerfGE 85, 1 (11 f.).

³⁸⁰ Siehe Teil 2 A. IV., S. 44 ff.

³⁸¹ Starck/Paulus, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, Art. 5 Rn. 5; siehe auch Cornils, in: Stern/Sodan/Möstl, StaatsR IV, § 119 Rn. 58.

³⁸² Siehe etwa Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Art. 5 Abs. 1–2 Rn. 313; ähnlich wohl auch Kaiser, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 1 („speziell[e] Freiheiten“).

³⁸³ So etwa Schemmer, in: Epping/Hillgruber, BeckOK, Art. 5 Rn. 20; Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 320 f.; Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten (2002), Art. 5 Rn. 142, jeweils m. w. n.

Dem schadet auch der enge Zusammenhang der beiden Sätze nicht. Denn die Feststellung einer Unterscheidbarkeit der verschiedenen Freiheiten bedeutet keinesfalls eine vollkommen voneinander losgelöste Bedeutung oder tiefe inhaltliche Trennung, im Gegenteil: „Das Individualkommunikationsgrundrecht der Meinungsäußerungs- und Verbreitungsfreiheit [sowie wohl vor allem auch die Meinungsbildungsfreiheit, Anm. d. Verf.] stellt den Hauptbezugspunkt der von Art. 5 Abs. 1 normierten Grundrechte dar. Alle Kommunikationsgrundrechte dienen letztlich der Meinungsfreiheit“.³⁸⁴

In diesem inneren Bezugszusammenhang der beiden Sätze wird überdies deutlich, dass die kommunikativen Freiheiten des Satzes 1 in einer modernen (Massen-) Mediengesellschaft auf die Freiheiten des Satzes 2 angewiesen sind. Es ist, mit Arndt, „kein Zufall, daß [...] nicht mehr nur und erst das Räsonnement [des Satzes 1], welches die Tatsachen als gegeben und bekannt voraussetzt, den Gegenstand der Freiheit bildet, sondern der Nachrichtenstrom es ist, der ganze Tatsachenstoff als Gegenstand der Kommunikation [sic]“³⁸⁵.

Durch diese Garantie der Meinungsfreiheit auf Augenhöhe aus Satz 1 sowie die ihr objektivrechtlich verbundenen Medienfreiheiten des Satzes 2 zielen die Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG darauf, das Idealbild einer pluralen Gesellschaft auch in der Kommunikation *selbst* zu verwirklichen. Dieser kommunikative Pluralismus – sowohl bezogen auf geäußerte Meinungen als auch auf verschiedene Medien zur Bildung derselben – tritt somit als weiterer Kernbegriff und Zielvorgabe in der Interpretation der Norm hervor.³⁸⁶ Kommunikations- und Meinungpluralismus sind dabei nicht nur vor dem Staat geschützt, sondern auch vor einer Vereinnahmung des Kommunikationsprozesses durch nichtstaatliche Akteure, etwa im Rahmen der bereits erwähnten möglichen kommunikativen Machtverschiebungen durch Medien.³⁸⁷

³⁸⁴ Starck/Paulus, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, Art. 5 Rn. 72 m. w. N. Deutlich vor allem BVerfGE 57, 295 (319). „Die Rundfunkfreiheit dient der gleichen Aufgabe wie alle Garantien des Art. 5 Abs. 1 GG: der Gewährleistung freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung“ (Herv. d. Verf.). Siehe auch Kerssenbrock, Eine konvergenztaugliche Medienordnung? (2017), S. 15; HoffmannRiem, Kommunikationsfreiheiten (2002), Art. 5 Rn. 142 m. w. N. Kritisch etwa Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 5 ff., m. w. N.

³⁸⁵ Arndt, Die Rolle der Massenmedien in der Demokratie (1966), S. 14.

³⁸⁶ Vergleiche Kaiser, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 44; ähnlich, zur dazu nötigen „kommunikativen Toleranz“, auch Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten (2002), S. 77 f.; ebenso Häberle, Die Verfassung des Pluralismus (1980), S. 61 f.; BVerfGE 12, 113 (125); 87, 181 (198 f.).

³⁸⁷ Siehe hierzu bereits oben, Teil 2 D. II., S. 85 ff.

II. Verschiedene Medien, verschiedene Freiheiten?

Wer wissen möchte, welche Medienlandschaft der Verfassungsgeber vor Augen hatte, dem hält Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG einen Überblick bereit. Anders gewendet: Wer die Norm liest, erkennt auf den ersten Blick das Alter unserer Verfassung. Die Nennung von Presse, Rundfunk und Film darf wohl als repräsentativ für das Jahr 1949 und die ersten Jahrzehnte des Grundgesetzes gelten – und zu dieser Zeit war die Kategorisierung gleichermaßen disjunkt wie erschöpfend. Daher existierten die drei Medienfreiheiten in juristischer Idealkonkurrenz nebeneinander und boten in ihrer Abgrenzung wenig Auslegungsschwierigkeiten, knüpfte die Unterscheidung doch an die verschiedenen Übertragungstechnologien der Medienarten an:³⁸⁸ Während für die körperliche Verbreitung von Informationen mittels eines Druckerzeugnisses die Pressefreiheit einschlägig war, kam für die unkörperliche Verbreitung mittels elektromagnetischer Wellen die Rundfunkfreiheit in Betracht.³⁸⁹ Handelte es sich um eine Verbreitung „mittels eines chemisch-optischen oder digitalen Bild- und Tonträgers durch Vorführung in der Öffentlichkeit“³⁹⁰, war die Filmfreiheit einschlägig. Einzelne Grenzfälle bestanden zwar schon immer, allerdings waren sie stets unter diese oder jene Freiheit subsumierbar, wie etwa im Falle von Videokassetten³⁹¹ oder gedruckter Programminformation des Rundfunks, teils als „ein bloßer Annex anderer Medienfreiheiten“³⁹² bezeichnet.

1. Grenzen der Wortlaut-Trias

So einleuchtend und funktional diese Unterscheidung verschiedener Medientypen anhand ihrer Übertragungstechnologien über Jahrzehnte war, stieß sie doch in dem Moment an ihre Grenzen, als durch technische Entwicklung neue Medien und mediale Misch-Typen entstanden.³⁹³ Während das Aufkommen von Satelliten- und Kabelfernsehen noch keine Probleme in der Zuordnung verursachte, bereiteten etwa Teletext, Bildschirmzeitung und Telekommunikationsdienste zunehmend Abgren-

³⁸⁸ Für die Abgrenzung der verschiedenen Kommunikationsfreiheiten der Sätze Eins und Zwei des Art. 5 Abs. 1 GG siehe oben, Teil 2 E. I., S. 92 f.

³⁸⁹ Siehe *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Rn. 327 f.; *Schemmer*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK, Art. 5 Rn. 67; *Kaiser*, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 85, 93 jeweils m. w. N.

³⁹⁰ *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Rn. 332.

³⁹¹ Siehe *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 5 Abs. 1–2, Rn. 91.

³⁹² *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 5 Abs. 1–2, Rn. 91. So auch *Schemmer*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK, Art. 5, Rn. 58; *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2, Rn. 329; BVerfGE 83, 238 (312 f.).

³⁹³ Mit Blick auf manche Urteile des Bundesverfassungsgerichts (z. B. BVerfGE 103, 44 (59); 107, 299 (310)), die bereits seit längerem Brücken zwischen Presse- und Rundfunkfreiheit schlagen, könnte die Unterscheidung zwischen verschiedenen Massenmedien grundsätzlich infrage gestellt werden – auch ganz ohne mediale Konvergenz. Diese Diskussion steht jedoch hier nicht im Fokus.

zungsprobleme angesichts der Unterschiede zwischen einem tradierten Idealbild von Presse und Rundfunk und der neuen medialen Realität.³⁹⁴ Der Prozess des Medi(en)wandels soll an dieser Stelle nicht referiert werden, in jedem Fall strapaziert „[d]as Problem der adäquaten Erfassung der neuen Dienste und Kommunikationsformen [...] die überkommene Tatbestandsstruktur der Verfassungsbestimmung“³⁹⁵. Als vorläufiger Höhepunkt dieser unter dem Stichwort „Medienkonvergenz“ bekannten, medialen Evolution³⁹⁶ erscheint die Etablierung des Internets als gemeinsames Fundament einer nahezu vollkommen verschwommenen Medienlandschaft: Text, Audio, Stand- und Bewegtbild, Interaktion – die grenzenlos multimedialen Nutzungsmöglichkeiten des Netzes machen eine typisierende Abgrenzung praktisch unmöglich. Wozu etwa gehört der YouTube-Kanal der BILD-Zeitung (Presse?), wie lassen sich die Nachrichtentexte von RTL.de einordnen (Rundfunk?)? Werden die Redakteur*innen von FAZ und Süddeutscher Zeitung nun zu einer Rundfunkredaktion, nur weil sie nicht mehr nur Zeitung auf Papier, sondern auch Online- und E-Paper-Ausgaben erstellen?

Die Abgrenzung, so zeigt sich, ist ausgesprochen verzwickt. Zwar hat das Verfassunggericht deutlich gemacht, dass eine rechtliche Interpretation des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG nicht ohne Einbeziehung auch der faktischen Gegebenheiten der Medienwelt stattfinden kann.³⁹⁷ Auch ansonsten herrscht weitgehende Einigkeit darüber, dass jene im Wortlaut *nicht* explizit enthaltenen neuen Medien ebenfalls in den Schutzbereich einer oder mehrerer der Medienfreiheiten oder zumindest der Kommunikationsfreiheiten gehören.³⁹⁸

Wie genau das jedoch geschehen soll und wie Abgrenzungskriterien aussehen könnten, dazu ist die Kreativität der Rechtswissenschaft ins Kraut geschossen: Von

³⁹⁴ Für einen zeitgenössischen Problemaufriss siehe *Bullinger*, Strukturwandel von Rundfunk und Presse (1984). Siehe auch *Kaiser*, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 86 m. w.N.; sowie umfassend *Degenhart*, Medienkonvergenz zwischen Rundfunk- und Pressefreiheit (2012).

³⁹⁵ *Cornils*, in: Stern/Sodan/Möstl StaatsR IV, § 119 Rn. 61.

³⁹⁶ Siehe für mehr Detailtiefe zu diesem Aspekt etwa *Schmidtmann*, Die verfassungsrechtliche Einordnung konvergenter Massenmedien (2013), S. 137 ff.; *Holznagel*, Konvergenz der Medien (2002); *Schoch*, Konvergenz der Medien (2002).

³⁹⁷ Siehe, mit Blick auf den Rundfunk, BVerfGE 73, 118 (154). Zustimmend etwa *Hoffmann-Riem*, Mediendemokratie als rechtliche Herausforderung (2003), S. 211.

³⁹⁸ So etwa BVerfGE 74, 297 (350 f.); Vergleiche auch *Hoffmann-Riem*, § 7 Kommunikations- und Medienfreiheit (1995), Rn. 26; *Starck*, Zur notwendigen Neuordnung des Rundfunks (2002), S. 469; *Volkmann*, in: Spindler/Schuster, Elektron. Medien⁴, RStV § 59 Rn. 12; *Koreng*, Meinungsmarkt und Netzneutralität (2009), S. 760. A. A. *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, Art. 5 Rn. 252, der für das Internet mangels eigener Erwähnung in Art. 5 GG die Meinungsfreiheit gewissermaßen als Auffanggrundrecht ansieht; ähnlich wohl auch *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 5 Rn. 16; sowie *Kube*, in: HStR³ IV, § 91 Rn. 14 f. *Dettmann*, Kommunikationsfreiheit im Internet (1999), S. 423 sieht ebenfalls Grenzen des Wortlauts, lässt die Frage aber im Ergebnis offen.

der Betrachtung aller Internetangebote als Rundfunk³⁹⁹ über eine Einzelfallentscheidung je nach Art des Inhalts⁴⁰⁰, der Übertragungstechnologie⁴⁰¹ oder der „individuellen Steuerbarkeit des Informationsvorgangs“⁴⁰², die Unterscheidung zwischen dienender Rundfunkdogmatik für „Rundfunk im engeren Sinne“ und Annäherung an die subjektive Dimension der Pressefreiheit für „Rundfunk im weiteren Sinne“⁴⁰³, das Modell einer eigenen „Internetdienstefreiheit“⁴⁰⁴ bis hin zum Konzept einer einheitlichen Medienfreiheit⁴⁰⁵, die teils sowohl Individual- als auch Mas-

³⁹⁹ So etwa *Röger*, Internet und Verfassungsrecht (1997), S. 205, der alle Websites „als einzelne kleine Sendungen“ eines großen Internet-Programms betrachtet, sowie ihm zustimmend *Klaes*, Verfassungsrechtlicher Rundfunkbegriff und Internet (2009), S. 138. *Dörr*, Multimedia und der Rundfunkbegriff (1997), S. 123 ff. bewertet Internet-vermittelte digitale Angebote ebenfalls dem Grundsatz nach als Rundfunk; so wohl auch *Schemmer*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK, Art. 5, Rn. 43, 67; ähnlich *Papier*, Rechtsgutachten zur Auslegung des Begriffs der Presseähnlichkeit (2010), S. 18 f. sofern eine „Adressierung an die Allgemeinheit“ und eine Form der „redaktionellen Gestaltung“ vorliegt. Ablehnend etwa *Holznagel*, Die Zukunft der Mediengrundrechte in Zeiten der Konvergenz (2011), S. 1.

⁴⁰⁰ Siehe *Davis*, Die „dienende“ Rundfunkfreiheit im Zeitalter der sozialen Vernetzung (2019), S. 67 ff.; *Neuhoff*, Die Dynamik der Medienfreiheit am Beispiel von Presse und Rundfunk (2012), S. 376 f.; *Degenhart*, Verfassungsfragen der Internet-Kommunikation (2011), S. 234 ff.; *Fiedler*, Technologieneutrale Pressefreiheit (2011), S. 15 f.; *Gersdorf*, Verbot presseähnlicher Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks (2010), S. 424 f.; *Gersdorf*, Der Rundfunkbegriff (2007), S. 69 ff.

⁴⁰¹ Vergleiche *Schmidmann*, Die verfassungsrechtliche Einordnung konvergenter Massenmedien (2013), S. 316 ff.

⁴⁰² *Tettinger*, Neue Medien und Verfassungsrecht (1980), S. 28.

⁴⁰³ Siehe *Ladeur*, in: HH-Ko/MedienR⁴, 4. Abschnitt: Medienfreiheitsgrundrechte, Rn. 16; *Bullinger*, Von presseferner zu pressenaher Rundfunkfreiheit (2018), S. 1140 ff.; *Bullinger*, Private Rundfunkfreiheit auf dem Weg zur Pressefreiheit (2007), S. 337 ff.; *Bullinger*, Das teilweise Zusammenwachsen von Presse und Rundfunk und ihren Freiheiten (2007), S. 408 f.

⁴⁰⁴ Als Erster wohl *Mecklenburg*, Internetfreiheit (1997); ausdifferenzierter *Holznagel*, Die Freiheit der Internetdienste (2012) mit der Internetdienstefreiheit als Teil einer übergreifenden Medienfreiheit; *Holznagel*, Internetdienstefreiheit und Netzneutralität (2011); *Holznagel*, Die Zukunft der Mediengrundrechte in Zeiten der Konvergenz (2011), S. 2; *Holznagel/Schumacher*, Netzpolitik Reloaded (2011), S. 77; *Hartl*, Suchmaschinen, Algorithmen und Meinungsmacht (2017), S. 121 geht, noch spezieller, von einer eigenen „Intermediärsfreiheit“ aus; ähnlich wohl *Heldt*, Intensivere Drittewirkung (2023), S. 185. Ablehnend *Degenhart*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), BK GG (Stand: 218. Lieferung Dezember 2022), Art. 5 Abs. 1 und 2 (2017) Rn. 48; *Neuhoff*, Die Dynamik der Medienfreiheit am Beispiel von Presse und Rundfunk (2012), S. 376 f.; *Stern/Sachs/Dietlein*, in: Stern, Staatsrecht IV/2, S. 101; zusammenfassend und m. w. N.: *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 109 f., 187 ff.

⁴⁰⁵ Siehe *Kühling*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR, Art. 5 Rn. 99d; *Fechner*, Medienrecht (2021), 3. Kapitel Rn. 100 ff.; *Cornils*, in: Stern/Sodan/Möstl, StaatsR IV, § 119 Rn. 63 ff.; ebenso *Fechner*, in: Stern/Becker, Grundrechte, Art. 5, Rn. 58; *Korenig*, Meinungsmarkt und Netzneutralität (2009), S. 760; *Schulz*, Von der Medienfreiheit zum Grundrechtsschutz für Intermediäre? (2008), S. 472; *Lenski*, Personenbezogene Massenkommunikation als verfassungsrechtliches Problem (2007), S. 70 ff.; *HoffmannRiem*, Kommunikationsfreiheiten (2002), Art. 5, Rn. 144; für eine Medienfreiheit jenseits der Subsumierbarkeit unter Presse und Rundfunk plädiert *Greve*, Access-Blocking (2012), S. 79; außerdem *Holznagel/Schumacher*, Netzpolitik Reloaded (2011), S. 77, die von einer allgemeinen Medien-

senkommunikationsgrundrechte vereinen soll⁴⁰⁶ – die Liste der Vorschläge ist lang. Vor diesem Hintergrund soll die vorliegende Arbeit nicht mit zusätzlichen Konzepten zu dieser „Blasenbildung“⁴⁰⁷ des Medienverfassungsrechts beitragen, sondern sich folgend im Rahmen der bestehenden Ansätze verorten.

2. Übergreifende Medienfreiheit

Eine solche Verortung kann jedoch nicht unmittelbar mit der argumentativen Subsumtion digitaler Medien unter die Presse-, Rundfunk- oder eine wie auch immer geartete neue Internetdienste-Freiheit beginnen. Denn zunächst ist die grundsätzliche Frage zu beantworten, ob und inwieweit die Trennung in einzelne Medienfreiheiten, die die derzeitige Dogmatik des Art. 5 GG seit seinem Inkrafttreten prägt, heute überhaupt noch aufrechtzuerhalten ist. In anderen Worten: Es ist zu klären, ob die Vorstellung einer einheitlichen, „konvergenten“ Medienfreiheit nicht bloß der derzeitigen medialen Realität entspricht, sondern auch dem ursprünglichen Gedanken des Verfassungsgesetzgebers.

Etwas zu lapidar wirkt es jedenfalls, diese Diskussion unter schlichtem Verweis auf die Trias des Wortlauts des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG wegzuwischen.⁴⁰⁸ Ein solches Wegwischen möchte vielleicht angemessen erscheinen, handelte es sich bei dem Vorschlag einer einheitlichen Medienfreiheit um eine bloße Modeerscheinung, so wie hin und wieder juristische (Schein-)Auseinandersetzungen an Fragen des Zeitgeistes entbrennen. Jedoch geht es vorliegend gerade nicht darum, Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG aus technologischem Anlass eine neue Dogmatik „anzudichten“. Vielmehr steht die Frage im Raum, ob nicht die soeben skizzierten Abgrenzungsschwierigkeiten eine Eigenschaft des Art. 5 ans Licht bringen, die schon immer bestand, die aber aufgrund der funktionierenden Medientrias Presse/Rundfunk/Film in den ersten

freiheit ausgehen, „die neben Rundfunk und Presse auch eine Internetdienstefreiheit gewährleistet“; *Sporn*, Ein Grundrecht der Medienfreiheit – Gleicher Recht für alle!?, (2013), S. 5 f. unterstützt die Idee einer einheitlichen Medienfreiheit, erachtet dafür jedoch eine Neufassung des Wortlauts für nötig. Ablehnend hingegen etwa *Wendl*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 5 Rn. 16; *Schiwy*, in: Büscher/Dittmer/Schiwy, Gewerblicher Rechtsschutz, Teil 2, Kap. 12, Rn. 22; *Dörr*, Ein Grundrecht der Medienfreiheit (2013), S. 12; *Schmidtmann*, Die verfassungsrechtliche Einordnung konvergenter Massenmedien (2013), S. 273 ff. m. w. N.

⁴⁰⁶ Siehe etwa *Cornils*, in: Stern/Sodan/Möstl, StaatsR IV, § 119 Rn. 58; *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 194 ff. m. w. N.; *Hain*, Ist die Etablierung einer Internetdienstefreiheit sinnvoll? (2012), S. 103.

⁴⁰⁷ *Hain*, Rundfunkfreiheit als dienende Freiheit? (2011), S. 77.

⁴⁰⁸ So aber wohl *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 89c; ähnlich *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 181; im Ansatz auch *Schmidtmann*, Die verfassungsrechtliche Einordnung konvergenter Massenmedien (2013), S. 273; ebenfalls, allerdings mit Blick auf eine Internet-Freiheit, *Ory*, Herausforderungen der Medienfreiheit (2011), S. 19. Gewissermaßen unentschlossen *Tief*, die sich auf den Standpunkt zurückzieht, grundsätzlich von „Medienfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG“ zu sprechen, ohne zu differenzieren oder eine einheitliche Medienfreiheit zu erkennen (Kommunikation auf Facebook, Twitter & YouTube, S. 37).

Jahrzehnten des Grundgesetzes schlicht keine Beachtung fand, oder besser: keine Beachtung finden *musste*.

Denn so wenig die Verfechter des Wortlauts daran zweifeln, dass die Medien-Auswahl des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG vor allem historisch bedingt ist, so wenig bestreiten die Anhänger einer einheitlichen Medienfreiheit, dass die Betrachtung als drei voneinander getrennte „Einzelfreiheiten“ zumindest in der jungen Bundesrepublik eine praxistaugliche Dogmatik der Verfassungsnorm darstellte. Doch nur deshalb, weil eine Methode über eine bestimmte Zeit problemlos „funktioniert“ hat, muss sie nicht die einzige mögliche, geschweige denn die einzige richtige Interpretation sein. Mehr noch: Es erscheint durchaus zweifelhaft, trotz möglicherweise besserer Alternative am ursprünglichen Interpretationsansatz einer medialen Trennung festzuhalten. Denn der Bedarf an einer korrigierten Grundrechtsdogmatik kann nicht nur dann bestehen, „wenn eine grundrechtliche Einordnung [neuer Medien] nicht gelingt“⁴⁰⁹, sondern auch, wenn sich im Zuge dieser Einordnung neuer Medien eine veränderte Dogmatik schlicht als konsequenter und damit bessere Option erweist.

a) Medienkonvergenz als Freiheitskonvergenz?

Aktueller Hintergrund ist der umfassende Einfluss der Digitalisierung auf alle Bereiche unserer Gesellschaft. Durch sie ist nicht nur die oben skizzierte Konvergenz der medialen Verbreitungstechnologien hin zum Internet zu beobachten⁴¹⁰ – von den Internet-Streams des Rundfunks bis zum E-Paper der Zeitungen. Auch die medialen Verbreitungsformate gleichen sich zunehmend an. So sind die Unterschiede etwa zwischen dem Facebook-Auftritt einer Zeitung und jenem eines Fernsehsenders nicht unmittelbar ersichtlich.

Auf diese Weise wird nicht nur deutlich, dass die ursprüngliche Abgrenzungskategorie (Technologie) angesichts neuer Entwicklungen wenig taugt und eine Kategorisierung in die Wortlaut-Trias immer schlechter funktioniert.⁴¹¹ Es wird daneben auch klar, dass eine solche Abgrenzung mit Blick auf eine effektive Regulierung bestehender Medien schlicht keinen Mehrwert (mehr) bietet. Denn als ursprüngliche Intention des Verfassungsgebers darf weniger eine abschließende Aufzählung aller grundrechtlich geschützten Medienformate vermutet werden, sondern vielmehr die exemplarische Nennung aller zum damaligen Zeitpunkt bekannten Medien. Das „Festklammern“ an den drei explizit genannten Medienformen

⁴⁰⁹ So aber *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 181.

⁴¹⁰ Siehe hierzu im Überblick etwa *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 75 f. sowie im Detail oben, Fn. 396.

⁴¹¹ Siehe im Detail *Schemmel*, Soziale Netzwerke in der Demokratie des Grundgesetzes (2018), S. 519; ähnlich *Greve*, Access-Blocking (2012), S. 64, 71 f.

und ihre argumentative Abgrenzung voneinander hat somit die „ursprüngliche Intention [...] in ihr Gegenteil verkehrt“⁴¹².

Für einen angemessenen Umgang mit Rundfunk, Presse und anderen Medien kommt es „weniger auf die Begrifflichkeit als solche an [...]. Es geht vielmehr darum, Schutzwirkungen und Gewährleistungen der Verfassung funktionsgerecht dort zur Geltung zu bringen, wo dies erforderlich ist“⁴¹³. In anderen Worten: „[D]as Recht hat sich den sich ändernden medialen Gegebenheiten anzupassen und nicht umgekehrt“⁴¹⁴.

Die Interpretation einer konvergenten Medienfreiheit über die Grenzen der Aufzählung des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG hinweg ist mitmachen eine neue Entwicklung. Bereits 1963 entwickelte etwa Lenz die Freiheiten der Presse und des Rundfunks parallel.⁴¹⁵ Wenige Jahre später knüpfte Scheuner daran an und bezeichnete es als „richtig, die Unterschiede der Wortfassung hier nicht zu stark zu akzentuieren, sondern die Gemeinsamkeit bei der institutionellen Sicherung dieser drei Massenmedien in den Vordergrund zu rücken“⁴¹⁶. Jarass erwähnte 1978 ebenfalls die „vollständig analog[e]“ Regelung der drei Medien mit einer „einheitliche[n] Ratio“⁴¹⁷ und ist wohl die erste Stimme der Literatur, die bewusst von *einem* Grundrecht der Medienfreiheit spricht⁴¹⁸ – auch wenn er dieses einheitliche Grundrecht noch in „mehrere Freiheitssysteme“ verschiedener Medientypen unterteilt und dabei zwar deren „notwendige Strukturgemeinsamkeiten“ identifiziert, aber gleichzeitig auf „spezifische Strukturen“ einzelner Medienfreiheiten verweist.⁴¹⁹

⁴¹² Lenski, Personenbezogene Massenkommunikation als verfassungsrechtliches Problem (2007), S. 71. Ebenso bereits Tettlinger, Neue Medien und Verfassungsrecht (1980), S. 16 ff.; Jarass, Die Freiheit der Massenmedien (1978), S. 194 f.

⁴¹³ Hochstein, Teledienste, Mediendienste und Rundfunkbegriff (1997), S. 2978; daran anknüpfend auch Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten (2002), Art. 5 Rn. 144; ähnlich Mafi Gudarzi, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken (2022), S. 52 f.; Lenski, Personenbezogene Massenkommunikation als verfassungsrechtliches Problem (2007), S. 70 f.; Kühling, in: Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR, Art. 5 Rn. 99d.

⁴¹⁴ Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 192; so auch Kellner, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären (2019), S. 110 f.; in diesem Sinne, allerdings für eine dynamische Interpretation des Rundfunkbegriffs plädiert Greve, Access-Blocking (2012), S. 64. Anderer Ansicht und auf eine vermeintlich drohende dogmatische Verwirrung einer einheitlichen Medienfreiheit verweisend: Hartl, Suchmaschinen, Algorithmen und Meinungsmacht (2017), S. 91 f.

⁴¹⁵ Siehe Lenz, Rundfunkorganisation und öffentliche Meinungsbildungsfreiheit (1963), S. 339 f.

⁴¹⁶ Scheuner, Pressefreiheit (1965), S. 12; ebenso später Scheuner, Das Grundrecht der Rundfunkfreiheit (1982), S. 22.

⁴¹⁷ Jarass, Die Freiheit der Massenmedien (1978), S. 164; ähnlich Scheuner, Das Grundrecht der Rundfunkfreiheit (1982), S. 14, 22.

⁴¹⁸ Siehe etwa Jarass, Die Freiheit der Massenmedien (1978), S. 61 f., 111, 198.

⁴¹⁹ Jarass, Die Freiheit der Massenmedien (1978), S. 243.

b) Differenzierung anhand medialer Funktion statt Technologie

Zulauf bekommt diese Position seit den vergangenen Jahren angesichts der zunehmenden Medienkonvergenz, die „im Informationszeitalter die Trennung von Presse- und Rundfunkfreiheit vor neue Herausforderungen“⁴²⁰ stellt. Diese „Herausforderungen“ jedoch führen inzwischen die ursprüngliche Ratio der Norm stärker vor Augen: verschiedene Massenkommunikationsmittel als aliud der Individualkommunikation gleichermaßen zu schützen, aber abgestufte Regulierungsintensitäten in Abhängigkeit von der gegebenen Pluralität und Meinungsmacht zu ermöglichen.⁴²¹

Die im Grundgesetz erwähnten Medien, so Hoffmann-Riem, „unterscheiden sich in ihrer Funktion für die Meinungsbildung nicht grundsätzlich [...], wohl aber in der Art, wie sie diese wahrnehmen“⁴²². Mögliche Unterschiede zwischen den Wirkweisen verschiedener Massenmedien schlössen daher nicht einen einheitlichen Gewährleistungsauftrag aus, sondern könnten bei dessen Wahrnehmung berücksichtigt werden. Es geht daher nicht um „Gleichmacherei“ verschiedener Medienformen. Vielmehr ermöglicht eine einheitliche Medienfreiheit, die grundsätzliche Ähnlichkeit der Freiheitsratio (besondere Schutzbedürftigkeit einer publizistischen Vermittlung durch Massenkommunikation) anzuerkennen und medialen Unterschieden gegebenenfalls auf der Schrankenebene zu begegnen.⁴²³ „Das Gewährleistungsziel des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG ist technologieblind“⁴²⁴.

Auch das Argument, dass ein Vergleich mit weiteren Grundrechten, die trotz Differenzierung im Wortlaut einen einheitlichen Schutzbereich haben,⁴²⁵ auf eine klare Unterscheidung der verschiedenen Medienfreiheiten hindeute, überzeugt schwerlich: Warum sollte es sich bei den Elementen der Religionsfreiheit und der Berufsfreiheit um „Begriffe [handeln], die ohnehin inhaltlich untrennbar zusammengehören“⁴²⁶, eine solche Bewertung bei verschiedenen Medientypen jedoch fehl am Platz sein – umso mehr mit Blick auf mediale Konvergenzbewegungen?

⁴²⁰ Starck/Paulus, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, Art. 5 Rn. 3.

⁴²¹ Siehe Koreng, Meinungsmarkt und Netzneutralität (2009), S. 760.

⁴²² Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten (2002), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 138, s.a. ff. nahezu wortgleich Schulz, Von der Medienfreiheit zum Grundrechtsschutz für Intermediäre? (2008), S. 472; siehe auch Schulz, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung (1998), S. 15. Ähnlich BVerfGE 91, 125 (134 f.).

⁴²³ So etwa Bronsema, Medienspezifischer Grundrechtsschutz der elektronischen Presse (2008), S. 173.

⁴²⁴ Cornils, in: Stern/Sodan/Möstl, StaatsR IV, § 119 Rn. 64.

⁴²⁵ Konkret zu nennen sind der einheitliche Schutzbereich der Religionsfreiheit, die sich über Art. 4 Abs. 1 und 2 GG hinweg erstreckt, sowie jener der Berufsfreiheit, die Art. 12 Abs. 1 S. 1 und 2 GG umspannt.

⁴²⁶ So das Argument bei Schmidtmann, Die verfassungsrechtliche Einordnung konvergenter Massenmedien (2013), S. 284.

Jarass spricht bei den verschiedenen Facetten eines einheitlichen Mediengrundrechts treffend von „strukturelle[r] Varianz bei gleichzeitiger funktionaler Äquivalenz“⁴²⁷. Kern dessen ist die gemeinsame „Vermittlungsebene [der Medien], in der sich produktive (selektive und transformative; in der Diktion des Bundesverfassungsgerichts: ‚faktorielle‘) und distributive (entsprechend: in einem engeren Sinn ‚mediale‘) Funktionen verschränken“⁴²⁸.

Dass eine solche Betrachtung die grundrechtliche Einordnung althergebrachter, aktueller und zukünftiger Medienformen erleichtert,⁴²⁹ ist derweil zweifellos ein Vorteil dieser Auslegung, jedoch nicht ihr zentraler Überzeugungspunkt. Denn auch sachlich lässt sich die vermeintliche Abgrenzung zwischen verschiedenen Medienformen nicht halten: „Weder verändert sich durch die andere technische Verbreitung die Schutzbedürftigkeit des Verhaltens, noch die individuelle oder gesellschaftliche Funktion, die der Grundrechtsgebrauch erfüllt.“⁴³⁰

c) Verfassungsentwicklung durch Verfassungsauslegung

Als weiteres Indiz kommt hinzu, dass auch die Verfassungsentwicklung jenseits des Grundgesetzes den technologischen Veränderungen Rechnung trägt. So sprechen etwa manche jüngeren Landesverfassungen wie jene Brandenburgs in Art. 19 Abs. 2 S. 1 von der „Freiheit der Presse, des Rundfunks, des Films und anderer Massenmedien“. Thüringens Verfassung erwähnt ebenfalls in Art. 11 Abs. 1 S. 2 die „Freiheit der Presse, des Rundfunks, des Fernsehens, des Films und der anderen Medien“. Auch die EU-Grundrechtecharta nennt in Art. 11 Abs. 2 die „Freiheit der Medien“. Art. 10 Abs. 1 S. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention spricht, ebenfalls gänzlich ohne Erwähnung einzelner Medienformen, von der Freiheit, „Informationen und Ideen [...] zu empfangen und weiterzugeben“ – eine Formulierung, die ebenfalls als eine umfassende Medienfreiheit interpretiert wird.⁴³¹ Die Behauptung, daraus ließe sich im Umkehrschluss ableiten, das Grundgesetz habe eben *keine* anderen als die genannten Medienformen einbeziehen wollen, ist schon deshalb zum Scheitern verurteilt, da, wie dargelegt, zur damaligen Zeit keine anderen Medienformen *existierten*.

Auch das Bundesverfassungsgericht⁴³² und der BGH⁴³³ arbeiten inzwischen mit dem Ausdruck „Medienfreiheit“, nicht nur anknüpfend an das entsprechende

⁴²⁷ Jarass, Die Freiheit der Massenmedien (1978), S. 240.

⁴²⁸ Rossen, Freie Meinungsbildung durch den Rundfunk (1988), S. 49. Ebenso Mafi Gudarzi, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken (2022), S. 53 ff.

⁴²⁹ Fechner, Medienrecht (2021), 3. Kapitel Rn. 101.

⁴³⁰ Lenski, Personenbezogene Massenkommunikation als verfassungsrechtliches Problem (2007), S. 71.

⁴³¹ Siehe Schulz, in: HH-Ko/MedienR⁴, EMRK Art. 10 Rn. 19 m. w. N.

⁴³² Siehe etwa BVerfG, 1 BvR 335/14 v. 28.07.2016, Rn. 9; BVerfGE 107, 299 (329 f.).

Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 EMRK. Darüber hinaus lässt sich die gemeinsame Grundlage der Medientypen des Art. 5 GG auch daran erkennen, dass das Verfassungsgericht sich bei der Konkretisierung des einen Mediums häufig an der existierenden Rechtsprechung zu anderen Medien orientiert hat.⁴³⁴ Noch dazu ist auch die Zusammenfassung mehrerer Aspekte im Wortlaut zu einem einzelnen, gemeinsamen Grundrecht in der Verfassungsrechtssprechung kein Novum, wie der Blick auf die aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG zusammengesetzte „Glaubens-, Religions- und Weltanschauungsfreiheit“⁴³⁵ oder die einheitliche Berufsfreiheit in den beiden Sätzen des Art. 12 Abs. 1 GG⁴³⁶ zeigt.⁴³⁷

Dennoch halten einige Autor*innen an der tradierten Unterscheidung fest. Sie fordern etwa, es müsse „gesehen werden, dass sich die Ordnungsmodelle [von Rundfunk und Presse] grundlegend unterscheiden“⁴³⁸; die Abgrenzung der beiden Freiheiten sei „entscheidend, weil sich die weitere Grundrechtsprüfung in beiden Fällen wesentlich unterscheidet“⁴³⁹ und „nicht nur aus verfassungshistorischer Sicht geboten“⁴⁴⁰ sei.

Eine solche Argumentation jedoch klammert sich an tradierte Ordnungsmodelle, anstatt die sich verändernde mediale Realität anzuerkennen. Schlimmer noch, sie vertauscht Ursache und Wirkung der verfassungsrechtlichen Differenzierung zwischen Rundfunk und Presse. Denn die Unterscheidung einzelner Mediengrundrechte geht denklogisch ihren unterschiedlichen Ordnungsmodellen und Grundrechtsprüfungen voran. Eine grundrechtliche Einordnung kann nur anhand des entsprechenden Schutzbereichs erfolgen, nicht mit Blick auf ihre möglichen Rechtsfolgen – ganz

⁴³³ So etwa BGH, VI ZR 12/19 v. 26.11.2019; BGH, VI ZR 396/16 v. 10.04.2018; BGH, VI ZR 137/13 v. 29.04.2014. Teils fasst das Gericht gar „Meinungs- und Medienfreiheit“ zusammen, wie *Mafi Gudarzi*, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken (2022), S. 57 zutreffend bemerkt.

⁴³⁴ *Bronsema*, S. 177 verweist auf BVerfGE 35, 202 (222), demzufolge keine wesensmäßigen Unterschiede zwischen Presse- und Rundfunkfreiheit existieren; sowie auf BVerfGE 91, 125 (134), wo das Gericht keine Funktionsunterschiede, sondern nur Unterschiede im Mittel der Medien erkennt; BVerfGE 73, 118 (152) spricht gar von einer dienenden Funktion „alle[r] Garantien des Art. 5 Abs. 1 GG“ (*Bronsema*, Medienspezifischer Grundrechtsschutz der elektronischen Presse (2008), S. 177).

⁴³⁵ Siehe hierzu in der Rechtsprechung zuletzt BVerfGE 153, 1 (33); zur Diskussion in der Literatur statt vieler *Syдов*, in: Dreier, GG⁴, Art. 4 Rn. 92 ff. m. w. N.

⁴³⁶ So etwa BVerfGE 95, 193 (214); zum Meinungsbild in der Literatur siehe nur *Scholz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 12 Rn. 22 f. m. w. N.

⁴³⁷ Kritisch hierzu *Laude*, Automatisierte Meinungsbeeinflussung (2021), S. 134 f.

⁴³⁸ *Franzius*, Das Internet und die Grundrechte (2016), S. 652; ähnlich *Hartl*, Suchmaschinen, Algorithmen und Meinungsmacht (2017), S. 91–93. Gegenüber einer Medienfreiheit im Ergebnis wohl auch skeptisch *Degenhart*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), BK GG (Stand: 218. Lieferung Dezember 2022), Art. 5 Abs. 1 und 2 (2017) Rn. 49.

⁴³⁹ *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 327; ähnlich bereits *Schmidt*, Rundfunkfreiheit und Rundfunkgewährleistung (1980), S. 99 f.

⁴⁴⁰ *Giere*, Grundrechtliche Einordnung sozialer Netzwerke vor dem Hintergrund des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG) (2021), S. 72.

abgesehen davon, dass auch bei einem gemeinsamen Schutzbereich Unterschiede im Rahmen der Rechtsfolgen möglich und gegebenenfalls sogar geboten sind.⁴⁴¹ Dass eine solche Lösung lediglich Probleme von der grundrechtlichen Schutzbereichs- auf die Umsetzungsebene verlagern würde,⁴⁴² erscheint ebenfalls als kein schlüssiges Gegenargument – jedenfalls dann, wenn, wie vorliegend vertreten, eine angemessene „Problemlösung“ auf der Umsetzungsebene deutlich konsequenter ist als eine künstliche Aufteilung des Schutzbereichs.

Etwas krude wirkt außerdem die Kritik, dass der Wortlaut gegen eine den gesamten ersten Absatz umfassende Medienfreiheit spräche,⁴⁴³ da keine Befürworter*innen der Medienfreiheit diese auch auf die Freiheiten der Individualkommunikation des Satzes Eins beziehen wollen. Vielmehr gehen einige Vertreter*innen der Literatur von einer übergreifenden *Kommunikationsfreiheit* aus,⁴⁴⁴ die jedoch etwas gänzlich anderes ist als die hier diskutierte Medienfreiheit.

Andere wiederum fordern mit Verweis auf den Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG für eine Interpretation als einheitliches Mediengrundrecht zunächst eine (Verfassungs-)Änderung.⁴⁴⁵ Zwar wäre eine solche zur Klarstellung durchaus wünschenswert.⁴⁴⁶ Jedoch erscheint sie im Rahmen einer konsequenten „Verfassungsentwicklung durch Verfassungsauslegung“⁴⁴⁷ nicht erforderlich.⁴⁴⁸ So geht es vorliegend gerade *nicht* um die Einführung eines gänzlichen Novums auf Tatbestandsebene der Verfassung.⁴⁴⁹ Vielmehr erfordert eine neue mediale Realität schlicht eine angepasste „Übersetzungsleistung“ des existierenden Verfassungstextes. Das Konzept einer Medienfreiheit besteht somit nicht in einer Ergänzung oder eines Wandels der Verfassungsbestimmung selbst, sondern vielmehr ihrer *Bedeutung*.⁴⁵⁰ Auch die

⁴⁴¹ Ähnlich bereits *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 182 f., 193; *Bronsema*, Medienspezifischer Grundrechtsschutz der elektronischen Presse (2008), S. 173.

⁴⁴² So etwa *Hartl*, Suchmaschinen, Algorithmen und Meinungsmacht (2017), S. 92.

⁴⁴³ Siehe *Radlsbeck*, Online-Magazine – rechtliche Würdigung von journalistisch-redaktionell gestalteten Abrufdiensten (2004), S. 31 f. unter Verweis auf *Gersdorf*. Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff im Lichte der Digitalisierung der Telekommunikation (1995), S. 87 f.

⁴⁴⁴ Siehe hierzu unten, Teil 2 E. III., S. 107 ff.

⁴⁴⁵ So etwa *Laude*, Automatisierte Meinungsbeeinflussung (2021), S. 136; *Schiwy*, in: *Büscher/Dittmer/Schiwy*, Gewerblicher Rechtsschutz, Teil 2, Kap. 12, Rn. 22; *Sporn*, Ein Grundrecht der Medienfreiheit – Gleicher Recht für alle!? (2013), S. 5; ähnlich für ein Grundrecht der Internetfreiheit *Neuhoff*, Die Dynamik der Medienfreiheit am Beispiel von Presse und Rundfunk (2012), S. 376. Auch bereits *Tettinger*, Neue Medien und Verfassungsrecht (1980), S. 18 f.

⁴⁴⁶ Siehe *Bronsema*, Medienspezifischer Grundrechtsschutz der elektronischen Presse (2008), S. 174.

⁴⁴⁷ *Badura*, in: HStR³ XII, § 270 Rn. 14.

⁴⁴⁸ So auch *Baer*, Braucht das Grundgesetz ein Update? (2011), S. 93.

⁴⁴⁹ So aber wohl *Bronsema*, Medienspezifischer Grundrechtsschutz der elektronischen Presse (2008), S. 174 ff.

⁴⁵⁰ So bereits BVerfGE 2, 380 (401); siehe auch BVerfGE 45, 187 (227), 229.

grundätzliche Zukunftsoffenheit des Grundgesetzes spricht für eine solche, an der Realität orientierte, interpretatorische Fortentwicklung der Verfassung.⁴⁵¹ Denn gerade in dieser flexiblen Reaktionsfähigkeit der Verfassung liegt auch ihr bewahrender Charakter:

„Es wird nicht allein durch neue Fakten oder Vorstellungen ein neuer, anderer Rechtssatz geschaffen; denn Grund und Leitmaß der gewandelten Regelung ist die Verfassung selbst. Die ordnende und begrenzende Funktion der Verfassung soll sich gerade im Wandel der Verhältnisse durchsetzen, was nur möglich ist, wenn die jeweils abzuleitenden Rechtsfolgen diesem Wandel Rechnung tragen.“⁴⁵²

Ähnlich nennt Voßkuhle eine Trias nötiger Verfassungseigenschaften: Sie müsse stabil sein, gleichzeitig offen für zukünftige Entwicklungen und schließlich „die Dynamik gesellschaftlicher und politischer Prozesse aufnehmen und angemessen verarbeiten“, wobei er – im vorliegenden Zusammenhang umso passender – vom Aspekt der „Vielfaltsicherung“ der Verfassung spricht.⁴⁵³ Es kann daher nicht allein Aufgabe des Verfassungsgesetzgebers, sondern muss auch Aufgabe der Verfassungsinterpretation sein, für ein systemkonform ausfallendes „Update des Grundgesetzes“ – oder besser: seiner Interpretation – zu sorgen.⁴⁵⁴

d) Risiko eines digitalen Auffanggrundrechts

Hinzu kommt, dass *in jedem Fall* eine Neuinterpretation des Wortlauts nötig ist – auch und gerade im Falle der Ablehnung einer einheitlichen Medienfreiheit. Denn will man digitale Medien nicht vollkommen schutzlos stellen, führt ein Festhalten an den drei „klassischen“ Medienformen dazu, dass deren Schutzbereich zwangsläufig angepasst werden muss. Zwar gibt es auch Vorschläge, digitale Medien mangels eigenem Mediengrundrecht unter die Meinungs- und Informationsfreiheit des Satzes 1 oder gar die allgemeine Handlungsfreiheit als Auffanggrundrechte fallen zu lassen.⁴⁵⁵ Solche Versuche werden jedoch gerade dem dargelegten besonderen *medialen* Charakter der digitalen *Medien* nicht gerecht.

Ähnlich problematisch ist die Subsumtion der neuen digitalen Akteure unter die explizit genannten Begriffe des Satzes 2: Denn wer Internetdienste unter die Rundfunkfreiheit subsumiert,⁴⁵⁶ macht dadurch aus ihnen noch keinen Rundfunk.

⁴⁵¹ Siehe umfassend hierzu Greve, Access-Blocking (2012), S. 42; ähnlich Lenski, Personenbezogene Massenkommunikation als verfassungsrechtliches Problem (2007), S. 70 ff. Ebenso Hoffmann-Riem, Der Rundfunkbegriff in der Differenzierung kommunikativer Dienste (1996), S. 585.

⁴⁵² Badura, in: HStR³ XII, § 270 Rn. 17.

⁴⁵³ Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfaltssicherung, S. 918.

⁴⁵⁴ Siehe Baer, Braucht das Grundgesetz ein Update? (2011), S. 92.

⁴⁵⁵ So etwa Schmidtmann, Die verfassungsrechtliche Einordnung konvergenter Massenmedien (2013), S. 286.

⁴⁵⁶ Auch unter die Pressefreiheit subsumieren Einzelne die digitalen Intermediäre, siehe Laude, Automatisierte Meinungsbeeinflussung (2021), S. 116 f.

Vielmehr erweitert er zwangsläufig die „ursprüngliche“ Vorstellung, die die Verfassungsgesetzgeber vom Rundfunk hatten, um Netzmedien ebenfalls darunter zu fassen. Mit welchem Argument auch immer man aber Internetdienste als Rundfunk im verfassungsrechtlichen Sinne bezeichnen möchte: Dieses neue, erweiterte Verständnis von Rundfunk umfasst somit in jedem Fall zweierlei: sowohl den „1949er-Rundfunk“ als auch moderne Internetmedien. Zu behaupten, das Internet sei Rundfunk im ursprünglichen Sinne des Grundgesetzes, ist ein Widerspruch in sich.⁴⁵⁷ Denn das, was die Mütter und Väter unserer Verfassung im Jahr 1949 unter Rundfunk verstanden, kann allein denklogisch das Internet noch nicht umfassen. Ähnliches gilt selbstredend für eine mögliche Zuordnung (auch einzelner) Netzmedien zur Pressefreiheit.⁴⁵⁸

Sobald man aber den Rundfunkbegriff des Art. 5 GG um zusätzliche moderne Medien aufgrund bestimmter Ähnlichkeiten „erweitert“, nähert sich die Rundfunkfreiheit Stück für Stück gerade jener einheitlichen Medienfreiheit an, die die Verfechter des Wortlauts ablehnen. Aus der Trias Presse, Film und Rundfunk entwickeln sich Presse, Film und „Rundfunk plus X“. Die Rundfunkfreiheit (oder je nach Ansicht eben die Pressefreiheit) nimmt auf diese Weise – aufgrund einer vermeintlichen, oberflächlichen Ähnlichkeit mit neuen Angeboten – den Charakter eines Auffanggrundrechts für digitale Medien an. Denkt man diese Strategie einige Jahrzehnte medialer Entwicklung in die Zukunft, wäre eine strikte Trennung zwischen den Schutzbereichen der drei Medientypen letztlich gleichermaßen künstlich und überflüssig, wie sie es bereits heute mit Blick auf die Interpretation von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG als einheitliches Mediengrundrecht ist.

e) Zusätzliche Internetdienstfreiheit

Will man einer solchen Erweiterung und Überdehnung der Rundfunkfreiheit aber entgehen, wäre dies nur möglich, wenn jedem einzelnen neuen Medium im Wege der Verfassungsinterpretation eine *eigene* Freiheit zugestanden würde, wie es etwa die Vertreter einer Internetdienstfreiheit fordern.⁴⁵⁹ Diese Alternative jedoch verlässt in jedem Fall den Wortlaut der Norm. Denn eine solche Herangehensweise will einerseits an der Ausschließlichkeit der genannten Medien-Trias festhalten und ihr gleichzeitig ein weiteres, explizit *nicht* genanntes Medium hinzufügen. Vor diesem Hintergrund und angesichts des dargelegten, den Satz 2 verbindenden Funktionsweisen der unterschiedlichen Medienarten erscheint es daher deutlich einleuchtender

⁴⁵⁷ Insofern missverständlich Heidke, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 180.

⁴⁵⁸ Insofern gibt die Position von Giere, Grundrechtliche Einordnung sozialer Netzwerke vor dem Hintergrund des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG) (2021), S. 116 ff. Anlass zur Skepsis daran, jede neue Medienform je nach „tatsächlichen Gegebenheiten und Funktionen“ entweder der Presse- oder der Rundfunkfreiheit zuzuordnen oder nur der Berufsfreiheit unterfallen zu lassen.

⁴⁵⁹ Siehe hierzu bereits oben, Fn. 404.

und weniger invasiv, die Nennung der drei Medien nicht als abschließende Zahl, sondern vielmehr als *Pars pro Toto*, als Bestandsaufnahme einflussreicher Medien im Jahr 1949 zu interpretieren.⁴⁶⁰

Gegen eine eigene Internetdienstefreiheit spricht außerdem, dass die Definition von „Internetdiensten“ das Dilemma birgt, sowohl Individual- als auch Massenkommunikation zu beinhalten, und auf diese Weise die grundlegende Trennung der Sätze 1 und 2 des Art. 5 Abs. 1 GG durchbricht.⁴⁶¹ Hinzu kommt, dass aktuell nicht etwa ein klar abgrenzbares, neues Medium an die Seite von Presse, Rundfunk und Film tritt. Vielmehr besteht die medienverfassungsrechtliche Herausforderung gerade darin, dass die Grenzen zwischen den drei Mediengattungen verschwimmen und eine Differenzierung schlicht nicht mehr eindeutig möglich ist. Die Verortung einer neuen Internetdienstefreiheit in Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG⁴⁶² ist hierfür nur scheinbar eine Lösung und fügt der Abgrenzungsproblematik schlicht eine neue Dimension hinzu.⁴⁶³

3. Einheitliche Kommunikationsfreiheit

Über das Konzept einer einheitlichen Medienfreiheit hinausgehend fordern einige Stimmen der Literatur, die Sätze 1 und 2 des Art. 5 Abs. 1 GG gemeinsam als übergreifende Kommunikationsfreiheit zu interpretieren.⁴⁶⁴ Als Argumente führen diese Autor*innen das „Verschwimmen[n] auch der Grenzen zwischen Individual- und Massenkommunikation im Zuge der Konvergenzsentwicklung“⁴⁶⁵ an. Nicht nur die Schutzbereiche der in Satz 2 genannten Medien seien kaum zu unterscheiden, auch die Schutzbereiche zwischen Individual- und Massenkommunikation näherten sich einander: Wo etwa Fernseh-Inhalte zu beliebigen Zeiten abgerufen werden können, sei ohne die „Lagerfeuerstimmung“ des gleichzeitigen Medienkonsums auch der massenmediale Fernseh-Charakter passé; wo es Möglichkeiten gebe, als

⁴⁶⁰ So auch *Lenski*, Personenbezogene Massenkommunikation als verfassungsrechtliches Problem (2007), S. 71. Ähnliches diagnostiziert etwa *Mitsch* noch für die Entscheidungen des BVerfG aus dem Jahr 1991, siehe Soziale Netzwerke und der Paradigmenwechsel des öffentlichen Meinungsbildungsprozesses, S. 814 f.

⁴⁶¹ So das Argument bei *Laude*, Automatisierte Meinungsbeeinflussung (2021), S. 131 f.

⁴⁶² S. oben, Fn. 404.

⁴⁶³ Ähnlich skeptisch auch *Laude*, Automatisierte Meinungsbeeinflussung (2021), S. 131 f.; *Greve*, Access-Blocking (2012), S. 76 f.

⁴⁶⁴ So etwa *Cornils*, in: Stern/Sodan/Möstl, StaatsR IV, § 119 Rn. 58; *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 194 ff.; *Hain*, Ist die Etablierung einer Internetdienstefreiheit sinnvoll? (2012), S. 103; *Bullinger*, Kommunikationsfreiheit im Strukturwandel der Telekommunikation (1980), S. 61 f. *Pille* verweist außerdem auf die Andeutung bei *Hoffmann-Riem*, Kommunikationsfreiheiten (2002), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 28. Jedoch steht diese in Widerspruch sowohl zum Wortlaut des Titels des Werks als auch zur mehrfachen expliziten Unterscheidung der Individualkommunikation von der Massenkommunikation, siehe etwa *Hoffmann-Riem*, § 7 Kommunikations- und Medienfreiheit (1995), Rn. 25, 142.

⁴⁶⁵ *Hain*, Ist die Etablierung einer Internetdienstefreiheit sinnvoll? (2012), S. 103.

Zuschauer mit den Medienmachern über Smart-TV und Smartphone in Austausch zu treten, verwische die Grenze zwischen den verschiedenen Individual- und Massenkommunikationsformen; wer ein einheitliches Mediengrundrecht befürworte, könne daher kein einheitliches Kommunikationsgrundrecht ablehnen, ohne sich den Vorwurf der Inkonsistenz gefallen zu lassen.⁴⁶⁶

Dieser Argumentation ist jedoch entgegenzutreten. Denn während die kommunikative Bedeutung der verschiedenen (Massen-)Medien dieselbe Basis hat, kann dies von Individualkommunikation gerade nicht behauptet werden. Denn der Schutzbedarf der Medien beruht gerade auf ihrem gegenüber der Individualkommunikation besonderen kommunikativen Einfluss.⁴⁶⁷ Mediale Kommunikation ist nicht bloß „Individualkommunikation mit anderen Mitteln“, sondern hat einen anderen Fokus und einen anderen Zweck: Es geht auf einer prozessualen Ebene um die Verbreitung der Meinung, um die bewusste Beeinflussung des öffentlichen Diskurses. Es macht einen Unterschied, ob ich eine private Nachricht an 20 Empfänger schicke oder ob ich ein Flugblatt veröffentlichte, das (aus welchen Gründen auch immer) effektiv nur 20 Personen lesen. In dieser Unterscheidung liegt gerade die besondere institutionelle Bedeutung der Medienfreiheiten,⁴⁶⁸ die im Bereich der Individualkommunikation keine Rolle spielt.

Hierbei handelt es sich auch nicht um eine „Verschleifung“ von Tatbestand und Rechtsfolgen, wie von den Verfechtern eines einheitlichen Kommunikationsgrundrechts behauptet.⁴⁶⁹ Denn die besondere Rolle der Medien spielt nicht erst mit Blick auf einen gegebenenfalls besonderen Regulierungsbedarf eine Rolle, sondern bereits weit vorher: Sie ist die Grundlage der besonderen Schutzbedürftigkeit dieser Form der Kommunikation.⁴⁷⁰

An diesem grundsätzlichen Befund ändert auch die zunehmende Medienkonvergenz nichts. Denn allein ein „Rückkanal“, mit dessen Hilfe etwa Zuschauer*innen beim Fernsehen ihre Stimme zum in einer Sendung erhobenen Meinungsbild beitragen können, verschiebt das Machtgefälle zwischen dem Rundfunkveranstalter als Träger der Medienfreiheit und den Zuschauer*innen wohl kaum.⁴⁷¹ Dass sich Sendungen inzwischen auch nichtlinear zu jeder beliebigen Tageszeit in den Mediatheken abrufen lassen, vermag ebenfalls nicht darüber hinwegzutäuschen, dass es sich in der Gestaltung des Inhalts dieser „Kommunikation“ um eine sehr einseitige Veranstaltung handelt.

⁴⁶⁶ Siehe im Detail *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 194 ff.

⁴⁶⁷ Siehe etwa *Hoffmann-Riem*, Kommunikationsfreiheiten (2002), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 140 ff.; ähnlich *Ladeur*, in: HH-Ko/MedienR⁴, 1. Teil 3. Kap. 4. Abschn. Rn. 1; *Kellner*, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären (2019), S. 111 f.

⁴⁶⁸ Siehe unten, Teil 2 E. IV. 2., S. 120 ff.

⁴⁶⁹ So etwa *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 196.

⁴⁷⁰ Ähnlich kritisch *Laude*, Automatisierte Meinungsbeeinflussung (2021), S. 137 ff.

⁴⁷¹ So bereits *Hoffmann-Riem*, Kommunikationsfreiheit und Chancengleichheit (1990), S. 40.

Auch das Aufkommen gänzlich neuer digitaler Kommunikationskanäle wie etwa sozialer Netzwerke, in denen die Beiträge Einzelner das Potenzial besitzen, Millionen zu erreichen, bringt die Trennung zwischen individueller und medialer Kommunikationsfreiheit nicht ins Wanken, im Gegenteil: Es liegt hier ebenfalls ganz in der Hand von Facebook, Twitter & Co als Betreiber sozialer Netzwerke, welche Beiträge der Welt zugänglich gemacht werden und welche als Nadel im Heuhaufen digitaler Inhalte verschwinden. Zu glauben, einzelne Nutzer*innen hätten Einfluss darauf, welche Reichweite ihre Beiträge erhalten, ist zu kurz gedacht. Auch hier besteht ein qualitativer Unterschied in der kommunikativen Rolle – und vor allem: Macht – zwischen Nutzer*in und Netzwerk-Betreiber*in.

Damit ist nicht gesagt, dass nicht auch ein einheitliches Kommunikationsgrundrecht zu unterschiedlichen Regulierungsintensitäten mit Blick auf derart unterschiedliche Kommunikationsrollen führen könnte. Jedoch verleugnet eine solche Gleichmacherei die Unterschiede in Funktionsbeschreibung und Schutzbedürftigkeit individueller und medialer Kommunikationsrollen.⁴⁷²

Dies wird gerade in Abgrenzung zur einheitlichen Medienfreiheit deutlich: Während die Funktion von Rundfunk, Presse, Film (und gegebenenfalls auch Suchmaschinen und sozialen Netzwerken) in ihrer Rolle für die Verbreitung von Meinungen eine offensichtliche Ähnlichkeit aufweisen, wird sich eine solche Ähnlichkeit wohl kaum im Vergleich der Rollen von Zuschauer*in und Fernsehsender, von Leser*in und Zeitung, von Nutzer*in und sozialem Netzwerk behaupten lassen.

4. Zwischenfazit

Vor diesem Hintergrund ist es konsequent, bei der Interpretation des Art. 5 Abs. 1 GG anhand seiner beiden Sätze zu differenzieren: Während Satz 1 die individuellen Kommunikationsfreiheiten enthält, widmet sich Satz 2 der Freiheit der (Massen-)Medien. Letztere ist nach der hier vertretenen Ansicht nicht auf bestimmte, im Wortlaut festgehaltene Medientypen begrenzt. Vielmehr hat Satz 2 die Medien *als solche* aufgrund ihrer Verbreitungsfunktion für Meinungen und der daraus resultierenden besonderen Bedeutung für die Demokratie im Blick.

III. Subjektivrechtliche Dimension der Medienfreiheit

In ihrer Rolle für die freie Meinungsbildung sind die Medienfreiheiten des Satzes 2 eng verwoben mit der Meinungs- und Informationsfreiheit des Satzes 1,⁴⁷³

⁴⁷² Ähnlich skeptisch gegenüber einer einheitlichen Kommunikationsfreiheit Laude, Automatisierte Meinungsbeeinflussung (2021), S. 137 ff.

⁴⁷³ Siehe etwa Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG (2022), Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 1, 4.

haben jedoch eine eigene Qualität. Sie sichern als subjektive Rechte der Medien und ihrer -Macher*innen deren Freiheit der medialen Betätigung. Eine umfassende Erarbeitung der Schutzbereiche verschiedener Medienarten ist in dieser Arbeit fehl am Platze, in diesem Zusammenhang kann auf umfassende bestehende Literatur verwiesen werden.⁴⁷⁴ Stattdessen sollen die folgenden Absätze gemeinsame, verbindende Grundlinien der abwehrrechtlichen Dimension der Medienfreiheiten aufzeigen, um Referenzpunkte für die anschließende Ausarbeitung zu bieten.

Als Grundlage und Anknüpfungspunkt der Medienfreiheiten hat das Bundesverfassungsgericht für den Bereich der Presse bereits früh die umfassende „institutionelle Eigenständigkeit [...] von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachricht und der Meinung“⁴⁷⁵ gesehen, ähnliches gilt für das andere große Wortlaut-Medium des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, den Rundfunk.⁴⁷⁶ Damit ist eine Medienfreiheit dann berührt, „wenn es um die in den jeweiligen Massenmedien tätigen Personen in Ausübung ihrer Funktion, um das Medienprodukt selbst, um seine institutionell-organisatorischen Voraussetzungen und Rahmenbedingungen sowie um die Institution des Mediums in seiner Freiheit überhaupt geht“⁴⁷⁷. Hier wird bereits der besondere Funktionsbezug des Grundrechts deutlich. Grundrechtsträger*innen sind neben den in den Medien tätigen Personen auch die Medienorganisationen selbst (Art. 19 Abs. 3 GG).

Der sachliche Schutzbereich ist weit zu verstehen: Konkrete Gestaltung und Inhalt des Mediums spielen auf Schutzbereichsebene ebenso wenig eine Rolle wie dessen „Wertigkeit, Ernsthaftigkeit und Vernünftigkeit“⁴⁷⁸. Auch die Gründung von Medien ist von Art. 5 GG geschützt, wenn auch im Rahmen der etablierten Dogmatik mit Einschränkungen gegenüber dem Rundfunk.⁴⁷⁹ Die geschützten Tätigkeiten lassen sich grob in drei Phasen des Medienschaffens unterteilen: die Beschaffung der Informationen, ihre redaktionelle Aufbereitung sowie ihre mediale Verbreitung. Unter den Schutz der Medienfreiheit fallen auch inhaltsferne Hilfstätigkeiten. Auch ist eine formell-organisatorische Eingliederung in den Redaktionsbetrieb weniger von Bedeutung als der tatsächliche Funktionszusammenhang.⁴⁸⁰ Dass zwischen

⁴⁷⁴ Statt vieler *Kaiser*, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 82 ff. m. w. N. Zum grundlegenden Charakter der Grundrechte als subjektive Abwehrrechte siehe eingehend Lüdemann, in: Stern/Sodan/Möstl, StaatsR III, § 65.

⁴⁷⁵ BVerfGE 10, 118 (121).

⁴⁷⁶ BVerfGE 91, 125 (134).

⁴⁷⁷ So *Kaiser*, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 83 unter Verweis auf BVerfGE 85, 1 (13) sowie E 86, 122 (128), folgend m. w. N.

⁴⁷⁸ *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG (2022), Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 241 m. w. N.

⁴⁷⁹ Im Überblick mit kritischer Einordnung statt vieler *Kühling*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR, Art. 5 Rn. 67.

⁴⁸⁰ Siehe, mit Bezug zur Presse, statt vieler *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 272; zum Rundfunk („wie bei der Pressefreiheit“) *Kaiser*, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 97 ff.

diesen Teiltätigkeiten und ihrer jeweiligen Bedeutung für die Funktion der Medien nicht differenziert wird, zeigt ein weiteres Mal, dass die Grundlage der Medienfreiheit die mediale Funktionserfüllung ist, also das Ergebnis des instrumentellen Prozesses von Beschaffung, Aufbereitung und Verbreitung von Informationen.

Gegenüber staatlichen Eingriffen ist mediale Betätigung somit umfassend geschützt. Hierin zeigt sich nicht zuletzt der historische Ursprung der Medienfreiheit in Form der Pressefreiheit, die „als subjektiv-öffentlichtes Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe erkämpft worden“⁴⁸¹ war. Aufgrund der technischen „Sondersituation“ des Rundfunks, die ursprünglich nur einzelne Rundfunkveranstalter in Deutschland möglich machte und das Bundesverfassungsgericht daher zu engen dogmatischen Grenzen der Rundfunkfreiheit veranlasste,⁴⁸² fristete die subjektive Dimension der Freiheit zwar lange Zeit ein Schattendasein. Doch das „Grundrecht der Rundfunkfreiheit [entfaltete stets] seinen Schutz auch und zuerst gegenüber dem Staat“⁴⁸³; eine Freiheit, auf die sich auch die (einst ausschließlich) öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter berufen konnten und können.⁴⁸⁴ Hinzu kommt, dass zahlreiche Stimmen der Literatur mit abnehmender Frequenzknappheit die starke objektiv-rechtliche Betonung der Rundfunkfreiheit als überholt ansehen und die subjektive Freiheitsdimension des Mediums verstärkt in den Vordergrund rücken.⁴⁸⁵ Jedoch zeigen sich auf den zweiten Blick einige Mängel einer solchen allein subjektiv-rechtlichen Absicherung der Medienfreiheit. Zahlreiche Aspekte, die für ein funktionierendes Mediensystem in einer Demokratie konstitutiv sind, finden in ihr keine Entsprechung. Auskunftsansprüche der Medien gegenüber öffentlichen Stellen beispielsweise lassen sich ebenso schwer auf dem Abwehrrecht fußen wie etwa das Ideal medialer Vielfalt als Basis des demokratischen Pluralismus. Diese fehlenden Aspekte deuten bereits an, dass die Medienfreiheit im Vergleich zu anderen Freiheitsrechten des Grundgesetzes einen besonderen Bezugspunkt hat: Ihr Schutzgut ist (auch) „ein überindividueller sozialer Funktionszusammenhang [...], während das Schutzgut klassischer Freiheitsrechte die individuelle Handlungsfreiheit ist“⁴⁸⁶. Ohne Einbeziehung dieses überindividuellen Schutzguts jedoch können Medien die ihnen zugedachte Rolle in der Demokratie kaum erfüllen. Vor diesem Hintergrund

⁴⁸¹ Ossenbühl, Medien zwischen Macht und Recht (1995), S. 6, siehe auch oben, Teil 2 C. I., S. 71 ff.

⁴⁸² Instruktiv in der ersten Rundfunkentscheidung des Gerichts: BVerfGE 12, 205 (261 f.); siehe ausführlich unten unter Teil 3 A., S. 135 ff.

⁴⁸³ BVerfGE 83, 238 (296). Siehe auch Starck/Paulus, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, Art. 5 Abs. 1 Rn. 191 f.

⁴⁸⁴ St. Rspr., ursprünglich BVerfGE 31, 314 (322).

⁴⁸⁵ Siehe etwa bereits Rudolf, Über die Zulässigkeit privaten Rundfunks (1971), S. 21 f., 73, der davon schreibt, „das bisher ‚eingefrorene‘ Individualgrundrecht [sei] aktiviert worden“; ähnlich Klein, Die Rundfunkfreiheit (1978), S. 41 ff., 64 ff.; Schmitt Glaeser, Kabelkommunikation und Verfassung (1979), S. 140 ff.; Starck, Zur notwendigen Neuordnung des Rundfunks (2002), S. 467 ff.; sowie Mager, Einrichtungsgarantien (2003), S. 258 m. w. N.

⁴⁸⁶ Mager, Einrichtungsgarantien (2003), S. 255 f.

zeigt sich die Bedeutung, die der objektivrechtlichen Dimension der Medienfreiheit zukommt, auf die im folgenden Abschnitt im Detail eingegangen werden soll.

IV. Objektivrechtliche Dimension der Medienfreiheit

Aus den Funktionserwartungen des Grundgesetzes an Medien, so wurde bereits dargestellt,⁴⁸⁷ ergeben sich notwendigerweise objektivrechtliche Anforderungen des Verfassungsrechts, die eine entsprechende mediale Funktionserfüllung vielleicht nicht garantieren können, sie jedoch zumindest begünstigen. Im Zentrum dieser objektivrechtlichen Vorgaben, so soll dieses Kapitel zeigen, stehen gleich zweifach Fragen der Medienorganisation. Erstens soll mit ihrer Hilfe mediale Vielfalt als Grundbedingung funktionierender demokratischer Meinungsbildung gesichert werden.⁴⁸⁸ Zweitens haben Literatur und Verfassungsrechtsprechung verschiedene medial-organisatorische Vorgaben in medialen Instituts- beziehungsweise Einrichtungsgarantien zusammengefasst, die ebenfalls nach herrschender Auffassung Teil der objektivrechtlichen Dimension des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG sind.

Der Vollständigkeit halber: Auch der sogenannte *dienende Charakter der Rundfunkfreiheit* gehört zur objektivrechtlichen Dimension des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG. Die dienende Rundfunkfreiheit ist Anlass für eine der „klassischen“ (und noch immer andauernden) dogmatischen Auseinandersetzungen der Rechtswissenschaft und einige Stimmen nehmen die Digitalisierung und Konvergenz der Medien nun zum Anlass für einen neuen Anlauf, um ihr Ende zu besiegen.⁴⁸⁹

Anstatt jedoch bereits im Rahmen dieses Kapitels vertieft auf die Sonderdogmatik der Rundfunkfreiheit einzugehen, sollen stattdessen zunächst jene objektivrechtlichen Elemente beleuchtet werden, die – ganz unabhängig von der jeweiligen Positionierung im skizzierten Meinungsstreit – den erwähnten Massenmedien aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG gleichermaßen zukommen. Denn auch jene Stimmen der Literatur, die etwa der dienenden Rundfunkfreiheit skeptisch gegenüberstehen, erkennen die besondere Bedeutung an, die Medien durch die Verfassung zugesprochen sind. Objektivrechtliche Elemente wie Vielfalt, Staatsfreiheit, Meinungsmacht und Methoden der Pluralismussicherung spielen, wie dieser Abschnitt zeigen soll, unabhängig von der Verortung ihrer Durchsetzung⁴⁹⁰ eine Rolle.

⁴⁸⁷ Siehe oben unter Teil 2 D., S. 81 ff.

⁴⁸⁸ Siehe hierzu Teil 2 E. IV. 1., S. 112 ff.

⁴⁸⁹ Siehe etwa Bullinger, Von presseferner zu pressenaher Rundfunkfreiheit (2018), S. 1142; Hain, Ist die Etablierung einer Internetdienstefreiheit sinnvoll? (2012), S. 103; Hain, Rundfunkfreiheit als „dienende Freiheit“ – ein Relikt? (2008), S. 31 ff.; Bullinger, Private Rundfunkfreiheit auf dem Weg zur Pressefreiheit (2007), S. 343.

⁴⁹⁰ Ob diese etwa als Schutzwicht oder Ausgestaltungsauftrag angelegt sind, ist hierbei zunächst unbedeutend.

Die folgenden Seiten sollen daher zeigen: Das Grundgesetz stellt zwar umfassende verfassungsrechtliche Maßgaben für den staatlichen Umgang mit Medien auf, die der Gesetzgeber zu respektieren hat. Die explizite *Verpflichtung* im Sinne einer dienenden Indienststellung eines einzelnen Massenmediums jedoch ist ein Sonderfall der Rundfunkfreiheit – und soll als ein solcher entsprechend gewürdigt und separat untersucht werden.⁴⁹¹

1. Vielfalt als Funktionsbedingung

Die bedeutendste objektivrechtliche Kategorie, die Bundesverfassungsgericht und Literatur in ihrer Interpretation des Medienverfassungsrechts als Messlatte und Bedingung für eine funktionierende Medienlandschaft anlegen, ist die *Vielfalt*.⁴⁹² Denn echte Vielfalt vermeidet nicht nur mediale Vereinnahmung durch den Staat, sondern auch durch sämtliche anderen Gruppen- oder Wirtschaftsinteressen. Sie „ist eine von einem breiten Konsens getragene *Conditio* unserer modernen Mediengesellschaft und ihrer Kommunikationsverfassung und damit eine zentrale Bedingung unserer freiheitlichen Meinungsbildung und Demokratie“⁴⁹³. Nur eine vielfältige Medienlandschaft ermöglicht im kommunikativen Kreislauf aus „Äußerung, Vermittlung und Rezeption von Meinungen“ neue Impulse und somit Entwicklung und Fortschritt.⁴⁹⁴

Vielfalt als medien(verfassungs)rechtliche Zielvorgabe zur Sicherung gesellschaftlichen Pluralismus,⁴⁹⁵ stellt einen anzustrebenden Zustand dar, dessen genaue Ausgestaltung auch vom jeweiligen Stand der technischen Medienentwicklung abhängig ist.⁴⁹⁶ Hinter dem Begriff verbirgt sich dem Bundesverfassungsgericht zufolge, dass in der medialen Berichterstattung „die Vielfalt der bestehenden Meinungen [...] in möglichster Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet und daß auf

⁴⁹¹ Ausführlich hierzu unten, Teil 3, S. 134 ff.

⁴⁹² Paal spricht von einem „Kernelement[t] der vom BVerfG ausgeformten Kommunikationsverfassung“ (Paal, Vielfaltssicherung bei Intermediären (2018), S. 567). Siehe für eine Übersicht, statt vieler, für die Pressefreiheit Starck/Paulus, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, Art. 5 Rn. 157 ff.; BVerfGE 20, 162 (176). Für die Rundfunkfreiheit Kaiser, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 96; BVerfGE 73, 118 (159 f.); 74, 297 (325 f.); 83, 238 (320); 114, 371 (389, 393).

⁴⁹³ Brinkmann, Zur Aktualität des Vielfaltgebots in den Massenmedien (2013), S. 194.

⁴⁹⁴ Siehe auch Mafí Gudarzi, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken (2022), S. 86 f. m. w. N.

⁴⁹⁵ „Unter Pluralismus versteht man Vielfalt.“ (Jungheim, Medienordnung und Wettbewerbsrecht im Zeitalter der Digitalisierung und Globalisierung (2012), S. 26). Siehe auch Bethge, Pluralismus als medienrechtliches Ordnungsprinzip? (2003), S. 468; ähnlich bereits Stern/Bethge, Öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Rundfunk (1971), S. 42 f.

⁴⁹⁶ Siehe Brinkmann, Zur Aktualität des Vielfaltgebots in den Massenmedien (2013), S. 194.

diese Weise umfassende Information geboten wird“⁴⁹⁷. Meinungsbildung ist auf umfassende und wahrheitsgemäße Information angewiesen,⁴⁹⁸ eine mediale „Einfalt“ würde dieses Ziel nicht nur erschweren, sondern ihm komplett zuwiderlaufen.

Gleichzeitig lohnt es, sich zu vergegenwärtigen: Vielfalt ist „kein realistisches, vor allem auch kein juristisch handhabbares Ziel“⁴⁹⁹. Vielmehr handelt es sich beim Vielfaltsbegriff um ein Ideal, dessen Erreichung nicht mittels einer positiven Definition möglich ist, sondern vielmehr davon abhängt, etwaigen Tendenzen zu medialer Einfalt entgegenzuwirken.⁵⁰⁰

Die Forderung nach Meinungsvielfalt verbindet somit die grundrechtlichen Kommunikationsfreiheiten der Medien mit dem öffentlichen Meinungsbildungsprozesses als kommunikativer Grundlage der Demokratie.⁵⁰¹ Gleichzeitig bedeutet pluralistische Vielfalt mediale Machtkontrolle: Wo viele unterschiedliche Meinungen Verbreitung finden, hat es einseitige Propaganda ungleich schwerer, schädliche Wirkung zu entfalten.

a) Medienorganisation als Vielfaltsdeterminante

Als Ideal entzieht sich Vielfalt direkter gesetzlicher Normierung, jedoch bietet sich ein regulatorischer Ansatzpunkt, mit dem sich zumindest medialer Einfalt entgegenwirken lässt: die Organisationsform der Medien. Diese ist Ansatzpunkt der Vielfaltsicherung, da Medien per se eine gewisse Konzentrationstendenz besitzen, die durch den besonderen Aufwand bedingt ist, der dem „Medienmachen“ innerwohnt: Eine Zeitung zu drucken, eine Fernsehshow zu produzieren oder einen Film zu drehen bedarf eines Verlagshauses, einer Sendeanlage oder eines Filmstudios – und hat somit nicht nur eine andere Qualität, sondern auch umfassendere Voraussetzungen als eine „einfache“ Meinungsaußerung. Mediale Kommunikation ist auf eine technisch-organisatorische Grundlage angewiesen; sie ist apparativ gestützt, wodurch ihr Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung nicht zuletzt „auch von der Qualität ihres technischen Apparats abhängig“ ist.⁵⁰² In anderen Worten: Funktionsfähige Medien setzen „einen erheblichen Organisationsaufwand voraus“.⁵⁰³

⁴⁹⁷ BVerfGE 57, 295 (320), dort mit Blick auf den Rundfunk. Entsprechend zur Presse: BVerfGE 52, 283 (296).

⁴⁹⁸ Siehe BVerfGE 97, 228 (257).

⁴⁹⁹ Trute, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung (1998), S. 234.

⁵⁰⁰ So im Ergebnis auch Mafi Gudarzi, Vielfaltsicherung in sozialen Netzwerken (2022), S. 90 ff.; Heidtke, Meinungsbildung und Mediointermediäre (2020), S. 63 ff. Siehe zur Gegenüberstellung von positiver und negativer Vielfaltsbestimmung Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 204 ff.

⁵⁰¹ Siehe Bethge, Pluralismus als medienrechtliches Ordnungsprinzip? (2003), S. 468.

⁵⁰² So prägnant Stern, in: Stern, Staatsrecht IV/1, S. 1514.

⁵⁰³ Kaiser, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 82.

„Aufwand“ meint in diesem Zusammenhang vor allem: Aufwand finanzieller Art. Denn auch die einflussreichsten Beiträge öffentlicher Meinungsbildung können ihre (mediale) Wirkung nicht ohne die entsprechende Infrastruktur entfalten – und die kostet. Aus diesem Grund ist die verfassungsrechtliche Diskussion über Rolle und Rahmensetzung für Medien unmittelbar mit der Frage nach deren Finanzierungsmodellen verbunden. Diese spielen insofern eine Rolle, als jeder Form der privatwirtschaftlichen Medienfinanzierung aus verfassungsrechtlicher Sicht ein Risiko innewohnt. Denn unabhängig davon, ob das Finanzierungsmodell auf Werbeerlöse angewiesen ist oder Verkaufs- respektive Zugangsentgelt genügt: Ausschlaggebend für wirtschaftlichen Erfolg (und damit dauerhaftes Bestehen) ist stets die Aufmerksamkeit der Zuschauer*innen und Leser*innen. Leider jedoch führen die Maßnahmen zur Maximierung der Publikumsaufmerksamkeit selten auch zur verfassungsrechtlichen Idealvorstellung einer demokratisch-vielfältigen Medienlandschaft,⁵⁰⁴ wie auch das Bundesverfassungsgericht anerkennt: „Insbesondere der wirtschaftliche Wettbewerbsdruck [führt] häufig zu wirklichkeitsverzerrenden Darstellungsweisen, etwa zu der Bevorzugung des Sensationellen, und zu dem Bemühen, dem Berichtsgegenstand nur das Besondere, etwa Skandalöses, zu entnehmen“⁵⁰⁵. Andere Stimmen sind ähnlich skeptisch,⁵⁰⁶ sehen teils gar ein Abfärben dieser Verzerrungstendenz auch auf den politischen Betrieb, der sich – in der Hoffnung auf medial vermittelte Aufmerksamkeit – in Inszenierung übt.⁵⁰⁷ Nicht nur ist die Anbietervielfalt der privatwirtschaftlichen deutschen Presselandschaft über die Jahrzehnte signifikant zusammengeschrumpft.⁵⁰⁸ Auch die erhofften „Verheißungen inhaltlicher Programmvielfalt durch wirtschaftlichen Wettbewerb, mit denen der Privatfunk Anfang der achtziger Jahre propagiert wurde, haben sich nicht erfüllt“, statt Vielfalt herrscht „Quotenkampf“⁵⁰⁹ – eine Entwicklung, die auch den eigentlich

⁵⁰⁴ Siehe etwa *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 245.

⁵⁰⁵ BVerfGE 103, 44 (67).

⁵⁰⁶ Vergleiche etwa *Brinkmann*, Zur Aktualität des Vielfaltgebots in den Massenmedien (2013), S. 195; *Badura*, Rundfunkfreiheit als „dienende Freiheit“ – ein Relikt? (2008), S. 13 f.; *Hoffmann-Riem*, Mediendemokratie als rechtliche Herausforderung (2003), S. 213; *Kübler*, Legitimationsfragen der Medienregulierung (2002), S. 282.

⁵⁰⁷ So etwa, zum Stichwort „Politainment“, *Hoffmann-Riem*, Mediendemokratie als rechtliche Herausforderung (2003), S. 208–211. Bereits Eichenberger charakterisiert dieses „normative Leitbild des medientauglichen Politikers“ (*Eichenberger*, Beziehungen zwischen Massenmedien und Demokratie, S. 414 ff.). Scherzberg spricht ähnlich von einer „Inszenierung der Öffentlichkeit“ (*Scherzberg*, § 49 Öffentlichkeitskontrolle, Rn. 86). Siehe bereits *Scherzberg*, Die Öffentlichkeit der Verwaltung (2000), S. 185.

⁵⁰⁸ Siehe zur Nachzeichnung der Entwicklung *Pille*, Der Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit im Internet (2018), S. 250–255 m. w. N.

⁵⁰⁹ *Brinkmann*, Zur Aktualität des Vielfaltgebots in den Massenmedien (2013), S. 196. Im Detail zu den ökonomischen Zusammenhängen der Konzentrationstendenzen im privaten Rundfunk siehe *Held*, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten (2008), S. 194–198.

von finanziellen Quotenzwängen befreiten öffentlich-rechtlichen Rundfunk nicht unberührt lässt, wie manche*r fürchtet.⁵¹⁰

Diese Ausführungen zeigen die Bedeutung, die die grundlegende Struktur sowohl *einzelner* Medien als auch des *Medienmarktes insgesamt* für die Funktion medialer Kommunikation in der Gesellschaft hat und welche potenziellen Risiken sich aus solchen „bloßen“ medialen Organisationsfragen für die demokratische Meinungsbildung ergeben. Das Verfassungsrecht vermag – gerade auch mit Blick auf die subjektive Dimension der Medienfreiheiten – keine spezifischen Vorschriften auf Inhaltsebene zu machen. Jedoch bietet sich mit Organisation und Struktur der Medien eine höhere Abstraktionsebene, auf der sich, wie folgend gezeigt werden soll, die objektivrechtliche Dimension der Medienfreiheiten entfaltet. Eine objektivrechtlich verwurzelte Vorprägung des organisatorischen Aufbaus verschiedener Mediensysteme kann dazu beitragen, dass die Grundrechtsträger*innen ihre entsprechende Freiheit auf eine Weise ausüben, die die gewünschten, positiven Wirkungen für die demokratische Meinungsbildung entfaltet und Risiken vermeidet.

Zwei mögliche regulatorische Anknüpfungspunkte haben Literatur und Verfassungsrechtsprechung – aus der Erfahrung mit der Realität der deutschen Medienlandschaft – in diesem Kontext erarbeitet, oder vielmehr: diagnostiziert. Denn die historische Entwicklung hat deutlich gemacht,

dass „innerhalb des deutschen Preszewesens eine relativ große Zahl von selbständigen und nach ihrer Tendenz, politischen Färbung oder weltanschaulichen Grundhaltung miteinander konkurrierenden Pressezeugnissen existiert, während im Bereich des Rundfunks sowohl aus technischen Gründen als auch mit Rücksicht auf den außergewöhnlich großen finanziellen Aufwand für die Veranstaltung von Rundfunkdarbietungen die Zahl der Träger solcher Veranstaltungen verhältnismäßig klein bleiben muß“⁵¹¹.

Diese Diagnose aus der ersten Rundfunkentscheidung von 1961 mag angesichts einer etablierten und zunehmend unübersichtlichen Anzahl unterschiedlicher Rundfunksender sowie neuer, digitaler Medientechnologien etwas aus der Zeit gefallen wirken und erfährt seit längerem umfassende Kritik.⁵¹² Dennoch stellt sie die Grundlage der zwischen unterschiedlichen Medienmarktgegebenheiten differenzierenden Regulierungskonzepte des Bundesverfassungsgerichts dar und bildet damit die Basis der bisherigen vielfaltssichernden Medienregulierung, weshalb ihre beiden Spielarten im Folgenden kurz darzustellen sind.

b) Vielfaltsoption I: Außenpluralismus

Die existierende Vielfalt selbstständiger, unabhängiger und in ihrer Meinungstendenz unterschiedlicher Presseanbieter hat dazu geführt, dass die wirtschaftliche

⁵¹⁰ So etwa *Fehling*, § 59 Rundfunk (2020), Rn. 3.

⁵¹¹ BVerfGE 12, 205 (261); nahezu wortgleich BVerfGE 52, 283 (296). Siehe auch *Kaiser*, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 46 ff.

⁵¹² Siehe hierzu ausführlich unten unter Teil 2 E. IV. 2. c), S. 124 ff.

wie auch inhaltliche Konkurrenz auf dem Pressemarkt einen funktionierenden „ökonomischen und publizistischen Wettbewerb“⁵¹³ garantieren. Die Zielvorstellungen Vielfalt und Pluralismus sind hierbei als Synonyme für *externe Pluralität*, also *Außenpluralismus*, zu verstehen.⁵¹⁴ Ein bunter Strauß verschiedener Presseerzeugnisse gewährt den Leser*innen ein umfassendes Abbild des öffentlichen Diskurses aus verschiedenen Perspektiven. Diese „privatwirtschaftliche Struktur ist historisch vorgefunden und vom Grundgesetzgeber übernommen worden“⁵¹⁵. In anderen Worten: Mit Blick auf Presse vertraut das Verfassungsgericht, unter explizitem und gewissermaßen zufriedenem Verweis auf die bereits existierende Vielfalt, auf den freien Markt.⁵¹⁶ Dass eine solche Vielfaltsicherung durch den freien Pressemarkt in der Vergangenheit funktioniert hat, hat auch die Interpretation der Pressefreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geprägt: So sieht das Gericht für gedruckte Medien privatwirtschaftliche Grundsätze und privatrechtliche Organisationsformen vor, setzt neben geistiger vor allem auch auf wirtschaftliche Konkurrenz:⁵¹⁷ Gewinnstreben ist ein legitimes Element des Pressegewerbes,⁵¹⁸ die freie Gründung eines Presseerzeugnisses gehört konsequenterweise genauso zum Schutzbereich⁵¹⁹ wie die Tendenzfreiheit einzelner Presseerzeugnisse.⁵²⁰

Staatliche Eingriffe beschränkt das Gericht lediglich auf die Verhinderung von Störungen des Marktes – etwa Pressemonopole⁵²¹ oder die Einflussnahme einzelner Marktteilnehmer „mit unangemessenen Mitteln“⁵²². Es handelt sich hierbei um so genannte *negative Vielfaltsicherung*, die in der Abwehr einseitiger Beeinflussung des Kommunikationsprozesses besteht.⁵²³ Diese staatliche Schutzfunktion eines funktionierenden freien Pressemarktes ist Teil des vom Bundesverfassungsgericht ent-

⁵¹³ Kaiser, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 46 m. w. N.; siehe auch Starck/Paulus, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, Art. 5 Rn. 157 ff. Zur Kritik siehe unten, S. 127 ff. Grundsätzlich zum Verhältnis von publizistischem und ökonomischem Wettbewerb siehe Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 245 ff.

⁵¹⁴ Siehe Bethge, Pluralismus als medienrechtliches Ordnungsprinzip? (2003), S. 472.

⁵¹⁵ So treffend einst Stern, in: Stern, Staatsrecht IV/1, S. 1543.

⁵¹⁶ Siehe BVerfGE 12, 205 (261).

⁵¹⁷ So BVerfGE 20, 162 (175).

⁵¹⁸ Siehe Schmitt Glaeser, Die Beurteilung politisch motivierter Privatgewalt durch das Bundesverfassungsgericht (1990), S. 105, Fn. 75.

⁵¹⁹ Siehe BVerfGE 20, 162 (175); 97, 125 (145); anknüpfend Mager, Einrichtungsgarantien (2003), S. 257.

⁵²⁰ So etwa BVerfGE 52, 283 (296 f.).

⁵²¹ Vergleiche Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 364 ff.; Kaiser, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 48 f.; Wendt, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 5 Rn. 70; andeutend BVerfGE 20, 162 (176); etwas deutlicher BVerfGE 52, 283 (296).

⁵²² BVerfGE 25, 256 (268).

⁵²³ Im Gegensatz zur *positiven Vielfaltsicherung*, die darauf abzielt, die Vielfalt der real existierenden gesellschaftlichen Meinungen medial abzubilden, siehe hierzu etwa Held, Online-Angebote öffentlichrechtlicher Rundfunkanstalten (2008), S. 44 f.

winkelten *Instituts „Freie Presse“*, die das Gericht zur objektivrechtlichen Dimension der Pressefreiheit zählt.⁵²⁴

c) *Vielfaltsoption II: Binnenpluralismus*

Beim Fernsehen hingegen konnte sich die Vielfaltsicherung nicht auf einen existierenden Rundfunkmarkt als Selbstläufer verlassen. Statt eines umfassenden Wettbewerbs der Rundfunksender bestand die mediale Realität der jungen Bundesrepublik – aus technischer und finanzieller Notwendigkeit – zunächst aus lediglich *einem* öffentlich-rechtlichen Sender, dem „Ersten Deutschen Fernsehen“. Vor diesem Hintergrund entwickelte sich unter dem Ausdruck der „Sondersituation“⁵²⁵ des Rundfunks die Einsicht, dass Vielfalt dort nur dadurch gesichert werden kann, dass die Rundfunkanstalten selbst, gewissermaßen „von innen“, Vielfalt in ihrem Programm abbilden – das Konzept des Binnenpluralismus fand Einzug in die Verfassungsrechtsprechung.⁵²⁶

Unter diesen Vorzeichen urteilte das Bundesverfassungsgericht, zur Wahrung eines im Sinne der Meinungsvielfalt funktionierenden Rundfunksystems genüge es nicht, im Rahmen einer „lediglich negatorische[n] Gestaltung“ der Rundfunkfreiheit für die Staatsfreiheit des Rundfunks zu sorgen.⁵²⁷ Stattdessen sprach das Gericht dem Gesetzgeber die Pflicht zu, für die wenigen Rundfunkmedien organisatorische und strukturelle Regeln zur Vielfaltsicherung aufzustellen – von Vorschriften für die Programmgewichtung bis zu Besetzungsregeln für die Aufsichtsgremien der Rundfunkanstalten.⁵²⁸ Bezeichnend ist hierbei, dass auch in diesem verhältnismäßig strengen Regulierungsszenario dem Staat mit organisatorischen und strukturellen Vorschriften bloß ein mittelbarer Zugriff auf das zu erreichende Ziel „Vielfalt“ bleibt: Er kann lediglich Rahmenbedingungen schaffen und vielfaltsfeindliche, externe Zwänge minimieren. Die Inhalte eines vielfältigen Programms zu definieren, verstieße nicht nur gegen die Rundfunkfreiheit – es wäre auch schlicht nicht administrierbar.⁵²⁹

Inzwischen gehört die Zeit, in der man die Zahl deutscher Fernsehsender an einer Hand abzählen konnte, eindeutig der Vergangenheit an. Durch technischen Fortschritt und die Öffnung der Frequenzen sind im Rahmen der sogenannten dualen

⁵²⁴ Vergleiche BVerfGE 10, 118 (121); 20, 162 (175 f.); 66, 116 (133). Siehe zur Kritik auch unten, Teil 2 E. IV. 2., S. 120 ff.

⁵²⁵ So bereits BVerfGE 12, 205 (261).

⁵²⁶ Siehe zum Überblick statt vieler *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, Art. 5 Rn. 210 ff. m. w. N.

⁵²⁷ Siehe BVerfGE 57, 295 (320).

⁵²⁸ Vergleiche *Kaiser*, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 219 ff. m. w. N. Zur Entwicklung dieses Modells der „Rundfunkfreiheit durch Organisation“ siehe *Roßbach/Wischmeyer*, Grundrechtsschutz durch Organisation: Das erste Fernsehurteil und das Hochschulurteil (2019), S. 206 ff.

⁵²⁹ Siehe *Grimm*, Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen (1984), S. 68.

Rundfunkordnung⁵³⁰ private Rundfunkveranstalter an die Seite der öffentlich-rechtlichen Anstalten getreten. Mit ihnen hielt die zumindest theoretische Möglichkeit einer Vielfaltsicherung durch Außenpluralismus in die Rundfunkordnung Einzug, die der marktregulierten Wettbewerbssituation des Pressewesens näher kommt⁵³¹ – Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG schreibt eben gerade *keinen bestimmten* Weg der Vielfaltsicherung vor.⁵³²

Eine solche Entwicklung hatte sich das Verfassungsgericht als argumentativen Ausweg aus der technischen Sondersituation des Rundfunks bereits früh offen gehalten.⁵³³ Nicht zuletzt nahm das Gericht damit schließlich die zunehmende Kritik an seinem binnenpluralen Fokus auf, der angesichts des weggefalloenen, einst technisch bedingt „natürlichen“ Rundfunkmonopols zunehmend als ungerechtfertigte Einschränkung der Rundfunkfreiheit erschien.⁵³⁴ Ein Plus an Anbietervielfalt kann im Rundfunk auf diese Weise ein Minus an Privatsender-spezifischer Inhaltevielfalt – zumindest begrenzt⁵³⁵ – ausgleichen. Das Bundesverfassungsgericht spricht insoweit vom Ideal gleichgewichteter oder auch ausgewogener Vielfalt, wenn auch nur als theoretischem Zielwert.⁵³⁶

Zwar hat durch die technische Entwicklung die Bedeutung positiver Sicherung von Binnenvielfalt im Rundfunk inzwischen nachgelassen.⁵³⁷ Eine solche „Öffnung“ der Rundfunkfreiheit zugunsten des privaten Rundfunks mit eingeschränkter Programmvielfalt geschah jedoch nicht, ohne dass das Gericht an der besonderen Rolle der öffentlich-rechtlichen Sender und ihres Binnenpluralismus festhielt – zumindest, solange *echter* Außenpluralismus im Rundfunk noch eine Fiktion und keine anknüpfbare Realität darstellt.⁵³⁸ „Binnenpluralismus ist der

⁵³⁰ Siehe BVerfGE 73, 118 (125) (157); 74, 297 (324 f.); siehe auch *Ladeur*, in: HH-Ko/MedienR⁴, 4. Abschnitt: Medienfreiheitsgrundrechte, Rn. 70 f.

⁵³¹ Vergleiche *Kaiser*, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 227 ff. m. w. N.; siehe zur Annäherung der Rundfunk- an die Pressefreiheit auch *Bullinger*, Private Rundfunkfreiheit auf dem Weg zur Pressefreiheit (2007), S. 343.

⁵³² Siehe *Mager*, Einrichtungsgarantien (2003), S. 257–258.

⁵³³ Siehe bereits BVerfGE 12, 205 (262). Auch in seiner zweiten Rundfunkentscheidung argumentierte das Gericht, Binnenvielfalt würde erst dann (möglichlicherweise) obsolet, „wenn allen daran interessierten Gruppen oder allen Gemeinschaften von kooperationswilligen Gruppen eine Frequenz zugewiesen werden könnte und sich auf diese Weise ein Pluralismus der Meinungen und Anschauungen ähnlich wie im Bereich der Presse auch im Bereich von Rundfunk und Fernsehen herstellen ließe“ (BVerfGE 31, 314 (338)).

⁵³⁴ Siehe insbesondere: *Starck*, Zur notwendigen Neuordnung des Rundfunks (2002), passim; *Klein*, Die Rundfunkfreiheit (1978), S. 41 f.

⁵³⁵ Siehe BVerfGE 57, 295 (325 f.), wo das Gericht auch „außenplurale“, private Rundfunkanbieter zumindest „zu sachgemäßer, umfassender und wahrheitsgemäßer Information und einem Mindestmaß an gegenseitiger Achtung verpflichtet“.

⁵³⁶ Siehe BVerfGE 73, 118 (156).

⁵³⁷ Siehe ebenfalls *Schulz/Seufert/Holznagel*, Digitales Fernsehen (1999), S. 93–95.

⁵³⁸ Siehe BVerfGE 83, 238 (298 f.). Mager sieht das Verfassungsgericht dabei „nicht mehr weit davon entfernt, die Rundfunkfreiheit zugunsten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten

Gott gegen vorherrschende Meinungsmacht im Fernsehen, und Ausgewogenheit ist sein Prophet.“⁵³⁹

Es soll an dieser Stelle keine Bewertung der genannten Entwicklungen auf dem Rundfunkmarkt oder ihrer möglichen Konsequenzen für die Regulierung erfolgen – hierzu wird noch mit Blick auf den changerenden Charakter der Rundfunkfreiheit ausführlicher einzugehen sein.⁵⁴⁰ Stattdessen soll der vorliegende Überblick die Rolle von Vielfalt im Medienverfassungsrecht sowie ihre von konkreten Medien und Technologien unabhängige Relevanz verdeutlichen. Vielfaltsicherung ist keine technische oder historische Episode.⁵⁴¹ Vielmehr haben sich zu ihrer Realisierung im Rahmen der bisherigen Entwicklung zwei Ansätze als verfassungsrechtlich gangbare Wege dargestellt: einerseits mit dem Binnenpluralismus die explizite Verpflichtung des einzelnen Mediums, inhaltliche Vielfalt abzubilden; andererseits mit dem Außenpluralismus eine Gestaltung des Medienmarktes *insgesamt*, die für Angebotsvielfalt zwischen den einzelnen Medien sorgt.

Abschließend sei angemerkt, dass mediale Vielfalt in geschildertem Sinne nicht um ihrer selbst willen existieren kann. Ohne demokratischen Funktionsbezug verkehrt sie ihre intendierte positive Wirkung sogar ins Gegenteil. *Absolute* mediale Vielfalt im Sinne eines Angebotes wirklich *aller* veröffentlichter Einzelmeinungen führte die mediale Integrationsfunktion ad absurdum.⁵⁴² Dass dieser Aspekt insbesondere in Zeiten Bedeutung erlangt, in denen jede*r Bürger*in nicht nur als Rezipient*in, sondern auch als Publizist*in potenziell unbegrenzten Zugang zu Massenmedien hat – sofern man soziale Netzwerke angesichts ihrer Veröffentlichungs- und Verbreitungsmöglichkeiten dazuzählt –, wird noch genauer darzulegen sein.

2. Institutsgarantie zwischen Medienorganisation und -freiheit

Auf den vorigen Seiten ist deutlich geworden, welche Bedeutung „bloßen“ Organisationsfragen und anderen Elementen der objektivrechtlichen Dimension der Medienfreiheiten für eine funktionierende öffentliche Meinungsbildung zukommt. Daran anknüpfend haben Literatur und Rechtsprechung bestimmte organisatorische Rahmenbedingungen und Strukturprinzipien der Massenmedien im Rahmen medialer Instituts- oder Einrichtungsgarantien herausgearbeitet. Das vorliegende Kapitel soll diese vermeintlich „typischen“ Organisationsformen verschiedener Medien

im Sinne einer klassischen institutionellen Garantie zu interpretieren, nämlich als Garantie einer spezifischen Organisation zur Erledigung einer bestimmten öffentlichen Aufgabe“ (*Mager, Einrichtungsgarantien*, S. 261).

⁵³⁹ Schneider, Von der Sendermacht zur Medienmacht (2009), S. 70.

⁵⁴⁰ Siehe unten unter Teil 3, S. 134 ff.

⁵⁴¹ Siehe Brinkmann, Zur Aktualität des Vielfaltgebots in den Massenmedien (2013), S. 199.

⁵⁴² Siehe Rossen, Freie Meinungsbildung durch den Rundfunk (1988), S. 242 ff. Ingold begegnet diesem Phänomen mit dem Hinweis auf eine unter diesen Umständen nötigen „Aufmerksamkeitsregulierung“ (Ingold, Meinungsmacht des Netzes (2020), S. 85 m. w. N.).

nicht als bloße Behauptungen akzeptieren, sondern sie vielmehr auf ihre Schlüssigkeit prüfen. Zunächst ist hierfür ein Blick auf das Wesen grundrechtlicher Einrichtungsgarantien zu werfen, mit deren Hilfe jene mediale Strukturprinzipien Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG entnommen werden.

Die Idee, dass die objektivrechtliche Dimension der Medienfreiheit bereits eine organisatorische Vorprägung der Medienlandschaft vornimmt, rückt „an die Stelle einer nachträglichen Kontrolle möglicher Grundrechtsverletzungen eine Vorverlagerung des Schutzes durch institutionelle Sicherung. Dies soll Freiheit erst ermöglichen“⁵⁴³. Dogmatischer Anknüpfungspunkt ist hierbei die Figur einer im Art. 5 Abs. 1 GG enthaltenen Instituts- beziehungsweise Einrichtungsgarantie.⁵⁴⁴ Unter diesem Begriff sind „von der Verfassung vorgefundene, notwendige rechtliche Regelungskomplexe [zu verstehen], auf deren Gewährleistung die Verfassung abzielt“⁵⁴⁵.

Es geht also um Einrichtungen der sozialen Wirklichkeit, deren Schutz in den Grundrechten bereits angelegt ist, deren Reichweite und damit deren Nutzen in der Praxis jedoch auf juristische Konkretisierung angewiesen sind. Die Herausforderung besteht darin, dass der Staat Einrichtungen wie „Ehe“ und „Eigentum“ rechtlich gestalten muss, jedoch die entsprechenden Grundrechte gleichzeitig eine Schutzwirkung gerade diesem gestaltenden Staat gegenüber entfalten sollen. Hier von betroffen sind in anderen Worten „solche Verfassungsgarantien, deren Schutz nicht natürliche Freiheit ist, sondern die Ausübung von Rechtsmacht“⁵⁴⁶.

Einrichtungsgarantien ermöglichen die Gestaltung der juristischen Dimension etwa von Ehe und Eigentum durch den Staat, sichern jedoch ihren Kern dauerhaft dagegen ab, nicht nur ge-, sondern auch *entstaltet* zu werden. „Die Einrichtungsgarantien lassen sich folglich als von der Verfassung in gesteigertem Maße abgesicherte juristisch-tatsächliche Gebilde bezeichnen, die als Eigenwerte auch künftig fortbestehen sollen und sowohl von rechtlichen als auch gesellschaftlichen Einflüssen durchdrungen sind.“⁵⁴⁷

„Klassische“ Beispiele für solche Einrichtungsgarantien sind Ehe und Eigentum, doch auch in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG werden Einrichtungs- und Institutsgarantien erkannt.

⁵⁴³ Rößbach/Wischmeyer, Grundrechtsschutz durch Organisation: Das erste Fernsehurteil und das Hochschulurteil (2019), S. 200.

⁵⁴⁴ Die Verwendung und Differenzierung der Begriffe Einrichtung, Institut und Institution sind uneinheitlich. Zu Details und der Begriffsgeschichte der dogmatischen Figur(en) siehe etwa Kloepfer, in: HGR II, § 43 Rn. 1 ff.; Cornils, in: Stern/Sodan/Möstl, StaatsR III, § 67; sowie umfassend Mager, Einrichtungsgarantien (2003), S. 6 ff., jeweils m. w. N. Siehe auch Degen, Pressefreiheit, Berufsfreiheit, Eigentumsgarantie (1981); mit Blick auf die Presse ebenso Stammler, Die Presse als soziale und verfassungsrechtliche Institution (1971).

⁵⁴⁵ de Wall, Die Einrichtungsgarantien des Grundgesetzes als Grundlagen Subjektiver Rechte (1999), S. 380.

⁵⁴⁶ Mager, in: Staatslexikon, „Einrichtungsgarantien“.

⁵⁴⁷ Kloepfer, in: HGR II, § 43 Rn. 28.

a) Institut der freien Presse

Der wohl erste, der in der Pressefreiheit Einrichtungs- und Institutsgarantien deutlich erkannte, war Ridder, der bereits 1954 der Pressefreiheit Merkmale attestierte, „die außerhalb des Bereichs der individuellen Freiheitsrechte liegen, nachdem sie aus deren Bereich hinaus- und in neue Bahnen anderen Ursprungs herein gewachsen sind“⁵⁴⁸. Und auch das Bundesverfassungsgericht hat mit Bezug auf die Pressefreiheit schon früh von der darin enthaltenen Gewährleistung des „Instituts“⁵⁴⁹ oder auch der „Institution“⁵⁵⁰ der freien Presse gesprochen.⁵⁵¹ Es resultiert demnach aus der funktionalen Bedeutung der Presse für den demokratischen Meinungsbildungsprozess,⁵⁵² aus der sich eine Reihe pressespezifischer Strukturprinzipien ergeben: Demnach arbeiten Pressemedien „nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen und in privatrechtlichen Organisationsformen“⁵⁵³, sind grundsätzlich staatsfrei,⁵⁵⁴ in ihrem Redaktionsgeheimnis und dem Vertrauensverhältnis zu Informant*innen geschützt⁵⁵⁵ und dürfen eine – auch einseitige – politische und weltanschauliche Tendenz einnehmen („Tendenzschutz“⁵⁵⁶).⁵⁵⁷

b) Institut des freien Rundfunks

Für den Rundfunk ist der Institutsbegriff juristisch nicht annähernd so geläufig wie für die freie Presse – auch wenn seine institutionelle Bedeutung der ihren um nichts nachsteht.⁵⁵⁸ So entsprechen zwar auch die auf den Schutzbereich der

⁵⁴⁸ Ridder, Meinungsfreiheit (1954), S. 250. Siehe auch die umfassende Einordnung bei Stern, in: Stern, Staatsrecht III/1, S. 834 ff.

⁵⁴⁹ So etwa BVerfGE 20, 162 (175); 50, 234 (240).

⁵⁵⁰ Siehe beispielsweise BVerfGE 36, 193 (204); 64, 108 (114); 85, 1 (13).

⁵⁵¹ Zustimmend etwa (wenn auch unter expliziter Ablehnung der objektivrechtlichen Dimension) *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 356; siehe auch *Kaiser*, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 216 ff. m. w. N. Mager spricht eingrenzend von einer eher „deskriptiven“ Bedeutung des Institutsbegriffs der Presse (*Mager*, Einrichtungsgarantien, S. 263 f.); ebenfalls abwägend *de Wall*, Die Einrichtungsgarantien des Grundgesetzes als Grundlagen Subjektiver Rechte (1999), S. 379.

⁵⁵² Vergleiche BVerfGE 20, 162 (174 f.).

⁵⁵³ BVerfGE 20, 162 (175); ebenso E 66, 116 (133). Zustimmend etwa *Fiedler*, Technologieneutrale Pressefreiheit (2011), S. 17 f.; umfassend und instruktiv *Gersdorf*, Legitimation und Limitierung von Onlineangeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks (2009), S. 69 ff.

⁵⁵⁴ BVerfGE 80, 124 (134). Vergleiche aber einschränkend die weiteren Nachweise bei *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 234, 375 ff.

⁵⁵⁵ BVerfGE 20, 162 (176); 66, 116 (133 f.); 95, 28 (36); 107, 299 (331); 117, 244 (259).

⁵⁵⁶ BVerfGE 52, 283 (296); 80, 124 (134).

⁵⁵⁷ Insgesamt zur Institutsgarantie der freien Presse: *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 72; *Bullinger*, in: HStR³ VII, § 163 Rn. 31 ff. jeweils m. w. N.

⁵⁵⁸ Siehe bereits BVerfGE 12, 205 (260 f.); ähnlich etwa BVerfGE 77, 65 (74 f.) m. w. N. Zustimmend, ebenfalls m. w. N., *Rudolf*, Über die Zulässigkeit privaten Rundfunks (1971), S. 26. Auch *Scheuner* ging in seinem Referat auf der Staatsrechtslehrertagung 1963 bereits

Rundfunkfreiheit bezogenen institutionellen Elemente – etwa Staatsfreiheit,⁵⁵⁹ Redaktionsgeheimnis und Informantenschutz – jenen des Instituts der freien Presse.⁵⁶⁰

Jedoch ist es durch die oben bereits dargestellten Unterschiede zwischen den *faktischen* Entwicklungen des Rundfunk- und des Pressewesens⁵⁶¹ auch zu verschiedenen verfassungsrechtlich-institutionellen Organisationsvorgaben der beiden Ausprägungen der Medienfreiheit gekommen. So erachtete das Bundesverfassungsgericht zunächst aus technischen wie finanziellen Gründen die erwähnte binnpluralistische, nicht dem Markt überlassene Struktur des Rundfunks für nötig⁵⁶² – Tendenzfreiheit und privatwirtschaftliche Organisation, wie sie Kernelemente des Instituts der freien Presse darstellen, finden sich also gerade nicht in der institutionellen Interpretation der Rundfunkfreiheit wieder. Zwar betonte das Verfassungsgericht bereits in seinem ersten Rundfunkurteil mit Blick auf den nötigen Binnenpluralismus des Rundfunks, „auch eine rechtsfähige Gesellschaft des privaten Rechts könnte Träger von Veranstaltungen dieser Art sein“.⁵⁶³ Dabei ging es jedoch um die Organisationsform der einzelnen Rundfunkveranstalter – und gerade nicht um eine pluralismussichernde Organisationsstruktur des Rundfunkwesens insgesamt.

Auch im Rahmen der späteren vorsichtigen Öffnung des binnpluralistischen, rein öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Richtung eines dualen Modells hielt das Verfassungsgericht an der besonderen Rolle einer nicht komplett den Marktkräften überlassenen Rundfunklandschaft fest.⁵⁶⁴ Mehr noch: Die Existenz auch eines nicht-marktwirtschaftlichen (im Sinne von: nicht nur den Marktkräften ausgesetzten) Rundfunkangebots ist dem Gericht zufolge in seiner vielfalsichernden Grundver-

davon aus, dass mit Blick auf Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG „die Gemeinsamkeit bei der institutionellen Sicherung dieser drei Massenmedien in den Vordergrund zu rücken“ sei (*Scheuner, Pressefreiheit* (1965), S. 12). Für Mager ist die Institutsgarantie des Rundfunks gar weitergehend als jene der Presse (*Mager, Einrichtungsgarantien*, S. 264).

⁵⁵⁹ Im Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Charakter der entsprechenden Sender wohl besser „Staatsferne“ – so jedenfalls *Fehling*, § 59 Rundfunk (2020), Rn. 73. Ebenso *Bethge*, in: *Sachs, GG*, Art. 5, Rn. 96.

⁵⁶⁰ Siehe nur BVerfGE 91, 125 (135); 95, 220 (238); 107, 299 (329 f.), letzteres Urteil eingehend auf den Gleichlauf von Presse- und Rundfunkfreiheit.

⁵⁶¹ Siehe oben, S. 118 ff.

⁵⁶² Siehe BVerfGE 12, 205 (261).

⁵⁶³ BVerfGE 12, 205 (262).

⁵⁶⁴ Siehe etwa BVerfGE 57, 295 (322); unter dem Stichwort „Grundversorgung“ BVerfGE 73, 118 (157 f.); Mit Blick auf eine „Entwicklungsgarantie“ des öffentlich-rechtlichen Rundfunks BVerfGE 83, 238 (298 f.); insbesondere zum dauerhaften Status dieser Garantie auch im Zeitalter der digitalen Medienkonvergenz siehe BVerfGE 119, 181 (217 f.). Auch manche Stimme in der Literatur hielt ein Außenplurales Modell des Rundfunks von Vornherein für ausgeschlossen (siehe *Stern/Bethge, Öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Rundfunk* (1971), S. 48).

sorgung eine notwendige Bedingung für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Rundfunkveranstaltung im Marktbetrieb *überhaupt*.⁵⁶⁵

c) Kritik verfassungsrechtlicher Medienorganisationsvorgaben

Nicht nur diese Voraussetzung für Privatfunk war bereits zur Zeit ihres Eingangs in die Verfassungsrechtsprechung in der Literatur umstritten.⁵⁶⁶ Auch die grundsätzliche Skepsis gegenüber einer marktwirtschaftlichen Rundfunkordnung war schon in den 1970er Jahren deutlicher Kritik ausgesetzt⁵⁶⁷ – verbunden mit dem Vorwurf, die subjektiverechtliche Seite der Rundfunkfreiheit werde durch den Zwang zur Binnenpluralität „gegenwärtig nahezu verschüttet“⁵⁶⁸. Diese Skepsis hat ange-sichts der technischen Entwicklung, die inzwischen problemlos eine Vielfalt verschiedener Rundfunkanbieter gestattet, bis heute Bestand. So fordern einige Vertreter mit Nachdruck das Ende des Binnenpluralismus und erwarten mit Hilfe eines freien Rundfunkmarktes die Entstehung *echter* Vielfalt im Rundfunk.⁵⁶⁹ Angesichts der Medienkonvergenz, so wird argumentiert, müsse sich der Rundfunk auch (markt-) organisatorisch dem Vorbild der Pressefreiheit annähern.⁵⁷⁰

Doch gerade eine solche Gegenüberstellung der Institute der freien Presse und des freien Rundfunks bietet die Gelegenheit, einen bemerkenswerten Aspekt der medienfreiheitlichen Einrichtungsgarantie herauszuarbeiten: Dass nämlich die konkrete Gestaltung dieser Institute gerade „nicht durch normative Ausformungen,

⁵⁶⁵ BVerfGE 89, 144 (152 f.); 136, 9 (28 f.). Kritisch hierzu *Kühling*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR, GG Art. 5 Rn. 68, 83.

⁵⁶⁶ Siehe statt vieler *Klein*, Rundfunkrecht und Rundfunkfreiheit (1981), S. 182 ff. m. w. N.

⁵⁶⁷ Siehe etwa *Rudolf*, Über die Zulässigkeit privaten Rundfunks (1971), S. 71–75; *Weber*, Zur Diskussion über die Zulassung eines privaten Fernsehens (1972), S. 92; *Klein*, Die Rundfunkfreiheit (1978), S. 77–80; *Klein*, Rundfunkrecht und Rundfunkfreiheit (1981), S. 189 ff. m. w. N. Eine Freiheit zur privaten Veranstaltung von Rundfunk aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG grundsätzlich ablehnend hingegen *Lerche*, Rundfunkmonopol: Zur Zulassung privater Fernsehveranstaltungen (1970), S. 36–41.

⁵⁶⁸ *Klein*, Rundfunkrecht und Rundfunkfreiheit (1981), S. 179.

⁵⁶⁹ So etwa, gar unter Zuhilfenahme Goethes, *Starck*, „Grundversorgung“ und Rundfunkfreiheit (1992), S. 3263. Für eine Sicherung der Vielfalt ausschließlich mit Mitteln des Kartellrechts etwa *Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie*, Gutachten über eine offene Medienordnung vom 18.11.1999 (1999), Rn. 23 ff. Deutlich skeptischer hingegen Rossen-Stadtfeld, demzufolge die „Erfüllung dieser Erwartung [...] im Hinblick auf die Marktstrukturen in einer ‚Ökonomie der Aufmerksamkeit‘, insbesondere unter den Bedingungen vorrangiger Werbefinanzierung, unwahrscheinlich“ ist (*Rossen-Stadtfeld*, Audiovisuelle Bewegtbildangebote von Presseunternehmen im Internet, S. 54, unter Verweis auf weitere Literatur).

⁵⁷⁰ So etwa *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 5 Rn. 95; *Bullinger*, Private Rundfunkfreiheit auf dem Weg zur Pressefreiheit (2007), S. 343. Insgesamt für den Übergang der öffentlich-rechtlichen in private Rundfunkveranstalter argumentierend: *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, Art. 5 Rn. 233 ff.

sondern durch die soziale Wirklichkeit herausgebildet“⁵⁷¹ worden ist. In anderen Worten: Dass das Bundesverfassungsgericht etwa die Tendenzfreiheit und privatwirtschaftliche Organisation der Presse als Teile der grundrechtlichen Institutsgarantie erwähnt hat, ist nichts anderes als die verfassungsrechtliche Unterfütterung – um nicht zu sagen: Nachbildung – einer zuvor etablierten Arbeitspraxis und des Selbstverständnisses von Pressemedien.⁵⁷² Ähnlich fußte auch die ursprüngliche juristische Fixierung einer rein binnenpluralen Rundfunkfreiheit auf dem technischen Status quo der Frequenzknappheit der Sechziger Jahre. Sie war „eine aus dem Grundrecht heraus entwickelte Hilfskonstruktion zur Kompensation eines damals bestehenden Mangels und zur Vorbeugung daraus resultierender Gefahren“⁵⁷³. Diese Feststellung kann dafür sensibilisieren, dass auch ein für das Medienverfassungsrecht nahezu unumstößlicher Grundsatz wie die privatwirtschaftliche Organisation der Presse gegebenenfalls nichts anderes ist als die rechtliche Festschreibung eines bestimmten existierenden und zum Idealbild stilisierten *Status quo* einer Mediengattung.⁵⁷⁴

Vor diesem Hintergrund nähren die unterschiedlichen Entwicklungen der Strukturprinzipien von Presse und Rundfunk Zweifel an ihrer jeweiligen *zwingenden Eindeutigkeit*. So dürfen zwar Staatsfreiheit und Redaktionsgeheimnis wohl als Grundvoraussetzung für eine funktionierende demokratische Medienlandschaft insgesamt gelten. Ein rein privatwirtschaftlicher Pressemarkt und die Tendenzfreiheit der einzelnen Publikationen hingegen sind keineswegs selbsterklärende Elemente einer Medienlandschaft. Darüber hinaus sprechen sich einzelne Stimmen in der Literatur bereits dafür aus, die objektivrechtliche Dimension der Pressefreiheit stärker jener der Rundfunkfreiheit zu nähern und den gemeinsamen „Kommunikationsraum zum Referenzpunkt des Grundrechtsschutzes zu machen“⁵⁷⁵.

Denn wenn bei der Rundfunkfreiheit inzwischen wie selbstverständlich von zwei gleichermaßen möglichen Optionen der Vielfaltsicherung (Binnen- und Außenpluralismus) gesprochen wird und sich das Verfassungsgericht bereits seit seiner zweiten Rundfunkentscheidung einen Übergang von ersterem in letzteres Modell

⁵⁷¹ Kloepper, in: HGR II, § 43, Rn. 86.

⁵⁷² Noch stärker Stammle, der in der Pressefreiheit ausschließlich eine objektivrechtliche Dimension und damit primär eine Garantie der bestehenden Presseordnung erblickt, in: Die Presse als soziale und verfassungsrechtliche Institution, S. 222–224; anknüpfend an die Rechtsprechung des BVerfG außerdem ebenda, S. 145. De Wall geht gar davon aus, dass bei Institutsgarantien (zu der er die Pressefreiheit allerdings nicht zählt) *insgesamt* „der Wunsch nach einer Verfassungsgarantie des jeweils Bestehenden eine erhebliche Rolle“ spielt (De Wall, Die Einrichtungsgarantien des Grundgesetzes als Grundlagen Subjektiver Rechte, S. 24).

⁵⁷³ Starck, „Grundversorgung“ und Rundfunkfreiheit (1992), S. 3261. Ähnlich bereits Stern, Neue Medien – neue Aufgaben des Rechts? (1982), S. 1115.

⁵⁷⁴ Zur ausführlichen Kritik dieser Form der „institutionellen Überformung der Freiheit“ siehe etwa Degen, Pressefreiheit, Berufsfreiheit, Eigentumsgarantie (1981), S. 108.

⁵⁷⁵ Laude, Automatisierte Meinungsbeeinflussung (2021), S. 272.

offenhält: Warum sollte dann dem Institut der Presse ausschließlich der Außenpluralismus als mögliche Option zur Vielfaltsicherung bleiben?⁵⁷⁶

Hier zeigt sich die Gefahr einer Grundrechtsinterpretation, die Jarass als „zweckbestimmtes Verständnis traditionaler Orientierung“⁵⁷⁷ bezeichnet. Dabei orientiert sich die objektivrechtliche Interpretation der Freiheit weniger am eigentlichen Funktionszusammenhang der Freiheit selbst als vielmehr an ihren geschichtlich entstandenen Strukturen. Dies erleichtert zwar die Grundrechtsinterpretation insofern, als dass die „blassen Formulierungen der Grundrechte [...] durch die plastischen und lebendigen Strukturen historisch gewachsener Institutionen aus- und aufgefüllt“⁵⁷⁸ werden können. Der große Nachteil jedoch liegt darin, dass das bloße Festhalten an einem historischen Bestand keine Grundlage in der Verfassung findet – dies nicht zuletzt auch deshalb, weil vor dem Hintergrund der gescheiterten Weimarer Verfassung und den Erfahrungen mit dem Nationalsozialismus das Grundgesetz eher als Neubeginn denn als Kontinuität gelten kann.⁵⁷⁹

Wie sehr die zuvor genannten pressefreiheitlichen Strukturprinzipien vom altertumsgeschichteten, Außenpluralen Status quo unserer Presselandschaft abhängen, mag ein Gedankenspiel verdeutlichen: Man stelle sich vor, der Pressemarkt bestünde aus einem Duopol nur zweier Zeitungsverlage. Selbst wenn alle Strukturprinzipien – von Redaktionsgeheimnis über Staats- und Tendenzfreiheit bis zur privatwirtschaftlichen Ausrichtung – erfüllt wären, von einem funktionierenden Pressewesen im Sinne des Art. 5 GG spräche wohl niemand. Pressefreiheitliche Strukturprinzipien und die nötigen rechtlichen Interventionen zu ihrer Garantie hängen unmittelbar von der Entwicklung und der jeweils aktuellen Realität des Pressewesens selbst ab.⁵⁸⁰ Auch angesichts der Tatsache, dass das Verfassungsgericht dem Gesetzgeber beim Rundfunk die Wahl zwischen Binnen- und Außenpluralismus samt Mischformen freistellt,⁵⁸¹ erscheint eine einseitige Festlegung im Bereich der Presse – abstrahiert von ihrer historischen Entwicklung – wenig überzeugend:

„Die jeweiligen vom Gesetzgeber geschaffenen oder tolerierten Strukturentscheidungen für Presse und Rundfunk sind nicht Selbstzweck und daher nicht als solche unveränderbar. Vielmehr ist der Gesetzgeber zur laufenden Überprüfung berechtigt und verpflichtet.“⁵⁸²

⁵⁷⁶ So bereits *Stommel*, Die Presse als soziale und verfassungsrechtliche Institution (1971), S. 302.

⁵⁷⁷ *Jarass*, Die Freiheit der Massenmedien (1978), S. 132.

⁵⁷⁸ *Jarass*, Die Freiheit der Massenmedien (1978), S. 133.

⁵⁷⁹ So im Detail *Jarass*, Die Freiheit der Massenmedien (1978), S. 134 f.

⁵⁸⁰ Teils wird sogar davon ausgegangen, dass diese realen Traditionen die Grenzen darstellen, die den theoretischen Ausgestaltungsspielraum des Gesetzgebers von möglichen Grundrechtseingriffen trennen. So jedenfalls *Kingreen/Poscher*, Grundrechte (2020), Rn. 270. Einschränkend hierzu *Hoffmann-Riem*, § 7 Kommunikations- und Medienfreiheit (1995), Rn. 34, 40.

⁵⁸¹ Siehe etwa BVerfGE 83, 238 (316); 89, 144 (152), m. w. N.

⁵⁸² *Hoffmann-Riem*, § 7 Kommunikations- und Medienfreiheit (1995), Rn. 17.

Zwar mag aus Perspektive einer freiheitlichen Demokratie das außenpluralistische Modell grundsätzlich wünschenswerter erscheinen als eine allumfassende Ausgewogenheitspflicht.⁵⁸³ Doch ein solches Vertrauen in eine funktionierende außenpluralistische Presselandschaft ist nur gerechtfertigt, solange das Konkurrenzverhältnis der Pressemedien hält, was es an Pluralismus verspricht: „Die Ankoppelung der Pressestruktur an das Marktmodell steht unter dem Vorbehalt der machtmäßigen Funktion des Marktmechanismus.“⁵⁸⁴ Es ist daher mitnichten so, dass „die Pressefreiheit [...] viele konkurrierende Grundrechtsträger voraussetzt“⁵⁸⁵: Außenpluralismus der Presse ist keine normative Voraussetzung, sondern vielmehr eine Statusbeschreibung. Diese Einschätzung deutet im Übrigen auch das Bundesverfassungsgericht an, wenn es bereits auf die Gegenwart bezogen einschränkt, „daß es *heute* zur Sicherstellung umfassender Information und Meinungsbildung durch die Presse grundsätzlich genügen mag, Bestehendes zu gewährleisten“⁵⁸⁶.

Dort, wo der Markt *nicht* funktioniert (oder schlicht nicht existiert), gerät das außenpluralistische Modell an seine Grenzen. Erste solcher Konzentrationstendenzen waren bereits in den Siebziger und Achtziger Jahren auf dem Pressemarkt zu erkennen.⁵⁸⁷ Aktuelles Beispiel hierfür ist die lokale Berichterstattung, in der in der Regel nur eines statt mehrerer verschiedener Pressezeugnisse angeboten werden.⁵⁸⁸

Mancher bezweifelt gar insgesamt, dass eine Vermeidung wirtschaftlicher Konzentration automatisch auch publizistische Vielfalt sichert – und fordert stattdessen einen explizit publizistischen Ansatz zum Vielfaltschutz im Presserecht.⁵⁸⁹ Diese Möglichkeit, dass auch für die Presse zur Vielfaltsicherung eine andere organisatorische Struktur nötig ist als der freie Markt, hält sich auch das Bundesver-

⁵⁸³ Siehe etwa *Kihling*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR, Art. 5 Rn. 99; *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, Art. 5 Rn. 161 m. w.N. Näher dazu auch unten, S. 128 ff.

⁵⁸⁴ *Hoffmann-Riem*, § 7 Kommunikations- und Medienfreiheit (1995), Rn. 15. Ähnlich treffend formuliert Stammler, „Der Liberalismus ging von dem Glauben an die Harmonisierung [von Gewinnstreben und öffentlicher Aufgabe] durch den Wettbewerb aus; dem Sozialstaat des Grundgesetzes ist dieses Vertrauen verloren gegangen.“ (*Stammler*, Die Presse als soziale und verfassungsrechtliche Institution, S. 145).

⁵⁸⁵ *Korte*, Die dienende Funktion der Rundfunkfreiheit in Zeiten medialer Konvergenz (2014), S. 387.

⁵⁸⁶ BVerfGE 57, 295 (322). Hervorh. d. Verf. Zustimmend etwa *Rossmann-Stadtfeld*, Audiovisuelle Bewegtbildangebote von Presseunternehmen im Internet (2009), S. 60.

⁵⁸⁷ Siehe etwa *Stern/Bethge*, Öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Rundfunk (1971), S. 51; *Bullinger*, Strukturwandel von Rundfunk und Presse (1984), S. 390.

⁵⁸⁸ In diesem Zusammenhang und für mögliche Lösungsansätze von erzwungenem Binnenpluralismus bis zu Subventionen siehe etwa *Kihling*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR, Art. 5 Rn. 98 f. m. w.N. Den Verweis auf abnehmende Vielfalt im Pressesektor nutzen Stern/Bethge wiederum dazu, die Möglichkeit einer privatisierten, außenpluralen Rundfunklandschaft von Vornherein zu verneinen (*Stern/Bethge*, Öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Rundfunk, S. 53).

⁵⁸⁹ Siehe hierzu umfassend *Rudolph*, Erhalt von Vielfalt im Pressewesen (2008), S. 153 ff., zusammenfassend S. 197, 208 ff.

fassungsgericht offen, wenn es im Spiegel-Urteil die staatliche Pflicht beschreibt, „Gefahren abzuwehren, die einem freien Pressewesen aus der Bildung von Meinungsmonopolen erwachsen könnten“⁵⁹⁰. So halten manche die auch Einführung öffentlich-rechtlicher Presseerzeugnisse für zumindest theoretisch möglich, jedenfalls unter der Voraussetzung eines Strukturwandels der Presse, der mit ihrer „Selbstgefährdung“⁵⁹¹ – wohl besser: der Gefährdung ihrer Funktionserfüllung in Vielfalt durch das bestehende Marktmodell – verbunden ist.⁵⁹²

*d) Funktionserfüllung und subjektive Freiheit
als Richtschnüre der Organisation*

Anknüpfend an die sich aus dieser historischen Herleitung ergebenden Zweifel ist daher die Frage zu stellen, ob das Verfassungsrecht im Rahmen der Einrichtungsgarantie freier Medien eine bestimmte Organisationsform vorsieht – oder zumindest: vorzieht. Eine solche verfassungsrechtliche Organisationspräferenz lehnt etwa Hoffmann-Riem ab. Ihm zufolge enthält Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG vielmehr den „Grundsatz der Modellneutralität“⁵⁹³: Statt die privatwirtschaftliche Organisation der Medien als Zielvorgabe festzuschreiben, sei dem Gesetzgeber die Wahl zwischen außenpluralistischem Marktmodell und binnenpluralistischem, gemeinwirtschaftlichem Modell freigestellt. Beide Modelle stünden jedoch unter dem Vorbehalt ihrer Funktionsfähigkeit.⁵⁹⁴ Dass das Bundesverfassungsgericht bei der Presse von einer privatwirtschaftlichen Organisationsstruktur ausgehe,⁵⁹⁵ sei daher nicht als deren Idealisierung zu verstehen, sondern vielmehr als Anerkennung der Tatsache, dass zum gegebenen Zeitpunkt die privatwirtschaftliche Presse ihre Funktion erfülle und somit verfassungsrechtlich zulässig sei. Für diese Einschränkung spreche auch, dass das Gericht mit Blick auf die Zukunft durchaus Zweifel formuliere.⁵⁹⁶ „Grund-

⁵⁹⁰ BVerfGE 20, 162 (175 f.); in diesem Sinne etwa auch *Hoffmann-Riem*, Rundfunkfreiheit durch Rundfunkorganisation (1979), S. 35; *Stammler*, Die Presse als soziale und verfassungsrechtliche Institution (1971), S. 175 f.

⁵⁹¹ *Ladeur*, in: HH-Ko/MedienR⁴, 4. Abschnitt: Medienfreiheitsgrundrechte, Rn. 7.

⁵⁹² Ähnlich ebenda, Rn. 7, 30; *Kaiser*, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 201 f.; *Trute*, in: HGR IV, § 104 Rn. 34. So wohl auch *Stammler*, Die Presse als soziale und verfassungsrechtliche Institution (1971), S. 146; diese Option als offene Frage betrachtend *Bethge*, Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren: Zu einigen Aspekten der aktuellen Grundrechtsdiskussion (1982), S. 4.

⁵⁹³ *Hoffmann-Riem*, Kommunikationsfreiheiten (2002), Art. 5 Rn. 189; zustimmend *Stammler*, Die Presse als soziale und verfassungsrechtliche Institution (1971), S. 224; *Jarass*, Die Freiheit der Massenmedien (1978), S. 244 ff. Zur Vermittlung zwischen Rundfunk- und Pressemödell siehe auch *Rudolph*, Erhalt von Vielfalt im Pressewesen (2008), S. 208 ff.

⁵⁹⁴ Siehe *Hoffmann-Riem*, Kommunikationsfreiheiten (2002), Art. 5 Rn. 205 f.; *Hoffmann-Riem*, Kommunikationsfreiheit und Chancengleichheit (1990), S. 45.

⁵⁹⁵ Siehe etwa BVerfGE 20, 162 (175); 52, 283 (296); 66, 116 (133).

⁵⁹⁶ *Hoffmann-Riem*, Kommunikationsfreiheiten (2002), Art. 5 Rn. 205 f. unter Berufung auf BVerfGE 20, 162 (175 f.); 57, 295 (323); 73, 118 (175 f.); 74, 297 (333). Allerdings

sätzlich ausgeschlossen ist nur der Typus der Eigenbetätigung⁵⁹⁷ des Staates – Staatsferne ist demnach also für jede Medienlandschaft Grundbedingung.

Derweil halten andere Vertreter*innen der Literatur die privatrechtlich-außpluralistische Organisationsform grundsätzlich für vorzugswürdig und argumentieren mit dem freiheitsrechtlichen Ursprung der Kommunikationsgrundrechte.⁵⁹⁸ Andere Ansätze, so argumentieren manche, stellten die institutionelle Komponente der Medienfreiheit unzulässigerweise über ihre Freiheitsdimension.⁵⁹⁹ Daher sei das Marktmodell „das dem individualrechtlichen Gehalt der Massenkommunikationsgrundrechte gemäß Modell“⁶⁰⁰. Dass in diesem Kontext teilweise mit der absoluten Gegenüberstellung von einem „freien Medienmarkt“ und „Staatsmedien“ gearbeitet wird, ist der konstruktiven Diskussion derweil nicht zuträglich. Denn auch zwischen diesen Polen gibt es durch eine *staatsferne* Medienregulierung und -förderung Optionen, eine gemeinnützige Medienlandschaft staatlich zu unterstützen, ohne Einfluss auf ihren Inhalt zu haben – man denke nur an den öffentlich-rechtlichen Rundfunk. Noch dazu bleibt in der Argumentation der genannten Autor*innen bisweilen unscharf, ob sie wirklich eine privatwirtschaftliche Medienlandschaft vorziehen oder ob es ihnen lediglich um deren Staatsferne geht.⁶⁰¹

Auch die Verfechter*innen des privatwirtschaftlichen Medienmodells erkennen jedoch an, dass die verfassungsrechtliche Zulässigkeit ihrer Markt-Präferenz von dessen eigenem Erfolg abhängt: „Solange und soweit der freie Wettbewerb die von Verfassungs wegen erforderliche Vielfalt generiert, sind Abweichungen vom Marktmodell als verfassungsrechtlichem Regelprinzip nicht gerechtfertigt“⁶⁰² – aber eben nur „*solange*“. Sobald nämlich der Medienmarkt eine Entwicklung einschlägt,

bezieht sich das Verfassungsgericht stets auf die Rundfunkfreiheit, ähnlich etwa BVerfGE 97, 228 (267).

⁵⁹⁷ Jarass, Die Freiheit der Massenmedien (1978), S. 245.

⁵⁹⁸ Etwa Gersdorf, Legitimation und Limitierung von Onlineangeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks (2009), S. 69 f.: „Die für die Entfaltung individueller Freiheit zur Verfügung stehende Organisationsform ist die des (Jedermann-)Privatrechts. [...] Die Bestimmung des Inhalts und der Form des Kommunikationsinhalts ist Sache des Einzelnen. Die Tendenzfreiheit ist unmittelbarer Ausdruck der Persönlichkeit. Sie bildet den Kern der Massenkommunikationsgrundrechte.“

⁵⁹⁹ So etwa in Bezug auf die Pressefreiheit Starck/Paulus, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, Art. 5 Rn. 161.

⁶⁰⁰ Gersdorf, Legitimation und Limitierung von Onlineangeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks (2009), S. 71; siehe auch Gersdorf, Verbot presseähnlicher Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks (2010), S. 428; Bullinger, in: HStR³ VII, § 163 Rn. 43 ff. Ähnlich, mit Bezug auf die Presse, Bethge, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 72.

⁶⁰¹ Siehe bereits den entsprechenden Hinweis bei Jarass, Die Freiheit der Massenmedien (1978), S. 244 Fn. 28.

⁶⁰² Gersdorf, Legitimation und Limitierung von Onlineangeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks (2009), S. 71; ähnlich auch Jarass, Die Freiheit der Massenmedien (1978), S. 132.

die das Ziel einer pluralistischen Meinungslandschaft gefährdet, ist staatliche Intervention nicht nur möglich, sondern gegebenenfalls sogar erforderlich.⁶⁰³

Vor diesem Hintergrund erscheint es zu weitgehend, im Sinne Hoffmann-Riems einen absoluten „Grundsatz der Modellneutralität“ in der Medienfreiheit zu verorten. Denn wenn eine privatwirtschaftliche Medienlandschaft eine vergleichbare Vielfalt in journalistischer Sorgfalt erzeugt wie ein stärker durch den Staat strukturierter Mediensektor, dann ist dem privatwirtschaftlichen Ansatz als der freiheitsschonenden Alternative auch und gerade im Sinne des Art. 5 Abs. 1 S.2 GG der Vorzug zu geben. Zwar ist Jarass zuzustimmen, der ins Zentrum der Diskussion um den Organisationstypus dessen mediale Funktionserfüllung stellt.⁶⁰⁴ Doch ist eben im Rahmen der identischen Funktionserfüllung durchaus auch der Einfluss der möglichen Organisationsstrukturen auf den subjektiven Gehalt der Medienfreiheit von Bedeutung.

Das bedeutet jedoch nicht, dass echte Medienfreiheit nur auf dem freien Markt bestehen kann, wie es die Verfechter der privatwirtschaftlichen Organisation insinuieren. Ganz im Gegenteil kann gerade jener freie Markt, wie dargelegt, etwa durch Monopoltendenzen seine eigenen Risiken für die freie Meinungsbildung erzeugen.

Ausschlaggebend für die Wahl einer passenden Organisationsstruktur durch den Gesetzgeber muss daher zweierlei sein: Einerseits geht es um die Bewertung der Risikomerkmale – oder, in der Ausdrucksweise des Bundesverfassungsgerichts, der drohenden „Fehlentwicklungen“ – eines Mediums, um die Funktionsfähigkeit des Mediensystems zu sichern. So muss etwa dort, wo Frequenzknappheit zu einem natürlichen Rundfunkmonopol führt, die Medienregulierung dessen Risiken entgegenwirken;⁶⁰⁵ und wo Konsolidierung auf dem freien Pressemarkt die Gefahr der Meinungsmacht erzeugt, muss der Regulierungsrahmen entsprechende Gegenmaßnahmen ermöglichen. Andererseits hat der Gesetzgeber gleichzeitig den Einfluss seiner möglichen Regulierung auf die subjektivrechtliche Dimension der Medienfreiheit zu beachten. Hier wird sich aus genannten Gründen eine privatwirtschaftliche Organisation als die für die Medienfreiheit minimal-invasive Gestaltung anbieten – sofern diese sich mit den Risikomerkmalen vereinbaren lässt.

Die historische Tradition des Mediensystems ist in diesem Zusammenhang zwar zweitrangig, aber nicht bedeutungslos. Denn sofern das Risikogefüge einer Mediengattung nicht den vollständigen Systemwechsel erfordert, um die freie Meinungsbildung zu sichern, hat der Gesetzgeber auf die existierende Struktur insofern

⁶⁰³ So auch Starck/Paulus, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, Art. 5 Rn. 161; Kaiser, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 201; ähnlich mit Blick auf staatliche Presse-Subventionen Bullinger, in: HStR³ VII, § 163 Rn. 48 ff., insb. 51.

⁶⁰⁴ Siehe Jarass, Die Freiheit der Massenmedien (1978), S. 244.

⁶⁰⁵ So ebenfalls BVerfGE 57, 295 (321 f.); 97, 228 (267).

Rücksicht zu nehmen, als dass Änderungen „im laufenden System“ dessen Funktionsfähigkeit zu beeinträchtigen drohen.⁶⁰⁶

Mit Blick auf die möglichen Organisationsformen verschiedener Medienarten bietet somit die Einrichtungsgarantie der Medienfreiheit als dogmatischer Ansatz eine Richtschnur – und gleichzeitig die nötige Flexibilität. „Nur von diesem ‚institutionellen‘ Standort aus ist es möglich, die [Medienfreiheit] in einer den geänderten verfassungsrechtlichen und sozialen Bedingungen gerecht werdenden Weise in den Griff zu bekommen.“⁶⁰⁷ Denn die Einrichtungsgarantie knüpft sowohl an der gewünschten Funktionserfüllung der Medien als auch an ihrer subjektiven Freiheitsdimension an: Aus diesen zwei abstrakten Elementen lässt sich der jeweilige Regulierungsrahmen für verschiedene Medienarten herausarbeiten und konkretisieren – ein Vorgang, den Jarass als *Strukturbildung verschiedener medialer Freiheitssysteme* bezeichnet.⁶⁰⁸

Diese Strukturbildung, so sei an dieser Stelle noch einmal betont, kann jedoch insbesondere mit Blick auf eine sich mit zunehmender Geschwindigkeit ändernde Medienlandschaft für eine Medienart nicht „ein für alle Mal“ erfolgen. Bestimmte Organisationsformen für einzelne Mediengattungen sind gerade *nicht* Teil der Einrichtungsgarantie(n) des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, sondern vielmehr Ausdruck des auf diese Garantie aufsetzenden Interpretationsprozesses. Die Einrichtungsgarantie stellt keine Organisationsform eines Mediensystems bereit, sondern erfordert stattdessen eine – im Rahmen der dargestellten Vorbedingungen getroffene – Entscheidung des Gesetzgebers.

e) Weitere Dimensionen der Institutsgarantie

Während die mediale Institutsgarantie also mit Blick auf Strukturprinzipien *bestimmter* Mediengattungen dem Gesetzgeber lediglich den Entscheidungsrahmen vorschreibt, enthält sie darüber hinaus eine Reihe konkreter Vorgaben, die konstitutiv für *jede* Mediengattung sind. So sind die oben angesprochene Staatsfreiheit, das Redaktionsgeheimnis und der Informantenschutz objektivrechtliche Grundbedingungen für die demokratische Aufgabenerfüllung der Medien *insgesamt*. Sie sind funktionsnotwendige Anforderungen jeder Medienlandschaft und unabhängig von der gewählten Medienordnung – bilden also sowohl Voraussetzung für marktgetriebene Presse als auch für öffentlich-rechtlichen Rundfunk.⁶⁰⁹ Gleichzeitig sind

⁶⁰⁶ Jarass spricht in Bezug auf die genannten Punkte entsprechend von den Grundsätzen der Sachgerechtigkeit und der Systemgerechtigkeit (Jarass, Die Freiheit der Massenmedien, S. 246 f.).

⁶⁰⁷ Stammller, Die Presse als soziale und verfassungsrechtliche Institution (1971), S. 226 f., im Original auf die Pressefreiheit bezogen.

⁶⁰⁸ Siehe Jarass, Die Freiheit der Massenmedien (1978), S. 237 ff.

⁶⁰⁹ Siehe etwa BVerfGE 77, 65 (74 f.); 107, 299 (330); 117, 244 (258 f.); 121, 30 (51). Vergleiche etwa zum Redaktionsgeheimnis Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 5 Rn. 37, 51;

diese Funktionsbedingungen nicht nur in der Abwehr staatlicher, sondern auch privater Eingriffe von Bedeutung. So führt das Verfassungsgericht etwa mit Blick auf das Redaktionsgeheimnis aus, es gehöre „zu den Bedingungen einer freien Presse, die nicht nur durch den Staat, sondern auch durch gesellschaftliche Kräfte oder Private beeinträchtigt werden können. Insoweit ist sie Bestandteil der Garantie der Eigenständigkeit der Presse als objektives Prinzip“⁶¹⁰. Ähnlich lassen sich unter die Einrichtungsgarantie auch der freie Zugang zu medialen Berufen und die Möglichkeit der freien Verbreitung des jeweiligen Medienproduktes fassen.⁶¹¹

Die soeben genannten Elemente der Einrichtungsgarantie mögen weniger prägend für die Gestaltung der Medienlandschaft auf der Makro-Ebene sein, haben jedoch unmittelbare Bedeutung für die individuelle Nutzung der Medienfreiheit. In ihnen zeigt sich exemplarisch der Zusammenhang zwischen objektivrechtlichen und subjektivrechtlichen Elementen der Medienfreiheit. Stammler spricht mit Blick auf letztere auch von „Reflexrechten“⁶¹², womit eine individualrechtliche Dimension gemeint ist, die nicht für sich allein besteht sondern ausschließlich von der objektivrechtlichen Dimension abgeleitet wird.⁶¹³ Dieser Darstellung ist jedoch zu widersprechen, da eine solch vollständige einseitige Bedingtheit den subjektiven Charakter der Freiheit vollkommen leerlaufen ließe und damit negierte. Statt einem Ausschließlichkeitsverhältnis zwischen (beispielsweise medialer Staatsfreiheit als) entweder subjektivem Freiheitsrecht oder objektivrechtlicher Einrichtungsgarantie der Medien zeigt sich hierin vielmehr die spiegelbildliche Ergänzung einzelner Elemente der subjektiven Medienfreiheit (i.S.v. Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe) durch ihre Bedeutung für die verfassungsrechtliche Einrichtung „Medien“ als solche (i.S.v. unabhängiger Kontrolle der Staatsmacht durch die „vierte Gewalt“).

F. Zwischenfazit: Bedeutung der Medien zwischen Demokratie und Verfassung

Zweierlei ist in diesem ersten Teil der Arbeit deutlich geworden: zum einen die funktionale Rolle, die der Öffentlichkeit und den Medien als ihren Vermittlern in der Demokratie zukommt. Sofern öffentliche Meinungsbildung als fortlaufender Prozess

zum Informantenschutz *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 72, 112a; zur Staatsfreiheit ebd., Rn. 18 m. w. N.

⁶¹⁰ BVerfGE 66, 116 (135).

⁶¹¹ Siehe *Stammler*, Die Presse als soziale und verfassungsrechtliche Institution (1971), S. 226.

⁶¹² *Stammler*, Die Presse als soziale und verfassungsrechtliche Institution (1971), S. 221, 227, allerdings mit Blick auf die Pressefreiheit.

⁶¹³ Siehe *Stammler*, Die Presse als soziale und verfassungsrechtliche Institution (1971), S. 222.

die intellektuelle Auseinandersetzung einer Gesellschaft mit für ihr Bestehen relevanten Fragen und Themen bewältigen soll, reicht Kommunikation als Verfahren zwischen einzelnen Individuen nicht aus. Vielmehr ist eine Gesellschaft – sofern angesichts der Vielzahl ihrer Mitglieder überhaupt im Singular gesprochen werden kann – auf eine Form der kommunikativen Bündelung angewiesen. Diese Bündelung ist Rolle der Medien.

Zum anderen hat sich der vorige Abschnitt der verfassungsrechtlichen Perspektive auf die Rolle von Kommunikation und Medien genähert. Dabei ist gezeigt worden, dass das Verfassungsrecht nicht nur die Bedeutung von Öffentlichkeit und Kommunikation für die Demokratie des Grundgesetzes rechtlich erfasst. Sie setzt deren Funktion zugleich in vielerlei Hinsicht, meist: implizit, voraus – und sichert diese daraus folgend notwendigerweise rechtlich ab.

Diese verfassungsrechtliche Absicherung der Funktionserfüllung der Medien hat – unabhängig von der jeweiligen Medienform – nicht nur eine subjektivrechtliche Abwehrdimension, sondern enthält auch objektivrechtliche Elemente. Diese sind derweil nicht losgelöst vom Individualcharakter der Grundrechte, sondern korrespondieren vielmehr mit deren subjektivrechtlicher Dimension und unterstützen sie: Sie erkennen einerseits die gesellschaftliche Rolle der Medien und ihre Multiplikatorfunktion an und stärken als Einrichtungsgarantie Aspekte wie Staatsfreiheit und Redaktionsgeheimnis. Indem sie Manipulation durch externen Einfluss nicht nur vonseiten des Staates, sondern auch vonseiten gesellschaftlicher Kräfte ausschließen, begegnen sie andererseits gleichzeitig der allen Medien inhärenten Vermachungsgefahr für das Individuum.

Während die geschilderten Risiken und die sich daraus ergebenden objektivrechtlichen Aspekte potenziell allen Medien gleichermaßen zukommen, soll im folgenden Teil 3 dieser Arbeit nun der Blick auf eine bisher exklusiv dem Rundfunk zugeschriebene Besonderheit gelenkt werden. Denn diesem Medientyp wohnt vorgeblieb ein besonderes mediales Risiko inne, das eine Verpflichtung der Rundfunkfreiheit auf die Freiheit der Meinungsbildung nicht nur möglich machen, sondern gar erfordern soll. Es wird dem folgenden Teil obliegen, diese *dienende Rundfunkfreiheit* einerseits verfassungsrechtlich nachzuzeichnen sowie andererseits das Konzept von kontemporären Faktoren zu abstrahieren und seinen argumentativen Ursprung in den frühen Achtzigerjahren aus heutiger Sicht kritisch zu hinterfragen.

Teil 3

Verfassungsrechtliche Pflicht zur Medienregulierung: von der dienenden Freiheit zum freiheitsschützenden Staat

Während das vorige Kapitel die verfassungsrechtlichen Erwartungen und Voraussetzungen mit Blick auf eine funktionierende Medienöffentlichkeit dargestellt und jene Wege skizziert hat, mit denen das Grundgesetz diese zu gestalten sucht, soll das vorliegende Kapitel auf einen Sonderfall blicken. Bei der Rundfunkfreiheit nämlich hat das Grundgesetz nach Auffassung des BVerfG und großen Teilen der Literatur nicht nur den Staat zu einem bestimmten Umgang mit dem entsprechenden Medium verpflichtet, um dessen Funktionserfüllung im demokratischen Diskurs zu sichern. Vielmehr, so die verbreitete Interpretation einer „dienenden Rundfunkfreiheit“, ist bereits die Freiheit des Rundfunks selbst funktional in den Dienst konstruktiver Meinungsbildung gestellt.

Diese dienende Freiheit weist zahlreiche Bezüge zu den bereits dargestellten verfassungsrechtlichen Erwartungen an eine funktionierende Öffentlichkeit einerseits¹ sowie zu der einem Medium innwohnenden kommunikativen Macht andererseits auf,² sieht aber zugleich – im Gegensatz zu anderen Medientypen – beim Rundfunk eine Reihe von Besonderheiten, die eine Indienststellung der entsprechenden Freiheit erfordern. Diese Sonderdogmatik ist, anknüpfend an historische Wurzeln, in vielen Jahrzehnten Verfassungsrechtsprechung durch das Verfassungsgericht entwickelt und weiterentwickelt worden; jedoch nicht ohne nachdrückliche Kritik aus der Wissenschaft.

Das vorliegende Kapitel hat daher dreierlei zum Ziel: Zunächst vollzieht das *erste Unterkapitel* die Argumente nach, mit denen das Bundesverfassungsgericht in seiner Interpretation einer dienenden Rundfunkfreiheit das Medium in besonderer Weise auf die freie öffentliche Meinungsbildung verpflichtet hat. Trotz überzeugendem Ziel – einen möglichen, durch die mediale Macht des Rundfunks verursachbaren Schaden an Öffentlichkeit und Meinungsbildung zu verhindern – ergibt sich die Sonderdogmatik nicht als selbstverständliche Konsequenz. Daher soll die Herleitung der Rechtsprechung, als Grundlage des Konzepts dienender Rundfunkfreiheit, in

¹ Siehe oben unter Teil 2 B., S. 50 ff.

² Siehe ebenfalls bereits Teil 2 D. II., S. 85 ff.

dieser Arbeit als Ausgangspunkt für die Auseinandersetzung mit der Sonderdogmatik dienen.³

In einem *zweiten Schritt* soll diese Sonderdogmatik kritisch hinterfragt werden. Es wird zu zeigen sein, dass sowohl im Rahmen der Auslegung des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG als auch aus grundsätzlichen, grundrechtsdogmatischen Erwägungen die „dienende“ Verpflichtung eines Freiheitsgrundrechts keine mit dem Verfassungsrecht in Einklang zu bringende Option darstellt, möglichen Schäden am öffentlichen Diskurs entgegenzuwirken, die durch die Funktionslogik der Medien zu entstehen drohen.⁴

Ausgehend davon gilt es im *dritten Unterkapitel*, eine Alternative zur dienenden Freiheit aufzuzeigen, mit deren Hilfe die verfassungsrechtlichen Erwartungen an eine funktionierende demokratische Öffentlichkeit mit dem potenziell schädlichen medialen Einfluss in Einklang gebracht werden kann – ohne gegen grundlegende Prinzipien des Grundgesetzes zu verstößen. Dies gelingt durch eine Abkehr von zwei zentralen Elementen der bisherigen Sonderdogmatik: *erstens* von der Vorstellung eines „Dienens“ der potenziell gefährlichen Medienfreiheit hin zu einem Schutz der gefährdeten Meinungsfreiheit; *zweitens* von der Interpretation des Rundfunks als Sonderfall im Rahmen der von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG erfassten Medienarten hin zu einer Dogmatik, die unabhängig von medienspezifischen Besonderheiten ist. Auf diese Weise gelingt es, die Rollenverteilung zwischen freiheitsregelndem Staat und freiheitsnutzenden Grundrechtsträger*innen im Rahmen einer Schutzwicht wieder zu ordnen: ein Staat, der die Meinungsbildung *schützt*, keine Freiheit, die ihr *dient*.

A. Die Entwicklung der Sonderdogmatik durch das BVerfG

Wie wohl wenige andere Grundrechte ist die Rundfunkfreiheit durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geprägt. In zahlreichen Leitentscheidungen, die als „Rundfunkurteile“ einen eigenen Kanon der deutschen Verfassungsrechtsprechung ausmachen, hat das Gericht seit Beginn der 1960er Jahre eine detaillierte Dogmatik dieses Grundrechts entwickelt. Darin hat es eine verfassungsrechtliche Sonderstellung des Mediums geprägt, die den Ausgangspunkt für die vorliegende Untersuchung bildet. Die folgenden Seiten sollen die Entwicklung der Argumentation des Gerichts mit Blick auf diese Sonderstellung zusammenfassen.

Anspruch kann dabei nicht sein, die gesamte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rundfunkfreiheit erschöpfend darzustellen. Ziel ist vielmehr, jene Aspekte der Entscheidungen zu präsentieren, die für die Sonderdogmatik der Rundfunkfreiheit prägend sind. Aus diesem Grund werden etwa Entscheidungsde-

³ Siehe folgend unter Teil 3 A., S. 135 ff.

⁴ Siehe unten unter Teil 3 B., S. 144 ff.

tails zur Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ebenso ausgespart wie jene zu Gremienzusammensetzungen und Details zum Verhältnis einzelner Rundfunkveranstalter*innen im dualen System. Dies jedoch, so wird zu zeigen sein, hilft dabei, den roten Faden zu erkennen, den das Bundesverfassungsgericht in Bezug auf die Sondersituation des Rundfunks seit sechzig Jahren in seinen Urteilen spinnt.

Es geht in diesem ersten Schritt darum, an eben jenem historischen Faden verschiedene Anknüpfungspunkte für die darauffolgende Diskussion einzelner Bausteine der Sonderdogmatik zu finden. Kritik und Gegenargumente aus der Literatur spart der historische Überblick daher zunächst bewusst aus.

Hierbei sind zwei Phasen der Rundfunkrechtsprechung systematisch zu unterscheiden: Während das Gericht seine ersten drei Rundfunkentscheidungen zur Begriffsbildung nutzte – von der „Sondersituation“ des Rundfunks über das besondere Risiko der Meinungsmacht des Mediums bis zur „dienenden Freiheit“ – knüpfte es in den darauffolgenden Entscheidungen an dieses Fundament an und entwickelte es weiter.

I. Technische Sondersituation – erste Rundfunkentscheidung

Im ersten Rundfunkurteil des Bundesverfassungsgerichts⁵ findet sich der Ausgangspunkt der Argumentation, durch die in den folgenden Jahrzehnten die „Sondersituation des Rundfunks“ Eingang in den medienverfassungsrechtlichen Kanon fand. In seiner ersten Grundsatz-Entscheidung zu Fragen der Rundfunkfreiheit arbeitete das Gericht 1961 zunächst die Ähnlichkeiten des Rundfunks zur Presse anhand seiner Bedeutung für Meinungsbildung und Demokratie heraus – und deutete bereits die Einrichtungsgarantie beider Medien an: Es werde „deutlich, daß für den Rundfunk als einem neben der Presse stehenden, mindestens gleich bedeutsamen, unentbehrlichen modernen Massenkommunikationsmittel und Faktor der öffentlichen Meinungsbildung die institutionelle Freiheit nicht weniger wichtig ist als für die Presse“⁶.

Hiernach jedoch geht das Gericht auf die oben bereits dargelegten faktischen Unterschiede zwischen Presse- und Rundfunkmarkt zur damaligen Zeit ein: Während „eine relativ große Zahl von selbständigen und nach ihrer Tendenz, politischen Färbung oder weltanschaulichen Grundhaltung miteinander konkurrierenden Presseerzeugnissen existiert“, muss „im Bereich des Rundfunks sowohl aus technischen Gründen als auch mit Rücksicht auf den außergewöhnlich großen finanziellen

⁵ BVerfGE 12, 205.

⁶ BVerfGE 12, 205 (260 f.); hier findet sich auch die später zahlreich wieder aufgegriffene Formel, der Rundfunk sei „mehr als nur ‘Medium’ der öffentlichen Meinungsbildung; er ist ein eminenter ‘Faktor’ der öffentlichen Meinungsbildung“. Jedoch ist hierbei hervorzuheben, dass das Bundesverfassungsgericht diese „Faktor“-Eigenschaft gerade nicht exklusiv dem Rundfunk zugesteht, sondern sie explizit im Zusammenhang mit der Presse nennt.

Aufwand für die Veranstaltung von Rundfunkdarbietungen die Zahl der Träger solcher Veranstaltungen verhältnismäßig klein bleiben“⁷.

Eben diese zwei Elemente – die technisch bedingte Frequenzknappheit einerseits sowie der enorme Finanzbedarf zum Betrieb eines Rundfunksenders andererseits – machen laut dem Gericht die „Sondersituation im Bereich des Rundfunkwesens“ aus, die im Rundfunk zwangsläufig zu einem natürlichen Monopol (oder zumindest: Oligopol) führt. Und eben daraus ergebe sich der Bedarf an „besondere[n] Vorkehrungen zur Verwirklichung und Aufrechterhaltung der in Art. 5 GG gewährleisteten Freiheit des Rundfunks“⁸. Diese Vorkehrungen müssten zunächst verhindern, dass der Rundfunk als „Instrument der Meinungsbildung [...] dem Staat [oder] einer gesellschaftlichen Gruppe ausgeliefert wird“⁹. Dazu gehört demnach, dass „alle in Betracht kommenden Kräfte in [den Rundfunk-]Organen Einfluß haben und im Gesamtprogramm zu Wort kommen können, und daß für den Inhalt des Gesamtprogramms Leitgrundsätze verbindlich sind, die ein Mindestmaß von inhaltlicher Ausgewogenheit, Sachlichkeit und gegenseitiger Achtung gewährleisten“¹⁰. Abschließend gibt das Gericht dem Gesetzgeber noch einen entsprechenden Regelungsauftrag auf den Weg, um diese „besonderen Vorkehrungen“ verbindlich zu machen: „Art. 5 GG fordert deshalb den Erlaß solcher Gesetze.“¹¹ Und es macht deutlich, dass die damalige Rundfunkgesetzgebung (Rundfunk ausschließlich durch binnenplurale Anstalten des öffentlichen Rechts) ein zulässiger Weg ist, aber nicht der einzige. Die Sondersituation des Rundfunks bleibt dabei stets Ausgangspunkt der geforderten „besonderen Vorkehrungen“.

II. Missbrauchsrisiko – zweite Rundfunkentscheidung

An diese Grundsätze des Medienverfassungsrechts knüpfte das Gericht zehn Jahre später an und formulierte sie weiter aus. Im zweiten Rundfunkurteil¹² führte es 1971 erneut die Eigenschaft des Rundfunks als eines „der mächtigsten Kommunikationsmittel und Massenmedien“¹³ ins Feld, beschrieb seine „integrierende Funktionen für das Staatsganze“¹⁴ und warnte, er dürfe aufgrund „der Gefahr des Mißbrauchs zum Zweck einseitiger Einflußnahme auf die öffentliche Meinung nicht dem freien Spiel der Kräfte überlassen werden“¹⁵. Die Argumentation für Regulierung

⁷ BVerfGE 12, 205 (261).

⁸ Ebd.

⁹ BVerfGE 12, 205 (262).

¹⁰ BVerfGE 12, 205 (262 f.).

¹¹ BVerfGE 12, 205 (263).

¹² BVerfGE 31, 314.

¹³ BVerfGE 31, 314 (325).

¹⁴ BVerfGE 31, 314 (329).

¹⁵ BVerfGE 31, 314 (325).

(„nicht dem freien Spiel der Kräfte überlassen“) knüpft damit unmittelbar an den besonderen Einfluss und die resultierende Gefahr des Massenmediums an. Außerdem wiederholt das Gericht seine Einschätzung, dass beim Rundfunk „eine dem Pressewesen entsprechende Vielfalt von miteinander konkurrierenden Darbietungen [aus technischen wie finanziellen Gründen] nicht möglich“¹⁶ sei – jedoch beinhaltet die entsprechende Argumentation mit einem „jedenfalls vorerst“¹⁷ bereits eine Vorahnung dessen, was der technische Fortschritt in diesem Zusammenhang an Veränderung bringen könnte.

Darüber hinaus befürchteten die Richter Geller und Dr. Rupp in ihrem Sondervotum zur Begründung des Urteils eine „Verkehrung des in Art. 5 GG enthaltenen Prinzips der Rundfunkfreiheit“, wenn die Programmgestaltung ohne explizite vielfaltsichernden Vorgaben allein in die Hände eines „souverän[en] oder selbst-herrlich[en]“ Rundfunkveranstalters gelegt würde – jedenfalls „[s]olang die Freiheit des Rundfunks [im Sinne von Vielfalt] nur durch eine bestimmte Binnenstruktur der Trägerorganisationen verwirklicht werden kann“¹⁸. Statt der Autonomie einzelner Rundfunkveranstalter seien es „die gesellschaftlich relevanten Kräfte und Gruppen [...], denen sich die Träger zu öffnen haben und denen sie zu dienen haben“¹⁹, so das Sondervotum. Rundfunkveranstalter selbst seien „nicht eigentlich ‚Herr‘ des Rundfunks und Fernsehens“, sondern „nur Instrument [...], mittels dessen die gesellschaftlich relevanten Kräfte und Gruppen die öffentliche Aufgabe erfüllen“²⁰.

III. Dienende Freiheit – dritte Rundfunkentscheidung

Es dauerte wiederum zehn weitere Jahre, bis das Bundesverfassungsgericht den im Sondervotum bereits angedeuteten „dienenden“ Aspekt der Rundfunkfreiheit argumentativ zur vollen Entfaltung brachte. Im dritten Rundfunkurteil²¹ hatte es 1981 über die Verfassungsmäßigkeit des geänderten Rundfunkgesetzes des Saarlands²² zu befinden, das als erstes seiner Art privaten Rundfunk unter bestimmten Bedingungen zuließ. Das saarländische Recht garantierte Vertreter*innen der Allgemeinheit bei privaten Rundfunkveranstalter*innen zwar in einem Beirat eine Stimme – jedoch

¹⁶ Ebd.

¹⁷ Ebd.

¹⁸ BVerfGE 31, 314 (340). Ähnlich bereits die Senatsmehrheit in BVerfGE 31, 314 (326).

¹⁹ BVerfGE 31, 314 (340).

²⁰ Ebd.

²¹ BVerfGE 57, 295.

²² Gesetz über die Veranstaltung von Rundfunksendungen im Saarland (GVRS).

beschränkt auf Hinweise, Erörterungen und Beratung und ohne effektiven Einfluss auf die Programmgestaltung.²³

Befürworter*innen dieser rundfunkrechtlichen Öffnung argumentierten in ihren Stellungnahmen, „mit dem Wegfall der ‚Sondersituation‘ eines Frequenzmangels“ sei „die weitere Aufrechterhaltung des Monopols der öffentlich-rechtlichen Anstalten verfassungsrechtlich nicht mehr haltbar“²⁴. Und auch wenn Sendefrequenzen noch nicht unbegrenzt zur Verfügung stünden, könne der Umgang mit dieser knappen Ressource schonender erfolgen „als durch fortgesetzte Suspendierung von Grundrechten“²⁵. Die binnendifferentiale Rundfunkstruktur gehöre ebenfalls „nicht zum unveränderlichen Bestand der Rundfunkfreiheit, sondern sei nur zeitbedingtes und situationsbedingtes Instrument zu ihrer Sicherung“²⁶.

Gegner des neuen saarländischen Rundfunkrechts hingegen bezweifelten nicht nur das Ende der technisch-bedingten Sondersituation,²⁷ sondern sahen in der Öffnung der Rundfunkfreiheit für Private einen Verstoß gegen die Regelungsverantwortung des Staates – und zwar „auch unabhängig von der ‚Sondersituation‘“²⁸. Vielmehr gebiete das institutionelle Element der Rundfunkfreiheit dem Staat, „einen Mißbrauch des Mediums durch – sei es auch nur teilweise – Überantwortung an staatliche, gesellschaftliche oder private Machtgruppen“²⁹ zu verhindern.

Das Bundesverfassungsgericht nutzte die Entscheidung, um den in der abweichenden Meinung zum zweiten Rundfunkurteil bereits angedeuteten „dienenden Charakter“ weiter auszuformulieren: „Der Rundfunk ist ‚Medium‘ und ‚Faktor‘ dieses verfassungsrechtlich geschützten Prozesses freier Meinungsbildung [...]. Demgemäß ist Rundfunkfreiheit primär eine der Freiheit der Meinungsbildung in ihren subjektiv- und objektivrechtlichen Elementen dienende Freiheit“³⁰.

Diese dienende Aufgabe jedoch sei nicht durch ein klassisches Abwehrrecht im Sinne eines sozusagen „bloß“ staatsfreien Rundfunks erfüllbar, sondern es bedürfe „dazu vielmehr einer positiven Ordnung, welche sicherstellt, daß die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk in möglichster Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet und [...] umfassende Information geboten wird. [...] Die damit erforderliche rechtliche Ausgestaltung unterliegt dem Vorbehalt des Gesetzes“³¹.

²³ Vergleiche § 46b des Gesetzes Nr. 806 über die Veranstaltung von Rundfunksendungen im Saarland (GVRS) vom 2. Dezember 1964 in der Fassung des Gesetzes Nr. 844 vom 7. Juni 1967 (Amtsbl. S. 478; Bekanntmachung der Neufassung des GVRS: Amtsbl. 1968, S. 558).

²⁴ BVerfGE 57, 295 (308).

²⁵ BVerfGE 57, 295 (309).

²⁶ Ebd.

²⁷ Siehe BVerfGE 57, 295 (310).

²⁸ BVerfGE 57, 295 (311).

²⁹ Ebd.

³⁰ BVerfGE 57, 295 (320).

³¹ Ebd.

Dass es sich bei einer solchen Ausgestaltung gerade nicht um eine Schranke im Sinne des Abs. 2 handelt, stellte das Gericht sogleich klar: „Die aus Art. 5 Abs. 1 GG folgende Aufgabe, Rundfunkfreiheit rechtlich auszustalten, berechtigt jedoch nicht zu einer Beschränkung des Grundrechts.“³² Somit etablierte das Bundesverfassungsgericht die Rundfunkfreiheit als „normgeprägtes“ Grundrecht.³³

Auf welche Weise der Gesetzgeber die dienende Freiheit auszustalten habe, dabei ließ ihm das Gericht weitgehende Freiheit: „Das Grundgesetz schreibt ihm keine bestimmte Form der Rundfunkorganisation vor; es kommt allein darauf an, daß freie, umfassende und wahrheitsgemäße Meinungsbildung im dargelegten Sinne gewährleistet ist, daß Beeinträchtigungen oder Fehlentwicklungen vermieden werden.“³⁴ Bemerkenswert ist dabei, dass sich das Gericht hier nicht Vielfalt als Zielvorgabe heranzog, sondern die Rundfunkfreiheit auf die gewissermaßen funktional hinter der Vielfalt liegende „Meinungsbildung im dargelegten Sinne“ ausrichtete und die abstrakte Vermeidung von „Beeinträchtigungen oder Fehlentwicklungen“ annahmte. Auch der folgende Satz, der Gesetzgeber habe „insbesondere Vorkehrungen zu treffen, die sicherstellen, daß der Rundfunk nicht einer oder einzelnen gesellschaftlichen Gruppen ausgeliefert wird“³⁵, macht deutlich: die Gefahr der medialen Macht einzelner Gruppen ist lediglich eine („insbesondere“) von vielen möglichen Gefahren, die Massenmedien bergen. Hinzu kommt, dass das Bundesverfassungsgericht den dienenden Charakter nicht exklusiv in der Rundfunkfreiheit, sondern in allen Medien- und Kommunikationsgrundrechten gleichermaßen verankerte: „Die Rundfunkfreiheit dient der gleichen Aufgabe wie alle Garantien des Art. 5 Abs. 1 GG: der Gewährleistung freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung“³⁶.

Darüber hinaus griff das Gericht in seiner Entscheidung eine Frage auf, die es bis dahin offen gelassen hatte: Wie verändern sich die verfassungsrechtlichen Vorgaben, „wenn die durch Knappheit der Sendefrequenzen und den hohen finanziellen Aufwand für die Veranstaltung von Rundfunkdarbietungen bedingte Sondersituation des Rundfunks im Zuge der modernen Entwicklung entfällt“³⁷? Die Antwort ist deutlich: Die „Notwendigkeit ausgestaltender gesetzlicher Regelung besteht auch dann“³⁸. Zwar könne die natürliche Beschränkung auf wenige Rundfunkträger, mithin die „Sondersituation“, aus Sicht der Richter*innen dazu führen, dass gesetzliche Regelungen „in weiterem Umfang“³⁹ nötig werden als im Falle eines Wettbewerbs diverser Rundfunkanbieter. An der Notwendigkeit einer gesetzlichen Gewährleis-

³² BVerfGE 57, 295 (321).

³³ Vergleiche die Formulierung bei *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 95.

³⁴ BVerfGE 57, 295 (321 f.).

³⁵ BVerfGE 57, 295 (322).

³⁶ BVerfGE 57, 295 (319).

³⁷ BVerfGE 57, 295 (322).

³⁸ Ebd.

³⁹ Ebd.

tung der Rundfunkfreiheit ändere dies jedoch nichts. Denn es möge zwar „manches dafür sprechen, daß sich dann eine begrenzte Vielfalt einstellen werde, wie sie heute etwa im Bereich der überregionalen Tageszeitungen besteht. Doch handelt es sich dabei nur um eine Möglichkeit.“⁴⁰ Aufgrund einer solchen bloßen Vermutungslage die Rundfunkfreiheit nun dem freien Spiel der Kräfte zu überlassen, würde „dem verfassungsrechtlichen Gebot, die Freiheit des Rundfunks zu gewährleisten, nicht gerecht werden [...]; dies um so weniger, als einmal eingetretene Fehlentwicklungen – wenn überhaupt – nur bedingt und nur unter erheblichen Schwierigkeiten rückgängig gemacht werden könnten“⁴¹. Die verfassungsrechtliche Regulierungspflicht beim Rundfunk ergibt sich somit im Sinne des Bundesverfassungsgerichts weniger als Reaktion auf eine konkrete Gefahr als vielmehr aus einer präventiven Risikoabschätzung und der – nicht zuletzt historischen – Erkenntnis, dass die Entscheidung zwischen verschiedenen Regulierungsoptionen im Bereich der Medien schnell in eine gefährliche Pfadabhängigkeit münden kann.

IV. Evolution der Sonderdogmatik – folgende Entscheidungen

Mit seinen ersten drei Rundfunkentscheidungen hatte das Verfassungsgericht damit die drei grundlegenden Elemente der Sonderdogmatik der Rundfunkfreiheit etabliert. Diese entwickelte es in den folgenden Entscheidungen weiter und passte sie nicht zuletzt der technischen Entwicklung an.

Zum einen ging das Gericht genauer darauf ein, was das Modell einer dienenden Freiheit aus seiner Sicht für die Balance zwischen subjektivrechtlichem und objektivrechtlichem Charakter der Rundfunkfreiheit bedeutet. So stellte es in seiner *siebten Rundfunkentscheidung* heraus: „Im Unterschied zu anderen Freiheitsrechten des Grundgesetzes handelt es sich bei der Rundfunkfreiheit [...] nicht um ein Grundrecht, das seinem Träger zum Zweck der Persönlichkeitsentfaltung oder Interessenverfolgung eingeräumt ist.“⁴² Damit war die Rundfunkfreiheit in aller Deutlichkeit zu einer bloß bedingten Freiheit geworden – mit jener Bedingung nämlich, dass ihr*e Träger*in diese Freiheit zugunsten der öffentlichen Meinungsbildung nutzen muss.

Noch dazu ermöglichte die technische Entwicklung eine größere Zahl verschiedener – auch privater – Rundfunkveranstalter und bot somit erst die tatsächlichen Bedingungen für eine „echte“ Nutzung der Rundfunkfreiheit. Damit geriet vor allem die durch das Gericht behauptete „Sondersituation“ des Rundfunks unter

⁴⁰ BVerfGE 57, 295 (322 f.).

⁴¹ BVerfGE 57, 295 (323).

⁴² BVerfGE 87, 181 (197). Zwar verwies das Gericht dabei auf seine „st. Rspr.“, diese jedoch hatte bis dahin zwar den dienenden Charakter der Rundfunkfreiheit etabliert, eine mögliche parallele Bedeutung als funktionsfreies, subjektives Abwehrrecht hingegen zumindest in der Schwebe gelassen.

Druck, die auf dem einst technisch bedingten öffentlich-rechtlichen Rundfunkmonopol fußte, wie auch das Bundesverfassungsgericht in seiner vierten Rundfunkentscheidung⁴³ – zumindest begrenzt – anerkennen musste: „Diese Situation ist in neuerer Zeit nicht entfallen; sie hat sich jedoch verändert.“⁴⁴ Zwar seien die Privatsender in ihrer Programmgestaltung wirtschaftlichen Zwängen ausgesetzt, die das Gericht an ihrer inhaltlichen Vielfalt zweifeln ließen,⁴⁵ allerdings sei dieser mangelnde Vielfaltanspruch aufgrund der weiterhin bestehenden öffentlichrechtlichen Sender zumindest hinnehmbar.⁴⁶

Und auch wenn die *technische* Sondersituation sich nicht mehr als Argument für eine besondere Regulierung des Mediums eignete, leitete das Gericht eine Sonderrolle des Rundfunks stattdessen aus seiner (angeblichen) besonderen Meinungsmacht ab. Bereits im zweiten Rundfunkurteil hatte das Gericht 1971 die „weitreichenden Wirkungen und Möglichkeiten“⁴⁷ des Rundfunks angedeutet – 1994 destillierte es hieraus neue Aspekte für dessen Sonderrolle: „Unter den Medien kommt dem Rundfunk wegen seiner Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft besondere Bedeutung zu.“⁴⁸ Was genau unter diesen drei Begriffen zu verstehen sei, ließ das Gericht zunächst offen,⁴⁹ griff in den folgenden Urteilen aber immer wieder auf diesen Dreiklang zurück, um auf den besonderen Einfluss und die damit verbundene Gefahr des Rundfunks für die freie Meinungsbildung hinzuweisen.⁵⁰

Diese hervorgehobene Bedeutung des Rundfunks ergibt dem Bundesverfassungsgericht zufolge das mögliche Bedrohungsszenario in Form einer einseitigen Einflussnahme auf die öffentliche Meinungsbildung. Aus diesem Risiko folgt demnach, auch Jahrzehnte nach dem Ende des technisch bedingten Rundfunkmonopols, ein besonderer Regulierungsbedarf des Mediums. Dies umso mehr, da „einmal eingetretene Fehlentwicklungen sich – wenn überhaupt – nur bedingt und nur unter erheblichen Schwierigkeiten rückgängig machen lassen“⁵¹; ein Textbau-

⁴³ BVerfGE 73, 118.

⁴⁴ BVerfGE 73, 118 (121).

⁴⁵ „Unabhängig davon kann von privatem Rundfunk kein in seinem Inhalt breit angelegtes Angebot erwartet werden, weil die Anbieter zur Finanzierung ihrer Tätigkeit nahezu ausschließlich auf Einnahmen aus Wirtschaftswerbung angewiesen sind.“ (BVerfGE 73, 118 (155)).

⁴⁶ „Solange und soweit jedoch die Wahrnehmung der genannten Aufgaben jedenfalls durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk wirksam sichergestellt ist, erscheint es gerechtfertigt, an die Breite des Programmangebots und die Sicherung gleichgewichtiger Vielfalt im privaten Rundfunk nicht gleich hohe Anforderungen zu stellen wie im öffentlichrechtlichen Rundfunk.“ (BVerfGE 73, 118 (158 f.)).

⁴⁷ BVerfGE 31, 314 (325).

⁴⁸ BVerfGE 90, 60 (87).

⁴⁹ Eine (begrenzte) Präzisierung erfolgte erst in späteren Urteilen, siehe unten, S. 195.

⁵⁰ So etwa BVerfGE 103, 44 (74); 114, 371 (387); 119, 181 (215); 136, 9 (28).

⁵¹ BVerfGE 119, 181 (217).

stein, der seit dem dritten Rundfunkurteil immer wieder in der Verfassungsrechtsprechung zu Rundfunkfragen Verwendung fand.⁵²

V. Bedeutung der Sonderdogmatik im Kontext des Medienverfassungsrechts

Im Überblick der Rundfunkentscheidungen lässt sich gut erkennen, wie das Bundesverfassungsgericht die Sonderrolle des Mediums Rundfunk in erster Linie aus der Gefahr des Mediums für die freie öffentliche Meinungsbildung entwickelte – auch wenn sich der Ursprung dieser Gefahr mit den Jahren aus Sicht der Richter*innen verändert hat: War es zunächst die durch Frequenzknappheit und Finanzaufwand bedingte Konzentrationstendenz des Rundfunks, erschien dem Gericht nach Wegfall dieser technischen Grenzen ein auf den Massengeschmack ausgerichtetes Privatprogramm als Risiko für eine vielfältige Meinungsbildung. Später dann nannte es zusätzlich den besonderen Einfluss des Mediums durch seine Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft als potenzielles Risiko.

Die Kernelemente dieser Gefahr gelten so zwar nicht nur für den Rundfunk, sondern auch, wie dargelegt, für Medien insgesamt; sie sind gar Teil der durch das Grundgesetz vorausgesetzten Funktion der Medien im öffentlichen Diskurs.⁵³ Bemerkenswert ist daher, dass das Bundesverfassungsgericht dennoch in seiner Erarbeitung der dienenden Rundfunkfreiheit nur für dieses eine Medium einen umfangreichen Präventionsauftrag an den Gesetzgeber abgeleitet hat, Gefahren für die freie öffentliche und individuelle Meinungsbildung abzuwehren.

Dabei bezieht sich das Gericht auf die Kombination aus zwei Elementen: einerseits auf eine wahlweise geartete Besonderheit des Rundfunks, sei es aus technischer Hinsicht oder mit Blick auf seinen vermeintlichen Einfluss auf die Meinungsbildung; andererseits auf die mit der medialen Entwicklung verbundene Unsicherheit und die Befürchtung unumkehrbarer Fehlentwicklungen. Aus dieser Kombination leitet es nicht nur eine bedingte Freiheit ab, sondern zugleich auch eine Pflicht des Gesetzgebers, eine „positive Ordnung“ zu schaffen, die das Medium Rundfunk (beziehungsweise den Gebrauch der entsprechenden Freiheit) in die gewünschten Bahnen lenkt. Hierauf soll im folgenden näher eingegangen werden.

So ist die Frage zu beantworten, ob es sich bei den „Besonderheiten“ des Rundfunks und der möglichen Fehlentwicklungen tatsächlich um Phänomene handelt, die exklusiv einem einzelnen Medium zuzuschreiben sind, oder ob es sich nicht stattdessen um eine Risikokombination handelt, die unter bestimmten Umständen bei allen Medien auftreten kann.⁵⁴ Zudem soll das folgende Kapitel zeigen, dass

⁵² Siehe BVerfGE 57, 295 (323); 73, 118 (160); 95, 163 (173); 121, 30 (52).

⁵³ Siehe hierzu ausführlich oben unter Teil 2 B. ff., S. 50 ff.

⁵⁴ Hierzu unter Teil 3 C., S. 175 ff.

zumindest eine der aus der Risikokombination entwickelten Konsequenzen – die Existenz einer „dienenden“ Freiheit – mit dem Verfassungsrecht schwerlich in Einklang zu bringen ist.⁵⁵

B. Kritik des Dienens

Wie soeben dargelegt, hat das Bundesverfassungsgericht die Freiheit des Rundfunks mit seiner Sonderdogmatik ganz in den Dienst der Meinungsbildung gestellt und ist auf diese Weise mit großen Schritten aus der üblichen Grundrechtsdogmatik ausgeschert. Eine solche Abkehr von Freiheitsrechten, die ihren Träger*innen „zum Zweck der Persönlichkeitsentfaltung oder Interessenverfolgung eingeräumt“⁵⁶ sind, ist alles andere als eine Selbstverständlichkeit. Unabhängig davon, dass die mediale Funktionslogik des (in diesem Falle) Rundfunks die Meinungsbildung, wie dargestellt, vor besondere Herausforderungen stellt:⁵⁷ Darauf mit einer eigenen Sonderdogmatik zu reagieren, erfordert eine gute argumentative Begründung, die in der Literatur nicht nur auf Unterstützer*innen⁵⁸ gestoßen ist.

⁵⁵ Siehe folgend Teil 3 B., S. 144 ff.

⁵⁶ BVerfGE 87, 181 (197).

⁵⁷ Siehe hierzu umfassend oben unter Teil 2 D. II., S. 85 ff.

⁵⁸ Die Uneinigkeit über den Charakter der Rundfunkfreiheit gehört inzwischen bereits zu den „klassischen“ (und noch immer andauernden) dogmatischen Streits der Rechtswissenschaft. So befürworten das Konzept einer dienenden Rundfunkfreiheit etwa *Dörr*, Die regulatorische Relevanz der Organisation massenhafter Individualkommunikation (2019), S. 14 ff.; *Hamacher*, Der Rundfunkbegriff im Wandel des deutschen und europäischen Rechts (2015), S. 32 ff.; *Krausnick*, Das deutsche Rundfunksystem unter dem Einfluss des Europarechts (2005), S. 25 ff.; *Ricker/Schiwy*, Rundfunkverfassungsrecht (1997), B. Rn. 85 ff., insb. Rn. 133 ff.; *Gersdorf*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für den grenzüberschreitenden privaten Rundfunk (1993), 31 ff. m. w. N. *Wieland*, Die Freiheit des Rundfunks (1984), S. 93 ff., 138 ff.; *Hoffmann-Riem*, Rundfunkfreiheit durch Rundfunkorganisation (1979), S. 16 f.; *Starck*, Rundfunkfreiheit als Organisationsproblem (1973), S. 14 f.; *Dörr/Deicke*, Positive Vielfaltsicherung (2015), S. 90 f.; *Eifert*, Die Rundfunkfreiheit (2015), S. 359 f.; *Korte*, Die dienende Funktion der Rundfunkfreiheit in Zeiten medialer Konvergenz (2014), S. 386, 393 f., 399 ff., 418; *Trute/Broemel*, Der Verbreitungsauftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten. Einspeisung und Vergütung von Programmen mit MustCarry-Status in Kabelnetzen (2012), S. 7 ff.; *Huber*, Das bayerische Rundfunkmodell im Lichte seiner verfassungs- und unionsrechtlichen Rahmenbedingungen (2004), S. 613; *Kübler*, Legitimationsfragen der Medienregulierung (2002), S. 277; *Schoch*, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung (1998), S. 193; *Ruck*, Zur Unterscheidung von Ausgestaltungs- und Schrankengesetzen (1992), S. 545; *Böckenförde/Wieland*, Die „Rundfunkfreiheit“ – ein Grundrecht? (1982), S. 78 ff., 82; *Schmidt*, Rundfunkfreiheit und Rundfunkgewährleistung (1980), S. 132 ff.; *Badura*, Verfassungsrechtliche Bindungen der Rundfunkgesetzgebung (1980), S. 22 ff.; *Bethge*, in: *Sachs*, GG, Art. 5 Rn. 93 ff.; *Clemens*, in: *Grundgesetz*, Art. 5 Rn. 93; *Kaiser*, in: *Dreier*, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 100 ff.; *Hoffmann-Riem*, in: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 156 f.; unklar *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 5 Rn. 44, 55 ff.; implizit wohl auch *Fechner*, Medienrecht (2021), 10. Kapitel Rn. 29 ff.; *Dörr/Schwartzmann*, Medienrecht (2019),

Vielmehr hat die dienende, funktionale Auslegung – manche würden sogar sagen: *Funktionalisierung*⁵⁹ – der Rundfunkfreiheit auch umfassende Kritik⁶⁰ erfahren.

Diese argumentative Auseinandersetzung gilt es, auf den folgenden Seiten nachzuvollziehen und kritisch zu hinterfragen. Dabei sollen zunächst⁶¹ anhand einer sorgfältigen Auslegung des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG Argumente für eine entsprechende Besonderheit der Rundfunkfreiheit erarbeitet werden. Im Anschluss daran⁶² wird die grundsätzliche Frage zu stellen sein, inwiefern eine derart funktionale Interpretation mit der Grundrechtsdogmatik unserer Verfassung insgesamt in Einklang zu bringen ist.

I. Auslegung der Rundfunkfreiheit

Wer nach rechtswissenschaftlichen Argumenten für die Interpretation einer Norm sucht, findet in der Auslegung derselben in der Regel einen guten Ausgangspunkt. Aus diesem Anlass seien auf den folgenden Seiten der Wortlaut, die Systematik, die Entstehungsgeschichte sowie der Telos der Rundfunkfreiheit unter die Lupe genommen.

S. 77. Erste Stimmen erweitern gar die dienende Komponente explizit auf neue, digitale Medien und sprechen von einer „[d]ienende[n] soziale[n] Medienfreiheit“, siehe etwa Wagner, Kommunikation in sozialen Medien und Grundrechte (2022), S. 866 f.

⁵⁹ In präziser Auseinandersetzung mit den Begriffen weist Flitsch überzeugend auf den Unterschied hin, der zwischen Auslegung der Grundrechtsfunktion(en) (Bezugspunkt: in den Grundrechten bereits angelegte Aufgaben und Funktionen) *einerseits* sowie der Funktionalisierung der Grundrechte (i. S. v. nachträglicher Funktionszuweisung) *andererseits* besteht (s. Flitsch, Die Funktionalisierung der Kommunikationsgrundrechte (1998), S. 30 ff.).

⁶⁰ Kritisch etwa Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 240 ff.; Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte (2005), S. 76 f.; Hain, Rundfunkfreiheit und Rundfunkordnung (1993), S. 42 f.; Scheuner, Das Grundrecht der Rundfunkfreiheit (1982), S. 16 ff., 22 ff.; Bullinger, Von presseferner zu pressenaher Rundfunkfreiheit (2018), S. 1140 ff.; Hain, Ist die Etablierung einer Internetdienstefreiheit sinnvoll? (2012), S. 102 f.; Hain, Rundfunkfreiheit als dienende Freiheit? (2011), passim; Hain, Rundfunkfreiheit als „dienende Freiheit“ – ein Relikt? (2008), passim; Bullinger, Private Rundfunkfreiheit auf dem Weg zur Pressefreiheit (2007), S. 337 ff.; Bullinger, Das teilweise Zusammenwachsen von Presse und Rundfunk und ihren Freiheiten (2007), S. 408 f.; Engel, Rundfunk in Freiheit (1994), S. 186 ff.; Fink, Wem dient die Rundfunkfreiheit? (1992), S. 806 ff.; Starck/Paulus, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, Art. 5 Abs. 1 Rn. 189 ff., der zumindest subjektive und objektive Schwerpunkte legt; Wendt, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 5 Rn. 95; Degenhart, in: BK GG, Art. 5 Abs. 1 und 2 (2017) Rn. 304 ff.

⁶¹ Siehe folgend Teil 3 B. I., S. 145 ff.

⁶² Siehe hierzu unten unter Teil 3 B. II., S. 162 ff.

1. Wortlaut

Den Ausgangspunkt der Auslegung bildet der Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG. Dort ist vom „Dienen“ zwar nicht unmittelbar die Rede, doch bietet er aus Sicht der Befürworter*innen zwei Indizien für die Sonderdogmatik: (1) der Bezug auf die „Berichterstattung durch“ und nicht bloß auf „den Rundfunk“ sowie (2) die im Passiv verfasste, nicht an eine Person gebundene Formulierung des Gewährleistet-werdens.⁶³ Gerade Art. 5 GG jedoch, „dessen Wortfassung sich durch eine kaum zu übertreffende lapidare Bündigkeit auszeichnet“⁶⁴, hat in der Interpretation seines Wortlauts zu besonderer juristischer Kreativität angeregt.⁶⁵ Auf den folgenden Seiten sollen daher die an den Wortlaut gebundenen Argumente für eine dienende Freiheit vorgestellt und auf ihre Stichhaltigkeit untersucht werden.

a) „Berichterstattung durch“

Der deutlichste Bruch im Wortlaut der in Art. 5 Abs. 2 S. 2 GG genannten Medientypen liegt wohl darin, dass nicht – analog zur „Pressefreiheit“ – von der „Rundfunkfreiheit“ gesprochen wird, sondern von der „Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk“. Dies verleitet einige Vertreter*innen der Literatur zu der These, diese Unterschiede im Wortlaut müssten auch Unterschiede in der Dogmatik zur Folge haben.⁶⁶ Denn wer in diesem Unterschied nicht Anlass für eine unterschiedliche Interpretation der Freiheiten des Satzes Zwei sehe, „nimmt die Verfassung nicht genügend ernst“⁶⁷.

Die explizite Erwähnung der Berichterstattung bedeutet dieser Ansicht nach implizit, dass es daneben weitere Aspekte des Rundfunks geben müsse, die eben nicht von der im Grundgesetz genannten Freiheit umfasst seien.⁶⁸ Das werde schon durch die übliche Bedeutung des Begriffes „Berichterstattung“ deutlich. Denn so

⁶³ Auch ohne detaillierte Auseinandersetzung mit den Formulierungen des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG gehen einige Stimmen der Literatur von einer im Wortlaut enthaltenen dienenden Funktion der Rundfunkfreiheit aus. So etwa *Stettner*, Rundfunkstruktur im Wandel (1988), S. 4.

⁶⁴ *Bethge*, in: *Sachs*, GG, Art. 5 Rn. 14.

⁶⁵ So werden „elf der ca. sechszig in Art. 5 GG verwendeten Begriffe [...] herkömmlich ignoriert oder entgegen dem allgemeinen Sprachverständnis ausgelegt“, wie *Determann*, Kommunikationsfreiheit im Internet (1999), S. 420 schreibt.

⁶⁶ Zur hier vertretenen, grundsätzlichen Nicht-Unterscheidung einzelner Medientypen des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG auf Schutzbereichsebene siehe oben, Teil 2 E. II., S. 95 ff.

⁶⁷ *Wieland*, Die Freiheit des Rundfunks (1984), S. 81.

⁶⁸ Als mögliche Beispiele nennt Wieland die „Freiheit der Veranstaltung von Rundfunk und die Freiheit der Gründung von Rundfunkunternehmen, aber auch die Freiheit des Zugangs zu bestehenden (öffentlichrechtlichen) Rundfunkunternehmen“ (*Wieland*, Die Freiheit des Rundfunks, S. 81). Ähnlich auch *Böckenförde/Wieland*, Die „Rundfunkfreiheit“ – ein Grundrecht? (1982), S. 78; *Brugger*, Rundfunkfreiheit und Verfassungsinterpretation (1991), S. 6 f.

schwierig die Trennung von Informationsvermittlung, Kommentaren sowie fiktiven und unterhaltenden Inhalten auch sein möge: „[W]eder die Umgangssprache noch die juristische Fachsprache bezeichnen die Ausstrahlung eines Musikstückes, eines Gedichtvortrags oder der Lesung eines Buches als Berichterstattung“⁶⁹. Unter Rückgriff auf Jarass⁷⁰ beschreibt Wieland stattdessen die Informationsvermittlung und Quellenorientierung als Zentrum des Begriffs „Berichterstattung“. Im Sinne dieser Argumentation spricht die Variante im Wortlaut gegen eine in Satz 2 enthaltene, umfassend-subjektive Rundfunkveranstalterfreiheit. Gleichzeitig deutet der Berichterstattungs-Bezug eine Ausrichtung der Rundfunkfreiheit auf die Ermöglichung öffentlicher Meinungsbildung durch Informationsvermittlung an. So wirkt vor diesem Hintergrund eine Erwähnung der Rundfunkfreiheit ohne ihren „Berichterstattung“-Zusatz geradezu als Ungenauigkeit und unzulässige Erweiterung.⁷¹

Gegen diese Deutung des Berichterstattungs-Begriffs wenden sich andere Stimmen der Literatur.⁷² So vermutet etwa Determann, die Wortlaut-Kombination aus „Pressefreiheit“ und „Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk“ sei schlicht darauf zurückzuführen, dass 1949 zwar Pressefreiheit ein etablierter Begriff gewesen sei, „Rundfunkfreiheit“ hingegen (noch) nicht.

Zwar liege begrifflich eine Eingrenzung auf die Informationsvermittlung nahe. Jedoch seien die Grenzen etwa zwischen Reportagen, Unterhaltungssendungen mit informativem Bezug, Konzerten und fiktiven Fernsehspielen fließend. Entsprechend macht auch das BVerfG deutlich: „Trotz der engeren Fassung des Wortlauts („Berichterstattung“) unterscheidet sich die Rundfunkfreiheit wesensmäßig nicht von der Pressefreiheit; sie gilt in gleicher Weise für rein berichtende Sendungen wie für Sendungen anderer Art.“⁷³ Insofern wäre eine klare Trennung zwischen Rundfunkinhalten von verschiedenen Informationsgraden nicht nur praktisch schwierig bis unmöglich – es widersprüche schlicht der Idee des Rundfunks als Bezeichnung eines

⁶⁹ Wieland, Die Freiheit des Rundfunks (1984), S. 82.

⁷⁰ Siehe Jarass, Die Freiheit der Massenmedien (1978), S. 156 f., ebenfalls mit umfassender Analyse des Wortlauts und w.N.

⁷¹ Böckenförde/Wieland zufolge handelt es sich bei der verkürzenden Bezeichnung „Rundfunkfreiheit“ um „mehr als eine bloße sprachliche Verkürzung“ (Böckenförde/Wieland, Die „Rundfunkfreiheit“ – ein Grundrecht?, S. 78). Auch Stock erblickt im begrifflichen Zusatz der „Berichterstattung durch“ eine „funktionelle Erläuterung“ der Rundfunkfreiheit: Zwischen Presse und Rundfunk in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG verlaufe eine „typologische Grenzlinie zwischen Jedermanns- und Funktionsgrundrechten“ (Stock, Medienfreiheit als Funktionsgrundrecht (1985), S. 211).

⁷² Siehe insbesondere Hain, Rundfunkfreiheit und Rundfunkordnung (1993), S. 34 sowie die Darstellung bei Davis, Die „dienende“ Rundfunkfreiheit im Zeitalter der sozialen Vernetzung (2019), S. 93 f. m. w.N.

⁷³ BVerfGE 35, 202 (222); st. Rspr. Befürworter*innen einer funktionalen Interpretation argumentieren hingegen, ein Gleichlauf der beiden Freiheiten setze einen ausführlicheren Nachweis voraus, dass „trotz dieser erheblichen Unterschiede beider Medien das Grundgesetz ihre Gleichbehandlung vorsieht“ (Böckenförde/Wieland, Die „Rundfunkfreiheit“ – ein Grundrecht? (1982), S. 78).

Mediums, „unter Berufung auf den Formulierungsbestandteil ‚Berichterstattung‘ nur bestimmte Teile des Programms als durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützt anzusehen“⁷⁴.

Eine weniger radikale Position nimmt Wolf ein, der zwar ebenfalls eine Bedeutung der unterschiedlichen Formulierungen zwischen Presse und Rundfunk anerkennt, jedoch eine objektive Funktionalisierung des Grundrechts unter Einschränkung der Freiheit ablehnt. Seiner Ansicht nach spielt die Erwähnung der „Berichterstattung“ nicht auf die Unterscheidung verschiedener publizistischer Medientätigkeiten an, sondern meint vielmehr die geteilte Gesetzgebungs Zuständigkeit im Rundfunk zwischen Bund und Ländern: „Art. 5 I 2 enthält für Rundfunk und Film eine Trennung von publizistisch-programmatischem und übertragungs technischem Bereich, wobei letzterer durch die Beschränkung auf die Freiheit der Berichterstattung von eben diesem publizistisch-kommunikativ zu verstehenden Bereich der Berichterstattung ausgeklammert wird.“⁷⁵

Im Gegensatz zur Presse, bei der zwischen publizistischer Aussage und ihrer Verbreitung eine technisch bedingte Einheit bestehe, sei die Rundfunkkommunikation in ihrer rein technischen Dimension, also jenseits des Programms, besonders regelungsbedürftig.⁷⁶ Diese technische Regelungsbedürftigkeit sei aber gerade *keine* Frage des Mediengrundrechts in Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG. Oder, um es mit den Worten des BVerfG zu sagen: „Rundfunkfreiheit ist in ihrer hier zunächst wesentlichen Bedeutung Programmfreiheit“⁷⁷. Nichts anderes soll Wolf zufolge der Wortlaut Verweis auf Berichterstattung ausdrücken: Darin sei die genannte Programmfreiheit verankert, während der übertragungstechnische Bereich aus Perspektive des Mediengrundrechts demnach in den Hintergrund rückt.

Diese Interpretation des „Berichterstattungs“-Wortlauts erweist sich als überzeugender Ansatz, da sie einerseits die gemeinsame, publizistische Dimension der

⁷⁴ Hain, Rundfunkfreiheit und Rundfunkordnung (1993), S. 34, auch unter Verweis auf die Entstehungsgeschichte im Parlamentarischen Rat. Schmidt hingegen grenzt Berichterstattung von Werbung ab, die er nicht von der Rundfunkfreiheit erfasst sieht: Bei der Rundfunkfreiheit gehe es um jenen „Prozeß der öffentlichen, über das Medium Rundfunk in Gang gesetzten und gehaltenen Meinungsbildung“ (Schmidt, Die Rundfunkgewährleistung (1980), S. 84, ähnlich S. 136). Allerdings steht dieser Ausgrenzung der Werbung aus der Rundfunkfreiheit nicht nur ein Großteil der heutigen Literatur entgegen, sondern auch das Bundesverfassungsgericht, siehe statt vieler Starck/Paulus, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, Art. 5 Rn. 185; Kaiser, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 99 m. w. N. sowie etwa BVerfGE 74, 297 (341 f.); 83, 238 (310 f.).

⁷⁵ Wolf, Medienfreiheit und Medienunternehmen (1985), S. 286.

⁷⁶ Siehe Wolf, Medienfreiheit und Medienunternehmen (1985), S. 287. Zur Trennung von Rundfunkveranstaltung und Betrieb der sendetechnischen Anlagen siehe ebenfalls bereits die erste Rundfunkentscheidung (BVerfGE 12, 205 (263)).

⁷⁷ Ursprünglich BVerfGE 59, 231 (258); insbesondere auch BVerfGE 97, 298 (312); st. Rsp. Zur Unterscheidung zwischen „funk- und insbesondere sendetechnische[n] Fragen [sowie der] Veranstaltung von Rundfunksendungen“ siehe BVerfGE 12, 205 (230). Siehe auch Kaiser, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 98 m. w. N.

drei in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG genannten Medien anerkennt und andererseits die (einstige) organisatorischtechnische Besonderheit im Sinne der besonderen Unterscheidung zwischen Programm und Sendetechnik aufgreift. Dass sich diese ursprüngliche, technische Sonderrolle des Rundfunks (Stichwort: Frequenzknappheit) mit den Jahren gewandelt hat, spricht insofern nicht gegen die genannte Interpretation. Vielmehr stellt der Berichterstattungs-Begriff auch im Digitalzeitalter einen historischen, aber zeitlosen Hinweis darauf dar, dass die grundrechtliche Relevanz der Medien unabhängig von der Art ihrer Verbreitungsinfrastruktur bestehen kann.

b) „Freiheit wird gewährleistet“

Zweiter Anhaltspunkt für den dienenden Charakter der Rundfunkfreiheit ist für einzelne Vertreter*innen dieser Ansicht der Verzicht auf jeglichen Individualbezug im Wortlaut. Die meisten anderen Grundrechtsformulierungen weisen einen solchen Bezug auf, etwa „Alle Menschen“⁷⁸, „Jeder hat das Recht“⁷⁹ und „Alle Deutschen haben das Recht“⁸⁰. Hingegen heißt es in Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG: „Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet.“ Hierbei erfolgt keine Bezugnahme auf den einzelnen Menschen oder Menschen insgesamt, sondern vielmehr auf die Freiheit selbst – für Wieland ein deutliches Zeichen: „Sprache und Grammatik des Satzes stellen klar, daß das Grundgesetz nicht dem einzelnen Bürger ein subjektives Individualgrundrecht einräumt, sondern objektivrechtlich einen Zustand der Berichterstattung durch Rundfunk schützt.“⁸¹

Diese Argumentation geht jedoch aus mehreren Gründen fehl, wie Hain⁸² im Detail belegt: Zunächst ist dieser passive Ausdruck kein Alleinstellungsmerkmal der Rundfunkfreiheit, sondern bezieht sich bereits in Art. 5 Abs. 1 GG gleichermaßen auch auf die Freiheit von Presse und Film. Jedoch zweifeln auch die Verfechter*innen einer primär objektiven Gewährleistung der Rundfunkfreiheit – zu Recht – nicht an der individualrechtlichen Dimension etwa der Pressefreiheit.

Hinzu kommt, dass ähnliche, unpersönliche Formulierungen sich in weiteren Grundrechtsnormen finden,⁸³ deren subjektivrechtlicher Charakter hingegen nicht in

⁷⁸ Art. 3 Abs. 1 GG.

⁷⁹ Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 S. 1; Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG.

⁸⁰ Art. 8 Abs. 1; Art. 9 Abs. 1; Art. 5 Abs. 1 S. 1; Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG.

⁸¹ Wieland, Die Freiheit des Rundfunks (1984), S. 94. Ähnlich bereits Die „Rundfunkfreiheit“ – ein Grundrecht?, S. 78. Auch Badura argumentiert, eine solche „In-Schutz-Nahme eines bestimmten Sozialbereichs“ sei eine objektive Gewährleistung und erst nachrangig (wenn überhaupt) ein Individualgrundrecht, siehe Badura, Verfassungsrechtliche Bindungen der Rundfunkgesetzgebung (1980), S. 22, 25, 30, 52 ff.

⁸² Siehe Rundfunkfreiheit und Rundfunkordnung, S. 31 ff.

⁸³ So etwa für die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG).

Frage steht. Daher kann „allein aus der abstrakten Fassung einer Norm nicht auf das Fehlen der Eigenschaft, ein Recht zu sein, geschlossen werden“⁸⁴.

Als weiteres Wortlaut-Indiz wird, oft in Kombination mit der soeben dargestellten, passiven Formulierung, das Verb „gewährleistet“ genannt, das auf einen Vorgang „Gewähr zu leisten“ verweist. Im Kontrast zu einer Freiheit, die gewährleistet ist – die also einen Zustand des Gewährleistet-Seins beschreibt –, gehe es bei der Rundfunkfreiheit um einen Gewährleistungsprozess. Im Kontrast zu den übrigen, individualrechtlich interpretierten und damit bereits im Ursprung auf die jeweilige Träger*in der Freiheit fokussierten Freiheiten müsse für die Gewährleistung der Rundfunkfreiheit erst jemand sorgen, und dieser jemand sei der Staat.⁸⁵

Hiergegen wendet sich wiederum überzeugend Starck: Dass die Rundfunkfreiheit gewährleistet werde, bedeute nicht, dass diese Gewährleistung der *Ursprung* der Freiheit sei, sondern dass alle staatlichen Organe durch sie gebunden seien und sie zu achten hätten.⁸⁶ Auch Hain ist nicht von einer Sonderstellung der Freiheit durch das Wort „gewährleistet“ überzeugt: Wolle das Grundgesetz die Gewährleistung dem Gesetzgeber überantworten, müsse die Formulierung nicht „wird gewährleistet“ lauten, sondern vielmehr, als deutlicherer Auftrag, „ist zu gewährleisten“.⁸⁷ Jedoch, wider Hains Argument: Die Formulierung „ist zu gewährleisten“ findet sich im gesamten Grundrechtsteil nicht. Vielmehr weist ein Vergleich mit der Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG in eine andere Richtung. Die dortige Formulierung lautet nämlich, im Kontrast zum „gewährleistet werden“: Die Koalitionsfreiheit „ist [...] gewährleistet“. Damit ergeben sich, zumindest aus dem direkten Wortlaut-Vergleich mit anderen Grundrechten, die folgenden zwei Gewährleistungsmöglichkeiten: Entweder eine Freiheit „ist“ gewährleistet, wie die Koalitionsfreiheit, oder sie „wird“ gewährleistet, wie etwa die Rundfunkfreiheit⁸⁸. Auf diese Weise erscheint der Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG wiederum eher als Hinweis auf

⁸⁴ Hain, Rundfunkfreiheit und Rundfunkordnung (1993), S. 33. Ähnlich argumentiert Davis, Die „dienende“ Rundfunkfreiheit im Zeitalter der sozialen Vernetzung (2019), S. 93 f., wählt allerdings primär den Vergleich mit der Filmfreiheit. Dass diese im Wortlaut gleich verfasst ist, aber nicht über eine ähnlich umfangreiche Dogmatik wie die Rundfunkfreiheit verfügt, liegt allerdings gegebenenfalls weniger an einer ungewöhnlichen Interpretation der Rundfunkfreiheit als schlicht an der im Vergleich verschwindend geringen Beschäftigung von Rechtsprechung und Literatur mit der Filmfreiheit.

⁸⁵ „Indem das Grundgesetz so dem Staat die Sorge für den Rundfunk überträgt, formuliert es eine objektivrechtliche Verpflichtung der Staatsgewalt, nicht ein subjektives Individualgrundrecht des Bürgers“ (Wieland, Die Freiheit des Rundfunks (1984), S. 94). Ähnlich etwa Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten (2002), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 156; Stettner, Rundfunkstruktur im Wandel (1988), S. 4; Schmidt, Die Rundfunkgewährleistung (1980), S. 84; Hoffmann-Riem, Modellversuch als Scheintest (1980), S. 32.

⁸⁶ Siehe Starck, Freiheit durch Organisation? (1995), S. 299.

⁸⁷ Siehe Hain, Rundfunkfreiheit und Rundfunkordnung (1993), S. 35.

⁸⁸ Weitere Beispiele für das Gewährleistet-werden sind die Ausübung der Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 2 GG), die Privatschulfreiheit (Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG), sowie die Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG).

einen Gewährleistungsprozess denn als auf einen bereits existierenden Zustand. Dass eine solche Argumentation derweil einem simplen Hilfsverb-Vergleich die Antwort auf eine grundrechtsinterpretatorische Frage von großer Tragweite zugesteht – um nicht zu sagen: aufbürdet – sollte bei derlei Wortklaubereien nicht aus den Augen verloren werden.⁸⁹

Stichhaltiger als eine bloße Hilfsverb-Abwägung erscheint eine andere Wortlaut-Kritik eines primär objektiven Charakters der Rundfunkfreiheit: Denn mit der Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG) gibt es eine weitere Grundrechtsnorm mit entsprechender „gewährleistet werden“-Formulierung, die jedoch – nach allgemeiner Ansicht⁹⁰ – völlig unzweifelhaft einen Auftrag zur Inhaltsbestimmung an den Staat enthält. Im Gegensatz zur Rundfunkfreiheit wird dieser Auftrag bei der Eigentumsfreiheit allerdings explizit gemacht: „Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt.“ Wenn der Verfassungsgeber im Fall des Art. 14 GG jedoch einen „Gewährleistungsauftrag“ explizit macht, wäre ähnliches im Fall des Art. 5 GG auch zu erwarten – es sei denn, die Rundfunkfreiheit wäre gerade nicht von einer entsprechenden Gewährleistung abhängig.⁹¹

Dass auf diese Weise Befürworter*innen und Gegner*innen einer dienenden Freiheit gleichermaßen den Wortlaut als Argument für ihre Position ins Feld führen, darf als Indiz dafür gewertet werden, wie interpretationsbedürftig – oder vielleicht besser: -fähig, um nicht zu sagen: -anfällig – der Text des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG im Rahmen der Auslegung ist. Manche verzichten aus diesem Grund lieber auf eine Argumentation am Wortlaut.⁹²

Hält man sich auch auf Ebene der Hilfsverben an den Text des Grundrechts, ergibt sich zumindest kein *zwingendes* Argument für die Annahme einer dienenden Freiheit des Rundfunks⁹³ – stattdessen spricht im Überblick der dargelegten Argumente insbesondere der Vergleich mit anderen Grundrechtsnormen wohl eher für eine Freiheit mit üblichem, individualrechtlichem Fokus.

⁸⁹ Ähnlich skeptisch etwa *Bethge*, Die verfassungsrechtliche Problematik der Zulassung von Rundfunkveranstaltern des Privatrechts (1981), S. 70, der von einem „mißverständnisfähigen Versuch“ spricht. Siehe auch *Scheuner*, Das Grundrecht der Rundfunkfreiheit (1982), S. 26.

⁹⁰ Siehe, statt vieler, *Kempny*, in: Dreier, GG⁴, Art. 14 Rn. 32 ff. m. w. N.

⁹¹ Siehe *Hain*, Rundfunkfreiheit und Rundfunkordnung (1993), S. 35; ebenso *Determann*, Kommunikationsfreiheit im Internet (1999), S. 424; *Scheuner*, Das Grundrecht der Rundfunkfreiheit (1982), S. 26.

⁹² Siehe *Scheuner*, Das Grundrecht der Rundfunkfreiheit (1982), S. 26.

⁹³ So im Ergebnis auch *Davis*, Die „dienende“ Rundfunkfreiheit im Zeitalter der sozialen Vernetzung (2019), S. 93 f.

2. Systematik

Nachdem sich soeben bereits mit Blick auf den Wortlaut der Vergleich mit anderen Grundrechtsnormen als aufschlussreich erwiesen hat, soll im nächsten Schritt vertiefter untersucht werden: Bietet der systematische Kontext der Rundfunkfreiheit im Grundgesetz Anhaltspunkte für das Konzept einer dienenden Freiheit?

a) Äußere Systematik des Grundrechtsteils des Grundgesetzes

Im Interesse des Fokus der vorliegenden Arbeit soll im Folgenden von einer umfassenden, lückenlosen Schutzarchitektur der Grundrechte unserer Verfassung ausgegangen werden, für eine umfassendere Auseinandersetzung mit den Argumenten für diese herrschende systematische Interpretation des Grundrechtsteils unserer Verfassung sei auf die entsprechende Literatur verwiesen.⁹⁴ Vor diesem Hintergrund erscheint es systemwidrig, einzelne dieser Rechte aus dem Kontext zu lösen und als unabhängige, dogmatische „Inseln“ zu interpretieren, die sich lediglich an ihrem eigenen Schutzgegenstand orientieren. Stattdessen muss sich (auch) in der Konzeption eines einzelnen Grundrechts wie der Rundfunkfreiheit die Konzeption der Grundrechte *insgesamt* spiegeln.

So mag zwar Scheuners Diagnose als Selbstverständlichkeit erscheinen, wenn er für die abgrenzbare Unabhängigkeit einzelner Grundrechtsnormen argumentiert: „Der Gegenstand grundrechtlichen Schutzes ist immer gegenständlich begrenzt.“⁹⁵

⁹⁴ Für eine Darstellung der WRV als historischem Wendepunkt hin zu einem eigenen Grundrechtsteil mit dem Ziel, „eine sachliche Reihe von einer gewissen Geschlossenheit, d.h. ein Wert- oder Güter-, ein Kultursystem [zu] normieren“ siehe etwa Smend, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), S. 163 ff., der diese Stellung der Grundrechte allerdings auch als „Gegenstand einer rein geisteswissenschaftlichen Bearbeitung“ empfand. Zwar gaben die Eltern des Grundgesetzes später dem Grundrechtsteil – nicht zuletzt durch seine Stellung zu Beginn der Verfassung – besonderes Gewicht. Inwiefern dieser Teil jedoch primär als einheitliches, geschlossenes System von Abwehrrechten von Individuen gegen die Staatsgewalt verstanden werden müsse, darüber gingen auch in der Bundesrepublik die Meinungen noch auseinander, siehe etwa die Darstellung bei Stern, in: HStr³ IX, § 185 Rn. 8 ff. m. w. N. Zur frühen Kritik an einem einheitlichen System als „grundsätzlich unrichtig wie historisch unhaltbar“ siehe die Ausführungen von Scheuner, Pressefreiheit (1965), S. 42 ff. Insbesondere Dürig hat jedoch später im Rahmen seiner ursprünglichen Kommentierung (Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 5 ff.) ein umfassendes „Wert- und Anspruchssystem“ der Grundrechte dargelegt, fußend auf der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG, das sich über den Menschen- (Abs. 2) und Grundrechtebezug (Abs. 3) weiter entfaltet und Art. 2 Abs. 1 GG als „Hauptfreiheitsrecht“ sowie Art. 3 Abs. 1 GG als „Hauptgleichheitsrecht“ entwickelt. Dieser Ansicht hat sich auch das Bundesverfassungsgericht angeschlossen, indem es mit einer Anerkennung von Art. 2 Abs. 1 GG als „Handlungsfreiheit im umfassenden Sinne“ ein lückenloses Grundrechtssystem etabliert hat – und auf diese Weise die Auseinandersetzung um den Systemcharakter der Grundrechte entschied, indem es der Idee einer unzusammenhängenden, einzelne Lebensbereiche regelnden Grundrechts-Sammlung eine Absehung erteilte (BVerfGE 6, 32 (36), st. Rspr., zuletzt in BVerfGE 97, 332 (340); 108, 186 (234); 114, 371 (384)).

⁹⁵ Scheuner, Pressefreiheit (1965), S. 45.

Diese Einschätzung jedoch trifft eben nur für den grundrechtlich geschützten *Genstand* zu, nicht für den grundrechtlichen *Schutz*. In anderen Worten: Für die Frage, was Rundfunk ist, mag allein auf einen bestimmten Lebensbereich, etwa „Rundfunk“, abgestellt werden; denn auch wenn sich hier inhaltliche Referenzen zu anderen Lebensbereichen wie „Meinung“ und „Presse“ ergeben können, ist das gegenständliche Wesen des Rundfunks unabhängig von weiteren (gegebenenfalls ebenfalls grundrechtlich geschützten) Gegenständen zu erfassen. Für die Frage jedoch, *auf welche Weise* der Schutz dieses Gegenstandes erfolgt, welche Struktur also das Grundrecht selbst als Schutzkonzept annimmt, kann es vor dem Hintergrund eines lückenlosen Systems sämtlicher verfassungsrechtlich garantierten Freiheiten gerade nicht – oder jedenfalls nur sehr nachrangig – auf den *realen Gegenstand* der einzelnen Freiheit ankommen. Die Diskussion um eine dienende Freiheit kann daher, aus systematischer Perspektive, keine Frage nach dem Charakter des Rundfunks sein, sondern nur nach dem grundsätzlichen Charakter der Grundrechte als solcher.

Aus zwei Perspektiven auf die Grundrechtssystematik insgesamt kann die Vorstellung einer dienenden Freiheit dabei angegriffen werden: Zum einen stellt sich die Frage, ob und wie sich die Sonderdogmatik mit dem *autonomiebasierten Freiheitskonzept* der Grundrechte als solcher verträgt. Auf diese Frage wird, wie bereits angekündigt, noch in einem eigenen Unterabschnitt einzugehen sein.⁹⁶

Der andere grundrechtssystematische Einwand gegen eine „dienende“ Freiheit betrifft daneben die mit ihr implizit verbundene Rangfolge der Grundrechte. Denn eine solche ist dem Grundrechtsteil nicht zu entnehmen. Auch wenn die Würde des Menschen in Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG eine zentrale Stellung im Grundrechtskanon einnimmt, kann schwerlich von „mehr oder weniger wertvollen Grundrechten“ gesprochen werden. Als einziger Anknüpfungspunkt einer „Rangfolge“ könnten höchstens die verschiedenen Schrankenbestimmungen erscheinen. Doch auch schrankenlos gewährte Grundrechte können im Sinne der Verfassung schon deshalb keine bevorzugte Stellung gegenüber solchen mit Schrankenvorbehalt einnehmen, da Schranken nicht den Wert eines Grundrechts reduzieren, sondern lediglich die Abwägung im Konfliktfall mit anderen Grundrechten vorprägen – eine Abwägung, die im Übrigen auch bei schrankenlos gewährten Grundrechten („verfassungsimmanente Schranken“) erfolgt. Eine Schranke ist damit kein Malus, sondern markiert aus Sicht der Verfassung lediglich potenziell besonders konflikträchtige Grundrechte.⁹⁷

Vor diesem Hintergrund erscheint die Rundfunk- als Ausprägung der Medienfreiheit gerade nicht als systematischer Sonderfall der Grundrechtsdogmatik. Die besseren Argumente sprechen vielmehr dafür, dass sich auch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG konsequent – ohne zu dienen – in die Architektur des Grundrechtsteils unserer

⁹⁶ Siehe unten unter Teil 3 B. II., S. 162 ff.

⁹⁷ Siehe etwa *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, Art. 1 Rn. 322; *Sauer*, in: Dreier, GG⁴, Vor Art. 1 Rn. 158; *Hillgruber*, in: HStR³ IX, § 201 Rn. 14 m. w. N.

Verfassung einfügt.⁹⁸ Und auch innerhalb des Art. 5 Abs. 1 GG, so wird folgend zu zeigen sein, bereitet die systematische Unwucht einer dienenden Rundfunkfreiheit Kopfzerbrechen.

b) Innere Systematik des Art. 5 GG

Zwar lehnen manche Stimmen die „Parrallelisierung [sic] von Pressefreiheit und Rundfunkfreiheit“ von vornherein ab und fordern einen Nachweis, dass das Grundgesetz einen solchen Gleichlauf der beiden Massenmedien vorsehe.⁹⁹ Jener Nachweis ist vorliegend aber bereits im Rahmen der Herleitung des Konzepts einer einheitlichen Medienfreiheit erfolgt, sodass die grundsätzliche Parallele der verschiedenen Massenmedien im Grundgesetz als gegeben angesehen werden darf.¹⁰⁰ Vor diesem Hintergrund erscheint es auch innerhalb von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG systematisch inkonsistent, einen dienenden Charakter ausschließlich dem Rundfunk und explizit nicht Presse und Film zuzuordnen.

Brugger zufolge ergebe sich dennoch eine Sonderrolle des Rundfunks aus der „historische[n] Tatsache, daß die Pressefreiheit traditionell als Freiheit der einzelnen Person aufgefaßt (wenn auch faktisch oft mißachtet) wurde“ – was sich für den Rundfunk nicht behaupten lasse.¹⁰¹ Dieses Argument jedoch fußt auf einem Fehlschluss vom Sein aufs Sollen, denn dass die Rundfunkfreiheit historisch selten als Individualfreiheit in Erscheinung trat, liegt daran, dass die Sondersituation des Rundfunks schlicht keinen Rundfunkbetrieb als individuelle *One-man-Show* zuließ. Derart technisch-bedingte Voraussetzungen können allerdings kein Argument für oder gegen eine bestimmte juristische Systematik eines Grundrechts darstellen. Vielmehr steht auch aus der inneren Systematik „die Freiheit der Berichterstattung durch den Rundfunk in engstem Zusammenhang mit den anderen unbestrittenenmaßen subjektiven Rechten des Art. 5 Abs. 1 GG“¹⁰². Von dieser Basis lässt sich die objektivrechtliche Dimension der Rundfunkfreiheit nicht lösen.

Als weiteres Argument für den systematischen Gleichlauf der Freiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG wird schließlich die Schrankenbestimmung des Abs. 2 genannt, die sich mit dem Ausdruck „Diese Rechte …“ offenbar auf sämtliche Freiheiten der Sätze 1 und 2 des ersten Absatzes bezieht, ohne zwischen einzelnen Grundrechten zu

⁹⁸ So auch Davis, Die „dienende“ Rundfunkfreiheit im Zeitalter der sozialen Vernetzung (2019), S. 111 f.; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, Art. 1 Rn. 171.

⁹⁹ So Böckenförde/Wieland, Die „Rundfunkfreiheit“ – ein Grundrecht? (1982), S. 78.

¹⁰⁰ Siehe oben unter Teil 2 E. II., S. 95 ff.

¹⁰¹ Siehe Brugger, Rundfunkfreiheit und Verfassungsinterpretation (1991), S. 11.

¹⁰² So Starck, Freiheit durch Organisation? (1995), S. 299 unter Verweis auf die Mitbestimmungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, BVerfGE 50, 290 (337). Kloepfer bemerkt überdies zu Recht, dass ein solcher Fokus auf die Rundfunkfreiheit „zu einem Mißverhältnis zwischen Rundfunk- und Pressefreiheit [führt], das weder im Verfassungstext angelegt, noch aus dem Grundgesetz abzuleiten ist“ (Kloepfer, in: HStR³ III, § 42 Rn. 68).

differenzieren – ein weiteres Argument dafür, bei allen drei der in Satz 2 erwähnten Massenmedien von einem subjektiven Abwehrrecht auszugehen.¹⁰³

Auf diese Weise erscheint eine dienende Rundfunkfreiheit auch innerhalb des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG als systematischer Sonderfall – mit einem möglichen Ausweg: Dann nämlich, wenn man der Medienfreiheit *insgesamt* einen dienenden Charakter zugesteht. Denn auch wenn das Bundesverfassungsgericht als Urheber der Sonderdogmatik nirgends von einer „dienenden Pressefreiheit“ oder einer „dienenden Filmfreiheit“ spricht: Es hat immer wieder betont: die Rundfunkfreiheit „dient der gleichen Aufgabe wie alle Garantien des Art. 5 Abs. 1 GG“¹⁰⁴. Diese Formulierung hat in der Literatur bisher zwar bisweilen Erwähnung,¹⁰⁵ jedoch wenig Zuspruch gefunden – lediglich einzelne Autor*innen schließen sich dem Gericht an: „Mit dem BVerfG ist also davon auszugehen, dass nicht nur Rundfunk-, sondern auch Meinungs-, Informations-, Presse- und Filmfreiheit dienende Freiheiten sind.“¹⁰⁶

Während auf diese medienübergreifende Perspektive noch detailliert einzugehen ist, soll an dieser Stelle zunächst der Hinweis genügen, dass zwar der systematische Widerspruch innerhalb des Art. 5 Abs. 1 GG möglicherweise aufgelöst werden kann. Die Systematik der Verfassung insgesamt jedoch, so wird deutlich, lässt eine dienende Rundfunkfreiheit (oder gegebenenfalls: Medienfreiheit) im Rahmen der übrigen Grundrechte weniger als nötige Konsequenz denn als zu begründenden Sonderfall erscheinen. Akzeptiert man den Autonomiegedanken „als Basis des Systems der Grundrechte“¹⁰⁷, so erschiene aus systematischer Perspektive ein Abschied von der Sonderdogmatik des Dienens nicht so sehr als ein Bruch mit einer etablierten Grundrechtsdogmatik. Vielmehr, wie Hain treffend ausführt, läge in einer neuen Herangehensweise ein „Beitrag zur Vermeidung von ‚Flurschäden‘ im Grundrechtssektor“¹⁰⁸.

¹⁰³ So etwa *Stern*, Neue Medien – neue Aufgaben des Rechts? (1982), S. 1115. Darauf eingehend, aber im Ergebnis mit Verweis auf vermeintliche Unterschiede zwischen Presse und Rundfunk ablehnend: *Brugger*, Rundfunkfreiheit und Verfassungsinterpretation (1991), S. 11.

¹⁰⁴ BVerGE 57, 295 (319); 73, 118 (152); 74, 297 (323); 87, 334 (339).

¹⁰⁵ Siehe etwa *Fink*, Wem dient die Rundfunkfreiheit? (1992), S. 806; *Flitsch*, Die Funktionalisierung der Kommunikationsgrundrechte (1998), S. 71; *Charissé*, Die Rundfunkveranstaltungsfreiheit und das Zulassungsregime der Rundfunk- und Mediengesetze (1999), S. 89; *Ruck*, Zur Unterscheidung von Ausgestaltungs- und Schrankengesetzen (1992), S. 545; *Brugger*, Rundfunkfreiheit und Verfassungsinterpretation (1991), S. 34 f.; *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichen Gewände (2000), S. 186.

¹⁰⁶ *Krausnick*, Das deutsche Rundfunksystem unter dem Einfluss des Europarechts (2005), S. 22; ebenso *Selmer*, Bestands- und Entwicklungsgarantien für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in einer dualen Rundfunkordnung (1988), S. 43.

¹⁰⁷ *Hain*, Rundfunkfreiheit als „dienende Freiheit“ – ein Relikt? (2008), S. 29.

¹⁰⁸ *Hain*, Rundfunkfreiheit als „dienende Freiheit“ – ein Relikt? (2008), S. 29.

3. Entstehungsgeschichte

Als die Mitglieder des Parlamentarischen Rates nach Kriegsende über die Rolle und Ausgestaltung medialer Freiheiten für das Grundgesetz stritten, hatten sie deutlich die Risiken eines staatlichen Einflusses auf den Rundfunk vor Augen: Wenige Jahre zuvor hatte der nationalsozialistische Unrechtsstaat die Rundfunkmedien, deren Anteile ohnehin weitgehend in öffentlicher Hand lagen, gleichgeschaltet und zu Instrumenten staatlicher Propaganda gemacht.¹⁰⁹ Vor diesem Hintergrund erscheint das Argument zumindest verwunderlich, die Entwicklung des Rundfunks in Deutschland *vor* 1945 spreche für eine dienende Rundfunkfreiheit und die vermeintlich in der Verfassung festgeschriebene öffentlich-rechtliche Organisation des Rundfunks.¹¹⁰ Stattdessen lassen die Protokolle des Parlamentarischen Rates vielmehr erkennen, dass dessen Mitglieder sehr wohl die mögliche Vergänglichkeit der technisch-bedingten Sondersituation erkannten und deshalb gerade keine öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter im Grundgesetz festschreiben wollten.

Zwar plädierten einzelne, etwa der Vorsitzende des Hauptausschusses Hermann von Mangoldt, für die explizite Erwähnung solcher „selbständige[n] Anstalten des öffentlichen Rechts“ im Rahmen der Rundfunkfreiheit.¹¹¹ Jedoch erntete dieser Vorschlag deutlichen Widerspruch, etwa von Adolf Süsterhenn, der argumentierte, es sei „falsch, die zukünftige Form des Rundfunks ein für allemal in der Verfassung festzulegen“ – stattdessen solle man die private Rundfunkveranstaltung aufgrund derzeitigiger technischer Gegebenheiten „nicht verbauen und nicht von vornherein in der Verfassung etwas vorsehen, dessen Güte wir noch nicht erproben konnten“¹¹². Auch Theodor Heuss erkannte, der Fokus auf öffentlich-rechtliche Anstalten sei lediglich „noch eine Frage der Wellenlänge“¹¹³.

In diesem Zusammenhang kann schwerlich behauptet werden, keine*r der Beteiligten habe eine grundrechtliche Freiheit der Rundfunkgründung als möglich

¹⁰⁹ Umfassend hierzu siehe *Wieland*, Die Freiheit des Rundfunks (1984), S. 109 ff. sowie *Davis*, Die „dienende“ Rundfunkfreiheit im Zeitalter der sozialen Vernetzung (2019), S. 99 ff. m. w. N.

¹¹⁰ So aber *Wieland*, Die Freiheit des Rundfunks (1984), S. 120. Aus ähnlichen Gründen kritisch gegenüber einer Rundfunkveranstalterfreiheit ist *Lerche*, Rundfunkmonopol: Zur Zulassung privater Fernsehveranstaltungen (1970), S. 100.

¹¹¹ *Pikart/Werner* (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat, Bd. V, Ausschuss für Grundsatzfragen (2010), 32. Sitzung, 11. Januar 1949 (S. 930).

¹¹² *Pikart/Werner* (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat, Bd. V, Ausschuss für Grundsatzfragen (2010), S. 931.

¹¹³ *Pikart/Werner* (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat, Bd. V, Ausschuss für Grundsatzfragen (2010), S. 932. Sein Kollege Fritz Eberhard prognostizierte ebenfalls: „Die technische Entwicklung kann es vielleicht bald ermöglichen, daß beinahe jeder seine eigene Wellenlänge hat.“ (Ebd.).

erachtet – schließlich wies Süsterhenn explizit auf das Modell der USA hin.¹¹⁴ Jedoch wurde einer möglichen subjektivrechtlichen Freiheit aufgrund der genannten technischen Voraussetzungen schlicht keine aktuelle Relevanz zugesprochen¹¹⁵ – sie sollte jedoch ebensowenig perspektivisch ausgeschlossen werden.¹¹⁶ Angesichts der entsprechenden Diskussionen im Rat erscheint der finale Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG eher als bewusst zukunftsoffene Formulierung, die gerade nicht am Frequenzmangel-bedingten Rundfunkmonopol einiger weniger Anstalten festhalten sollte. Das öffentlich-rechtliche Primat war damit „weder Selbstzweck noch auf alle Zeiten erforderliche Sicherung der Rundfunkfreiheit, sondern eine aus dem Grundrecht heraus entwickelte Hilfskonstruktion zur Kompensation eines damals bestehenden Mangels“¹¹⁷.

Insofern ist zwar Böckenförde/Wieland zuzustimmen, die argumentieren, der Parlamentarische Rat habe dem Gesetzgeber mit Blick auf die Rundfunkorganisation nicht voreilen wollen.¹¹⁸ Diese Offenheit spricht allerdings auch gegen eine von ihnen behauptete, normative Unterscheidung des Parlamentarischen Rats zwischen öffentlichem Rundfunk und privatwirtschaftlicher Presse. Denn auch eine solche findet sich in den Protokollen gerade nicht als Vorgriff im Sinne einer Entscheidung für die Zukunft, sondern vielmehr nur mit Blick auf den technischen Status quo.

Welche Bedeutung eine zeitgemäße Interpretation des Art. 5 GG hat, wird vielleicht am besten im direkten Kontrast zu folgendem Zitat Wielands aus dem Jahr 1984 deutlich:

„Insgesamt ist der Entstehungsgeschichte für die Interpretation des Grundgesetzes relativ hohe Bedeutung beizumessen, weil es sich um vergleichsweise junge Normen handelt, so daß die Vorstellungen der Verfassungsväter noch ohne Schwierigkeiten auf die Wirklichkeit passen, wie sie sich jetzt darstellt.“¹¹⁹

Stattdessen gilt wohl für die Auseinandersetzung mit diesen teils ein halbes Jahrhundert alten Betrachtungen der verfassungsrechtlichen Literatur letztlich das

¹¹⁴ Siehe *Pikart/Werner* (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat, Bd. V, Ausschuss für Grundgesetzfragen (2010), S. 931.

¹¹⁵ So etwa *Starck*, Freiheit durch Organisation? (1995), S. 299, unter Auseinandersetzung mit der entgegenstehenden Darstellung bei *Böckenförde/Wieland*, Die „Rundfunkfreiheit“ – ein Grundrecht? (1982), S. 79.

¹¹⁶ Siehe die Darstellung bei *Davis*, Die „dienende“ Rundfunkfreiheit im Zeitalter der sozialen Vernetzung (2019), S. 97 f.; ebenso *Krausnick*, Das deutsche Rundfunksystem unter dem Einfluss des Europarechts (2005), S. 26 f.

¹¹⁷ *Starck*, Grund- und Individualrechte als Mittel institutionellen Wandels in der Telekommunikation (2002), S. 483. Ebenso *Hain*, Die zweite Gebührenentscheidung des Bundesverfassungsgerichts – Kontinuität in den Zeiten der Konvergenz (2008), S. 130; *Hain*, Rundfunkfreiheit als „dienende Freiheit“ – ein Relikt? (2008), S. 27.

¹¹⁸ Siehe Die „Rundfunkfreiheit“ – ein Grundrecht?, S. 79; ähnlich nutzt dieses Argument als Anknüpfungspunkt für Kritik auch *Ladeur*, Die Rundfunkfreiheit und der Wegfall der „besonderen Umstände“ ihrer Ausübung (1982), S. 360.

¹¹⁹ *Wieland*, Die Freiheit des Rundfunks (1984), S. 109.

Gleiche wie für die Interpretation der Primärquellen in Form von Protokollen des Parlamentarischen Rats: „Die Verfassung lässt sich nicht allein aus den Materialien [und historischen Dokumenten] interpretieren.“¹²⁰ Festzuhalten bleibt allerdings auch unter dieser Bedingung: Die Entstehungsgeschichte der Rundfunkfreiheit stellt keine argumentative Grundlage für eine Sonderstellung im Rahmen der verschiedenen Ausprägungen der Medienfreiheit bereit.

4. Telos

Zwar bieten aus Perspektive der Befürworter*innen bereits sämtliche anderen Auslegungsmethoden gute Argumente für einen dienenden Charakter der Rundfunkfreiheit. Jedoch ist es der teleologische Blick auf Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, dem als Kern ihrer Argumentation regelmäßig der höchste Stellenwert zukommt.

Festzuhalten ist zunächst, dass – entgegen anderslautender Ansichten in der Literatur¹²¹ – eine wie auch immer geartete *Sondersituation* des Rundfunks *nicht* als teleologisches Argument für einen dienenden Charakter der Rundfunkfreiheit gelten kann.¹²² Das behauptet im Übrigen auch das Bundesverfassungsgericht nirgends: Zwar bringt das Gericht die einst technisch-bedingte Monopolsituation, als Sondersituation des Rundfunks bezeichnet, immer wieder in die Argumentation mit Blick auf die Rundfunkfreiheit ein¹²³, jedoch nie als Argument für den dienenden Charakter der Freiheit selbst. Vielmehr geht es bei der Sondersituation um die gebotenen *Folgen* des dienenden Charakters, die sich zwecks Verwirklichung dieser Freiheit ergeben: „Diese Sondersituation im Bereich des Rundfunkwesens erfordert besondere Vorkehrungen zur Verwirklichung und Aufrechterhaltung der in Art. 5 GG gewährleisteten Freiheit des Rundfunks.“¹²⁴

Dies gilt umso mehr, da es sich bei Begriffen wie Sondersituation, Breitenwirkung und Meinungsmacht des Rundfunks nicht um Größen des Verfassungsrechts, sondern der faktischen Medienrezeption handelt: Es erscheint unlogisch, die grundsätzliche Funktion eines Mediums (und im vorliegenden Fall: das damit verbundene Ausmaß an Freiheit) schon im Schutzbereich von seiner tatsächlichen Rezeption

¹²⁰ Starck, Freiheit durch Organisation? (1995), S. 299.

¹²¹ Vergleiche etwa Heidke, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 197 f.; Davis, Die „dienende“ Rundfunkfreiheit im Zeitalter der sozialen Vernetzung (2019), S. 79; Hartmann, Dienende Freiheit (2018), S. 20; Korte, Die dienende Funktion der Rundfunkfreiheit in Zeiten medialer Konvergenz (2014), S. 394; Gersdorf, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für den grenzüberschreitenden privaten Rundfunk (1993), S. 36.

¹²² So auch bereits Badura, Verfassungsrechtliche Bindungen der Rundfunkgesetzgebung (1980), S. 31; Ladeur, Die Rundfunkfreiheit und der Wegfall der „besonderen Umstände“ ihrer Ausübung (1982), S. 359.

¹²³ Vergleiche BVerfGE 12, 205 (261); 57, 295 (322); 73, 118 (121). Seit BVerfGE 90, 60 (87) stellt das Gericht nunmehr statt auf die Sondersituation auf die „Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft“ des Rundfunks ab.

¹²⁴ BVerfGE 12, 205 (261).

abhängig zu machen. Denn ganz unabhängig davon, mit welchem Nachdruck manch eine*r im Rundfunk auch eine „in ihrer Art singuläre Einrichtung der Gewaltenbalancierung nicht nur zwischen Staat und Gesellschaft, sondern auch innerhalb der Gesellschaft“¹²⁵ sehen will: Der Ansatz „Rundfunk *dient* der Meinungsbildung, weil er so einflussreich ist“, stellt ganz grundsätzlich einen „kaum hinnehmbaren Fehlschluss[s] vom Sein [...] auf ein Sollen [dar], dem grundrechtsdogmatisch eine Verwechslung der Ebenen der Gewährleistung einer Freiheit und ihrer Relativierung durch gegenläufige Prinzipien unter den Bedingungen der Realität korrespondiert“¹²⁶. Denn das einstige technisch-bedingte Monopol im Rundfunk und die angeblich besondere Wirkung des Mediums haben zwar zweifellos Konsequenzen für das Maß, in dem das Medium die ihm zugesetzte gesellschaftliche Aufgabe erfüllt beziehungsweise erfüllen kann. Bei der Frage nach dem *Umgang* mit genannter Sondersituation handelt es sich jedoch in jedem Fall erst um den *zweiten Schritt*: Der Charakter der Freiheit selbst – ob sie also etwa der Meinungsfreiheit dient oder nicht – geht ihrer faktischen Wirkung notwendigerweise voraus und kann somit schwerlich von ihren faktisch-technischen Voraussetzungen abhängig gemacht werden.¹²⁷

Eine Freiheit dient nicht deshalb, *weil* ihr faktischer Gebrauch aus technischen (oder anderen) Gründen zu einer unerwünschten Situation führt. Vielmehr kann ein dienender Charakter in Auseinandersetzung mit einer realen Situation Orientierung dafür bieten, wie mit den existierenden Gegebenheiten am besten umzugehen ist. Auf diese Weise schließt auch das Bundesverfassungsgericht vom Dienen einerseits auf die Konsequenzen der Freiheitsbetätigung andererseits.¹²⁸

Um genanntes Argument konkret anhand der Rundfunkfreiheit zu verdeutlichen: Wenn man davon ausgeht, dass die Rundfunkfreiheit eine der Meinungsbildung dienende Freiheit ist, dann führt diese Interpretation im Falle eines technisch-bedingten Rundfunkmonopols dazu, dass regulatorische Abwägungsentscheidungen im Zweifelsfall zugunsten der Meinungsfreiheit getroffen werden – und gegebenenfalls zulasten der Rundfunkfreiheit. Schon aus dieser Beschreibung wird deutlich, dass es sich weniger um die Definition des *Schutzbereichs* der Freiheit, als

¹²⁵ Stern/Bethge, Öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Rundfunk (1971), S. 44.

¹²⁶ Hain, Die zweite Gebührenentscheidung des Bundesverfassungsgerichts – Kontinuität in den Zeiten der Konvergenz (2008), S. 130. A. A. Hoffmann-Riem, Rundfunkfreiheit durch Rundfunkorganisation (1979), S. 17.

¹²⁷ Ähnliches gilt, wie Grunenberg überzeugend ausführt, auch für die Tatbestandsvoraussetzungen von Rundfunk im Sinne des Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GG: „Die streitige Frage, ob die Rundfunkfreiheit primär als ‚dienende Freiheit‘ anzusehen ist und der Ausgestaltung bedarf oder gesetzliche Regulierung nur als Schrankenregelung zulässig ist, ist unabhängig vom Begriff des Rundfunks zu beantworten.“ (Grunenberg, Suchmaschinen als Rundfunk (2017), S. 109).

¹²⁸ „Diese [dienende] Aufgabe bestimmt die Eigenart und die Bedeutung der Rundfunkfreiheit“ (BVerfGE 57, 295 (320)).

vielmehr um eine Vorprägung möglicher Abwägungsentscheidungen auf der Schrankenebene handelt.

Ähnlich können auch technische Besonderheiten, die den Rundfunk in Abgrenzung zu anderen Medientypen auszeichnen, keinen Einfluss auf einen möglicherweise dienenden Charakter der Rundfunkfreiheit haben. Denn geht man, wie vorliegend, von einem grundsätzlichen funktionalen Gleichlauf verschiedener Medientypen und konsequenterweise einer einheitlichen Medienfreiheit aus,¹²⁹ so können unterschiedliche Technologien und ihre faktischen Wirkungen keinen Einfluss auf den ihnen allen zugesetzten medialen Zweck haben – denn „weder verändert sich durch die andere technische Verbreitung die Schutzbedürftigkeit des Verhaltens, noch die individuelle oder gesellschaftliche Funktion, die der Grundrechtsgebrauch erfüllt“¹³⁰.

Hinzu kommt, dass eine Differenzierung anhand des medialen Einflusses nicht nur inkonsistent, sondern auch vollkommen unpraktikabel wäre. *Dienen* ist eine binäre Kategorie: Entweder die Medienfreiheit dient der Meinungsbildung, oder sie tut es nicht. Unter diesen Umständen ist es jedoch unmöglich, die dienende Funktion eines Mediums von dessen faktischen Einfluss abhängig zu machen, da dies im Rahmen einer sich ständig verändernden Medienlandschaft zu einem sich ständig verändernden Schutzbereich führen würde: Wenn das Fernsehen an Zuschauer*innen oder Wirkmacht verliert, „dient“ es dann ein bisschen weniger als zuvor? Und was hieße das? Und wann ist der Punkt erreicht, an dem eine Freiheit nicht mehr dient – um nicht zu sagen: ausgedient hat? Auf diese Weise wird deutlich, dass die tatsächlichen Wirkungen des Mediums als Argument für einen möglichen dienenden Charakter der Rundfunkfreiheit nicht nur logisch unhaltbar, sondern auch ausgesprochen unpraktisch sind.

Eine andere teleologische Argumentationsbasis für den dienenden Charakter des Rundfunks ist seine besondere Rolle als Faktor für die freie Meinungsbildung, wie das Bundesverfassungsgericht bereits im ersten Rundfunkurteil betonte.¹³¹ Im Gegensatz zur zuvor betrachteten „Sondersituation“ des Rundfunks unter den Medien ist diese Rollenfeststellung derweil weit mehr als eine bloße Beschreibung des Realbereichs der Rundfunkfreiheit, sondern hat normativen Charakter. Das liegt daran, dass dieser Zusammenhang zwischen Medium und Meinungsbildung bereits durch den Verfassungsgeber anerkannt und vorgesehen wurde: Dass Medien Einfluss auf die Meinungsbildung der Bürger*innen nehmen, ist vom Grundgesetz bedacht und gewollt, es ist ein Zweck der Rundfunkfreiheit.¹³²

¹²⁹ Siehe oben, Teil 2 E. II., S. 95 ff.

¹³⁰ Lenski, Personenbezogene Massenkommunikation als verfassungsrechtliches Problem (2007), S. 71.

¹³¹ BVerGE 12, 205 (260).

¹³² Siehe auch oben unter Teil 2 B. ff., S. 50 ff. Einzelne Autoren empfinden vor diesem Hintergrund daher eine Einbeziehung neuer, digitaler Medien in die Sonderdogmatik als konsequent, siehe etwa Heidtke, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 206 ff.

Aus diesem Zusammenhang ergibt sich jedoch für die Meinungsbildung ein existenzielles Risiko: Als einem „der mächtigsten Kommunikationsmittel und Massenmedien“ wohne dem Rundfunk die „Gefahr des Mißbrauchs zum Zweck einseitiger Einflussnahme auf die öffentliche Meinung“¹³³ inne. Um mit Weber zu sprechen: „Der Rundfunk ist – potentiell – ein Machtinstrument allerersten Ranges.“¹³⁴ Dieser Gefahr der Einflussnahme wirkt der dienende Charakter entgegen. Denn wenn der Rundfunk als Medium zur demokratischen Meinungsbildung gewollt ist (Telos der Rundfunkfreiheit), dann kann dies unter den gegebenen Bedingungen nur möglich sein, wenn gleichzeitig die ihm innewohnende Gefährdung für die Meinungsfreiheit minimiert wird. Eine solche Risikominimierung strebt die dienende Ausrichtung der Rundfunkfreiheit¹³⁵ auf die Meinungsbildung an, indem die potenzielle Gefahrenquelle (Rundfunk) zugunsten des gefährdeten Guts (freie Meinungsbildung durch Medien) in die Pflicht genommen wird.

Der dienende Charakter der Freiheit soll diese somit davor schützen, dass ein bestimmter Freiheitsgebrauch eine Erfüllung des Telos der Norm unmöglich macht, in anderen Worten: Schutz des Freiheitszwecks durch Begrenzung ihres Schutzbereichs. Doch so sehr ein solcher Schutz des Freiheits-Telos auch wünschenswert erscheint – seine Ausformung als Schutzbereichsbeschränkung wirkt kontraintuitiv, um nicht zu sagen: widersprüchlich. Denn auf diese Weise richtet sich der Zweck der Freiheit in letzter Konsequenz auf ihre eigene Verkürzung.

Auf der Suche nach einer Auflösung dieses Oxymorons „Mehr Freiheit durch weniger Freiheit“ bietet es sich an, den Zusammenhang zwischen Rundfunkfreiheit und Meinungsbildung genauer zu betrachten. Dass ein solcher existiert, ist – wie gezeigt – unbestritten. Auch, dass der mediale Beitrag zur Meinungsbildung Teil des Zwecks der Rundfunkfreiheit ist, wurde bereits dargestellt. Dass jedoch die Vermeidung eines im Freiheitsgebrauch liegenden Risikos bereits Teil des Normzwecks sein soll, erweitert diesen potenziell ins Uferlose. Denn mit dem Argument „Der Zweck des Grundrechts ist sein risikofreier Gebrauch“ ließe sich der Schutzbereich eines *jeden* Grundrechts nahezu beliebig begrenzen. Der Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit etwa schnurte auf einen Kernbestand risikoloser Tätigkeiten zusammen – von der nach heute ganz herrschender Meinung „thematisch universal[en]“¹³⁶ Freiheit bliebe nichts mehr übrig. Aus diesem Grund werden Risiken und potenzielle Konflikte des Grundrechtsgebrauchs konzeptionell gerade *nicht* auf der Ebene des Schutzbereichs gelöst, sondern auf Ebene möglicher Grundrechtsschranken. Das macht vorliegend umso mehr Sinn, als es im genannten gefährdeten Zweck der Rundfunkfreiheit gerade um das Zusammenspiel mit der

¹³³ BVerfGE 31, 314 (325).

¹³⁴ Weber, Zur Rechtslage des Rundfunks (o. A.), S. 63.

¹³⁵ Darauf, dass gute Argumente für eine ähnliche Ausrichtung der Medienfreiheit insgesamt, wenn nicht gar aller Kommunikationsfreiheiten sprechen, soll noch eingegangen werden, siehe unten unter Teil 3 C., S. 175 ff.

¹³⁶ Barczak, in: Dreier, GG⁴, Art. 2 Abs. 1 Rn. 31, m. w. N.

Meinungsbildung geht. Die Vorstellung einer dienenden Rundfunkfreiheit „zieht“ gewissermaßen den Schutz der Meinungs(bildungs)freiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG in den Zweck der Rundfunkfreiheit hinüber – dort jedoch gehört er konzeptionell nicht hin.

Anstatt also den Schutz der Meinungsfreiheit aus Satz 1 dem Telos des Satz 2 aufzutragen, lassen sich mit Hilfe der Grundrechtsdogmatik gegebenenfalls andere – konsequenter – Möglichkeiten für einen Ausgleich zwischen Meinungs- und Medienfreiheit finden: von einer verfassungsimmanenten Schranke der Medienfreiheit¹³⁷ bis hin gar zu einer sich daraus verdichtenden Schutzpflicht des Staates. Während solche alternativen Ansätze in den folgenden Kapiteln noch die nötige Aufmerksamkeit erhalten sollen,¹³⁸ lässt sich zunächst festhalten: Auch teleologisch spricht die Auslegung der Rundfunkfreiheit gegen einen dienenden Charakter.¹³⁹

II. Kann eine Freiheit „dienen“? – Rundfunkfreiheit zwischen Funktions- und Freiheitsgrundrecht

Die Befürworter einer dienenden Rundfunkfreiheit haben, das ist in den vorigen Kapiteln deutlich geworden, große Schwierigkeiten, ihre Sonderdogmatik im Rahmen der Auslegung mit Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG in Einklang zu bringen. Doch neben dargestellten Einzelüberlegungen zur Interpretation der Rundfunkfreiheit stellt sich die ganz grundsätzliche Frage, inwieweit ein (beliebiges) Freiheitsrecht im Rahmen des Grundgesetzes sich überhaupt zum Dienen verpflichten lässt. Dieser Frage soll auf den folgenden Seiten nachgegangen werden.

Grundsätzlicher Ansatzpunkt der Kritik einer dienenden Freiheit ist der Zweifel daran, dass ein Grundrecht überhaupt – jenseits seiner ihm selbst innenwohnenden Abwehr und Schutzfunktion für das Individuum – funktional verpflichtet werden kann. Daher soll folgend auf die beiden Perspektiven auf die Rundfunkfreiheit als funktionsgeleitetes Grundrecht einerseits sowie freiheitssicherndes Abwehrrecht andererseitseingegangen werden.

Festzuhalten ist jedoch schon zu Beginn: Selbst die größten Kritiker der dienenden Freiheit begrüßen deren intendierten Zweck – die Sicherung eines freien, demokratischen Meinungsbildungsprozesses. Vielmehr geht es ihnen darum, die aus ihrer Sicht fehlgeleitete Dogmatik auf solide Füße zu stellen. Es sei gerade „das ‚Um-Willen‘ der dienenden Freiheit, dessen Bewahrung auf ein Umdenken drängt“¹⁴⁰.

¹³⁷ Für eine kritische Auseinandersetzung mit der Verlagerung von der Schutzbereichs- auf die Schrankenebene siehe *Böckenförde*, Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken (2003), passim m. w. N.

¹³⁸ Siehe unten unter Teil 3 C., S. 175 ff.

¹³⁹ So in seiner Zusammenfassung auch *Davis*, Die „dienende“ Rundfunkfreiheit im Zeitalter der sozialen Vernetzung (2019), S. 112.

¹⁴⁰ *Hain*, Rundfunkfreiheit als „dienende Freiheit“ – ein Relikt? (2008).

Die Frage, welche Bedeutung den subjektivrechtlichen und welche den objektivrechtlichen Bestandteilen der Rundfunkfreiheit zukommt,¹⁴¹ ist nicht nur zentraler Teil der Verfassungsrechtsprechung zur Rundfunkfreiheit, sondern stellt auch den Kern der wissenschaftlichen Auseinandersetzung in diesem Kontext dar. Dabei reichen die Ansätze von einer Interpretation als ausschließlich objektivrechtliches Leitbild bis zur Überzeugung, die Rundfunkfreiheit sei vor allem ein „klassisches“ subjektives Abwehrrecht wie Presse- und Filmfreiheit.

Diese Gegenüberstellung ließe vermuten, dass es sich bei den subjektivrechtlichen und objektivrechtlichen Dimensionen der Rundfunkfreiheit um zwei gegensätzliche oder gar alternative Aspekte handelt. Das ist jedoch nicht der Fall. Vielmehr kann mit Jarass von zwei „Bedeutung[en] des Freiheitsrechts für ein jeweils verschiedenes Sinnsubjekt“¹⁴² gesprochen werden. Es handelt sich also gerade nicht um alternative Kategorien. Vielmehr entstehen aus individuellen Freiräumen einerseits die Bausteine gesellschaftlicher Ordnung, die andererseits wieder den Rahmen individueller Freiheiten bilden. Zwar gibt es bei diesen beiden Elementen bisweilen Überschneidungen, die einen Ausgleich erfordern – jedoch gerade nicht in Form eines Entweder-Oders, sondern in Form zu ordnender Komplementarität.¹⁴³

Somit ist die Diskussion um die beiden Dimensionen der Rundfunkfreiheit weniger eine Entscheidung zwischen zwei Alternativen, sondern vielmehr die argumentative Verortung auf dem Kontinuum zwischen ihnen. Auf den folgenden Seiten gilt es, die verschiedenen Ansichten hierzu vorzustellen und eine solche Verortung vorzunehmen.

1. Funktionale Grundrechtsinterpretation

Der Ausgangspunkt einer funktionalen Betrachtung der Rundfunkfreiheit ist die bereits mehrfach angesprochene „Interdependenz von Freiheit und Demokratie auf dem Feld der Kommunikationsgrundrechte“¹⁴⁴: Erst die Nutzung kommunikativer Freiheiten durch das Individuum ermöglicht den demokratischen Willensbildungs-

¹⁴¹ Siehe für einen Überblick der beiden Dimensionen oben unter Teil 2 E. III. und Teil 2 E. IV., S. 109 ff.

¹⁴² Jarass, Die Freiheit der Massenmedien (1978), S. 130. Ähnlich argumentiert Mager mit Blick auf die Pressefreiheit für zwei unterschiedliche Schutzgüter: einen überindividuellen, sozialen Funktionszusammenhang einerseits und die individuelle Handlungsfreiheit andererseits (Mager, Einrichtungsgarantien, S. 255 f.). Hierzu auch Stüber (Hrsg.), Medien in Deutschland, Band 2: Rundfunk, 1. Teil (1998), S. 501 ff.

¹⁴³ Jarass, Die Freiheit der Massenmedien (1978), S. 130 f. Grundlegend auch Stern, in: HStR³ IX, § 185 Rn. 52 ff. (dort auch w.N.), der mit Blick auf die subjektivrechtliche und objektivrechtliche Dimensionen von einer modernen Form der einstigen grundrechtlichen Doppelfunktion spricht, sowohl „die personal-individuelle Sphäre des Menschen, vornehmlich seine Freiheit, zu sichern und zugleich ‘basis and foundation’ des Staates zu sein“ (Rn. 52).

¹⁴⁴ So die Formulierung von Bethge, Pluralismus als medienrechtliches Ordnungsprinzip? (2003), S. 469.

prozess auf gesellschaftlicher Ebene. Dass der Rundfunk – oder besser: die Medien insgesamt – im Rahmen der Meinungsbildung in der Praxis eine entsprechende funktionale Bedeutung haben, ist bereits ausführlich dargelegt worden.¹⁴⁵ In der Grundrechtsinterpretation führt diese funktionale Bedeutung des Rundfunks nun aus Perspektive einiger Vertreter*innen der Literatur wie auch des Bundesverfassungsgerichts dazu, dass – in unterschiedlichen Abstufungen – der Bedeutungsschwerpunkt der Rundfunkfreiheit zugunsten der objektivrechtlichen Dimension verschoben wird. Die Bedeutung des Freiheitsrechts wird dabei stärker im Hinblick auf seinen Zweck und seine Funktion bestimmt.

Eine solche funktionale Interpretation hat zwei große Vorteile: Zum einen eröffnet sie im Kontrast zu einem subjektivrechtlichen Fokus die Möglichkeit, gesellschaftliche Auswirkungen grundrechtlicher Freiheitsausübung bereits in die Auslegung der Freiheit selbst miteinzubeziehen. Auf diese Weise ergeben sich Orientierungspunkte für die Interpretation, die die Beliebigkeit einer rein subjektivrechtlichen Freiheit ergänzen können. Zum anderen ermöglicht sie, wiederum in Abgrenzung zu einer rein traditionalen Bestimmung der Freiheit,¹⁴⁶ eine Zweckbestimmung, die sich nicht lediglich an historische Strukturen klammert.¹⁴⁷

Aus der Perspektive dieser demokratisch-funktionalen Grundrechtstheorie¹⁴⁸ nimmt der Sinnkern der Grundrechte damit die Form einer „von unten nach oben verlaufende[n] Staatshervorbringung“¹⁴⁹ an: Die Bedeutung der Grundrechte liegt weniger darin, ihren Träger*innen eine Laissez-faire-Nutzung zu ermöglichen, als vielmehr den freiheitlichen Rahmen *dafür* zu schaffen, ein demokratisches Gemeinwesen mit Leben füllen zu können. Somit erscheint es aus demokratisch-funktionaler Interpretationsperspektive einleuchtend, die Freiheit des Mediums an seine Funktion zugunsten der Staats- oder vielmehr: *Demokratiehervorbringung* zu koppeln, teils wird von *Instrumentalgrundrechten*¹⁵⁰ gesprochen.

Diese Möglichkeit wird im Übrigen nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass man mit Verweis auf „multifunktionale Grundrechtssichtweisen und additive[n] Methodenpluralismus“¹⁵¹ eine solche einseitige Verengung auf die demokratisch-funktionale Grundrechtsinterpretation nicht teilen mag. Zwar sind nach ganz allgemeiner Ansicht Grundrechte „in erster Linie individuelle Rechte, Menschenrechte und Bürgerrechte, die den Schutz konkreter, besonders gefährdeter Bereiche

¹⁴⁵ Siehe oben unter Teil 2 A., S. 31 ff.

¹⁴⁶ Siehe oben, S. 126.

¹⁴⁷ Siehe Jarass, Die Freiheit der Massenmedien (1978), S. 136 ff.

¹⁴⁸ Siehe grundlegend Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation (1991), S. 133 ff. m. w.N.

¹⁴⁹ Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation (1991), S. 133.

¹⁵⁰ So – sowohl mit Blick auf die Rundfunk- als auch die Pressefreiheit – Starck, Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen? (2002), S. 167.

¹⁵¹ Bethge, Der Grundrechtseingriff (1998), S. 53.

menschlicher Freiheit zum Gegenstand haben“¹⁵², womit statt der demokratisch-funktionalen eher die liberale Grundrechtstheorie in den Vordergrund rückt. Jedoch hat das Grundgesetz auch das Kernproblem einer solchen rein liberalen Auffassung, „die relative Blindheit gegenüber den sozialen Voraussetzungen der Realisierung grundrechtlicher Freiheit, aufgenommen und durch die Festlegung des Sozialstaatsauftrags als eines verbindlichen, dem Rechtsstaat nebengeordneten Verfassungsprinzips einer positiven Lösung zugeführt“¹⁵³. So schwierig also eine einseitige Interpretation der Rundfunkfreiheit als purem Funktionsgrundrecht erscheinen mag, so diskussionswürdig ist es zumindest, den Grundrechtsteil der Verfassung einem zweckbefreiten *Anything-goes-Egoismus* der Grundrechtsträger*innen zu überlassen. Im Bezug auf die Rundfunkfreiheit begann vor gut einem halben Jahrhundert die juristische Auseinandersetzung über die Rolle der funktionalen Grundrechtsinterpretation:

Ihren Ursprung findet die funktionale Perspektive auf die Rundfunkfreiheit in zwei Gutachten von Lerche sowie Stern/Bethge,¹⁵⁴ die als Erste eine vorwiegend objektivrechtliche Funktion der Rundfunkfreiheit in einer Gesamtschau argumentativ ausbreiten. Dort ist zunächst von einem „konstitutive[n] Ordnungsgehalt“ des Art. 5 GG die Rede, „der sich mit dem Freiheitsgehalt unlöslich verbindet“ und „mithin von der ‚liberalen‘ Seite des Art. 5 GG nicht isoliert werden darf“¹⁵⁵. Demzufolge stehe den Grundrechtsträger*innen im Falle eines Mangels an verfassungskonformer, einfachgesetzlicher Rundfunkregulierung keinesfalls die Rundfunkfreiheit als unbegrenzte Freiheit zu. Vielmehr entfalte Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG unter diesen Bedingungen – im Gegenteil – eine Sperrwirkung zur Verhinderung ungebremsten Einflusses von Rundfunkveranstaltern auf die Meinungsbildung. Darauf aufbauend wird schließlich gar eine individuelle Freiheit der Rundfunkgründung (als deutlichste Ausprägung der Rundfunkfreiheit) im Rahmen eines privatwirtschaftlichen Betriebs *insgesamt* verneint: „Eine Privatisierung im Sinne einer Kommerzialisierung ist ausgeschlossen.“¹⁵⁶

¹⁵² So das Bundesverfassungsgericht bereits im Mitbestimmungsurteil (BVerfGE 50, 290 (337)). Zum „Primat des subjektiven Rechts“ siehe auch die Darstellung bei Stern, in: HStR³ IX, § 185 Rn. 52 ff., insb. Rn. 53 m. w. N.

¹⁵³ Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation (1991), S. 144.

¹⁵⁴ Lerche, Rundfunkmonopol: Zur Zulassung privater Fernsehveranstaltungen (1970); Stern/Bethge, Öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Rundfunk (1971). Siehe auch die umfassende Zusammenfassung und Einordnung in den zeitgenössischen Literaturkanon im Anschluss ans dritte Rundfunkurteil des Bundesverfassungsgerichts bei Wieland, Die Freiheit des Rundfunks (1984), S. 61 ff.; umfassend hierzu auch Scheuner, Das Grundrecht der Rundfunkfreiheit (1982), S. 17 ff. Mit Blick auf die Pressefreiheit hatte bereits Ridder von einer im Vordergrund stehenden, öffentlichen Aufgabe der Presse gesprochen (Ridder, Meinungsfreiheit, S. 258). Siehe hierzu auch oben, Teil 2 E. IV. 2., S. 112 ff.

¹⁵⁵ Lerche, Rundfunkmonopol: Zur Zulassung privater Fernsehveranstaltungen (1970), S. 37 f.

¹⁵⁶ Stern/Bethge, Öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Rundfunk (1971), S. 58 mit zahlreichen w.N., wenn auch auf S. 60 f. wieder etwas zurückrudern; ähnlich auch Lerche, Rundfunkmonopol: Zur Zulassung privater Fernsehveranstaltungen (1970), S. 99 ff.

Auf diese Argumentation sattelten in den folgenden Jahren zahlreiche weitere Ausführungen auf. Sie beginnen meist mit einer pathetisch klingenden Beschreibung – manches Mal wohl eher: Zuschreibung – der Funktion des Rundfunks, etwa seiner Rolle „als Voraussetzung und Garant der Funktionsfähigkeit der Verfassungsordnung“¹⁵⁷. Diese besondere Bedeutung des Rundfunks, so die Argumentation, müsse als objektivrechtlicher Aspekt auch in die Grundrechtsauslegung einfließen. Auf diese Weise könne und dürfe eine ungebunden-liberale Freiheit nur „solange eingeräumt [werden], wie die Ausübung privatautonomer Gestaltungsmacht dem objektiv-rechtlich verwurzelten Normzweck dient“¹⁵⁸.

Zweifellos präsentieren die Vertreter*innen eines funktionalen Verständnisses der Rundfunkfreiheit gute Gründe dafür, dem Medium eine objektivrechtliche Funktion sowohl innerhalb des Art. 5 Abs. 1 GG als auch mit Blick auf die freiheitliche demokratische Grundordnung der Verfassung *insgesamt* zuzugestehen. Ungleich schwieriger ist jedoch die Herausforderung, die individualrechtliche Seite der Rundfunkfreiheit – also den im Rahmen der üblichen Grundrechtsinterpretation zentralen Charakter einer Freiheit – überzeugend zu verneinen oder zumindest so stark einzuschränken, dass die objektivrechtliche Dimension die überwiegende Bedeutung entfalten kann. Aus diesem Grund findet sich statt eines Ausschlusses der individualrechtlichen Perspektive häufig eine zweischrittige Argumentation, die zunächst betont, eine subjektivrechtliche Dimension solle keinesfalls von vornherein ausgeschlossen werden,¹⁵⁹ im Anschluss jedoch unter Verweis auf die besondere objektivrechtliche Bedeutung der Rundfunkfreiheit ihre subjektivrechtliche beinahe vollständig begräbt – oder in den Worten der Befürworter*innen dieses Ansatzes: „„auf eigene Füße“ [...] stellt“¹⁶⁰. Grundlage ist meist mindestens eine von zwei Argumentationslinien, die die Rolle der subjektivrechtlichen Freiheitskomponente zugunsten der objektivrechtlichen Dimension aushebeln sollen: Sei es mit der Begründung, eine primär subjektivrechtliche Interpretation der Freiheit werde dem Einfluss des Rundfunks auf die Demokratie nicht gerecht; sei es mit dem Argument, eine Ausrichtung der Rundfunkfreiheit an ihrer Bedeutung für den demokratischen Diskurs sei gar nicht unbedingt zum Nachteil der subjektiven Freiheit, sondern könne sie sogar durch die größere Bedeutung der Freiheit verstärken.¹⁶¹

¹⁵⁷ Hoffmann-Riem, Rundfunkfreiheit durch Rundfunkorganisation (1979), S. 15.

¹⁵⁸ Gersdorf, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für den grenzüberschreitenden privaten Rundfunk (1993), S. 36; ähnlich Bethge, Die verfassungsrechtliche Problematik der Zulassung von Rundfunkveranstaltern des Privatrechts (1981), S. 67 f.

¹⁵⁹ Siehe etwa Bethge, Die verfassungsrechtliche Problematik der Zulassung von Rundfunkveranstaltern des Privatrechts (1981), S. 72.

¹⁶⁰ Gersdorf, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für den grenzüberschreitenden privaten Rundfunk (1993), S. 36.

¹⁶¹ Siehe für einen typischen Verlauf dieser Argumentation Gersdorf, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für den grenzüberschreitenden privaten Rundfunk (1993), S. 33 ff.

Der Herausforderung, dass sich die Rundfunkfreiheit im ansonsten von „klassischen“ individuellen Abwehrrechten geprägten Grundrechtsteil befindet, begegnen die Befürworter*innen eines Funktionsgrundrechts schließlich mit dem Hinweis, lediglich die rechtstechnische „Konstruktion“ sei „nach liberalem Vorbild gezimmert“¹⁶². Auch werden Vertreter der funktionalen Rundfunkfreiheit nicht müde, zu betonen, niemand habe die Absicht, eine individualgrundrechtliche Komponente völlig *auszuschließen*.¹⁶³ Schließt man sich den Befürworter*innen eines funktionalen Verständnisses an, wird die Rundfunkfreiheit auf diese Weise allerdings zur „als ob“-Freiheit: Mag sie zwar allem Anschein nach wie eine liberale Individualfreiheit wirken, *gemeint* ist *eigentlich* etwas anderes: im Vordergrund steht ihre objektivrechtliche Komponente.

Es ist etwa nach Ansicht Baduras gerade nicht das Individuum, „zu [d]essen Gunsten die Garantie der Freiheit des Rundfunks eine Rechtszuweisung im Sinne eines Schutzanspruches ausspricht“¹⁶⁴. Vielmehr ließen sich nur dann „echte“ Freiheitsrechte im betroffenen Grundrecht – der Autor ist anscheinend bemüht, nicht „Rundfunkfreiheit“ zu sagen – verorten, sofern diese sich aus einer Verletzung der darin enthaltenen objektiven Gewährleistung durch den Staat ergäben.¹⁶⁵ In der Folge erscheinen Badura weniger private Akteur*innen als vielmehr die Rundfunkanstalten des öffentlichen Rechts realistische Grundrechtsträger zu sein: „Anders als die überkommene und historisch geprägte Pressefreiheit bezog und bezieht sich die Rundfunkfreiheit zuerst auf die vom Verfassungsgeber vorgefundene Sachlage eines öffentlich-rechtlichen Rundfunksystems“¹⁶⁶ – eine Ansicht, die zu Recht dafür kritisiert wird, dass sie aus der treuhänderischen Freiheit eine Freiheit des Treuhänders zu machen droht.¹⁶⁷

Die äußersten Positionen in dieser Hinsicht gehen so weit, dass mit der Rundfunkfreiheit „das Grundgesetz nicht dem einzelnen Bürger ein subjektives Individualgrundrecht einräumt, sondern objektivrechtlich einen Zustand der Berichterstattung durch Rundfunk schützt“¹⁶⁸. Stettner verweist gar auf die Rundfunkfreiheit als „ein (vielleicht das einzige?) nur objektiv-rechtlich zu verstehendes Grund-

¹⁶² Hoffmann-Riem, Rundfunkfreiheit durch Rundfunkorganisation (1979), S. 16.

¹⁶³ So spricht Bethge davon, eine solche Verneinung des individualrechtlichen Charakters sei „freilich wiederum auch niemals beabsichtigt“ gewesen (Bethge, Die verfassungsrechtliche Problematik der Zulassung von Rundfunkveranstaltern des Privatrechts, S. 68). Jarass nennt es ein subjektives Recht „im weiteren Sinn“ (Jarass, Die Freiheit der Massenmedien, S. 120).

¹⁶⁴ Badura, Verfassungsrechtliche Bindungen der Rundfunkgesetzgebung (1980), S. 29.

¹⁶⁵ Siehe Badura, Verfassungsrechtliche Bindungen der Rundfunkgesetzgebung (1980), S. 29.

¹⁶⁶ Badura, Verfassungsrechtliche Bindungen der Rundfunkgesetzgebung (1980), S. 31.

¹⁶⁷ So Scheuner, Das Grundrecht der Rundfunkfreiheit (1982), S. 21 unter Berufung auf Ossenbühl.

¹⁶⁸ Wieland, Die Freiheit des Rundfunks (1984), S. 94.

recht“¹⁶⁹. Andere arbeiten gewissermaßen mit einer Beweislastumkehr, indem sie zugunsten einer dienenden Freiheit argumentieren, dass „schon die Ausgangsannahme eines Grundrechts freier Gründung von Funkunternehmungen unbeweisen“¹⁷⁰ sei.

Eine weitere Ansicht vermutet einen zusätzlichen systematischen Zwischenbereich mancher Grundrechte „zwischen reinem Freiheitsrecht und bloßer staatlicher Einrichtung“¹⁷¹, für den im Einzelfall entschieden werden müsse, ob der Freiheitsaspekt oder der Organisationsaspekt der Norm überwiegt.¹⁷² Jedoch erscheint es beliebig, ein so grundlegendes Element wie den Charakter der Grundrechte in jedem Einzelfall einer Abwägung anheimzugeben. Subjektivrechtliche und objektivrechtliche Dimension sind nicht von der Grundrechtsinterpretation im Einzelfall abhängig, sondern vielmehr ihre Basis.¹⁷³

Es trug zu einer gewissen Befriedung dieses Meinungsstreits bei, dass das Bundesverfassungsgericht in seinem dritten Rundfunkurteil 1981 schließlich die Brücke zwischen der einseitig-objektivrechtlichen Interpretation und dem – nach Ansicht des Gerichts zumindest *auch* vorhandenen – subjektivrechtlichen Aspekt der Rundfunkfreiheit schlug. Denn die Funktionserfüllung des Rundfunks sei nur unter der Bedingung der „Freiheit des Rundfunks von staatlicher Beherrschung und Einflußnahme [möglich]. Insoweit hat die Rundfunkfreiheit, wie die klassischen Freiheitsrechte, abwehrende Bedeutung.“¹⁷⁴ Eine solche „lediglich negatorische Gestaltung“¹⁷⁵ jedoch reiche eben zur Gewährleistung der demokratischen Funktionserfüllung des Rundfunks nicht aus. Die Bedeutung der Rundfunkfreiheit erschöpfe sich nicht allein in der Abwehr staatlicher Interventionen. Vielmehr könne der Rundfunk in absoluter Freiheit gar nicht die zur Meinungsbildung dienende Vielfalt und umfassende Informationstätigkeit von selbst garantieren, weshalb „materielle, organisatorische und Verfahrensregelungen“ nötig seien.¹⁷⁶ Damit baute

¹⁶⁹ Rundfunkstruktur im Wandel, S. 4; ähnlich bereits *Schmidt*, Rundfunkfreiheit und Rundfunkgewährleistung (1980), S. 135 f.; *Badura*, Verfassungsrechtliche Bindungen der Rundfunkgesetzgebung (1980), S. 46.

¹⁷⁰ *Lerche*, Rundfunkmonopol: Zur Zulassung privater Fernsehveranstaltungen (1970), S. 99.

¹⁷¹ *Brugger*, Rundfunkfreiheit und Verfassungsinterpretation (1991), S. 17.

¹⁷² Siehe *Brugger*, Rundfunkfreiheit und Verfassungsinterpretation (1991), S. 17 f.

¹⁷³ Siehe auch oben zum einheitlichen Wert- und Anspruchssystem der Grundrechte, S. 152 f.

¹⁷⁴ BVerfGE 57, 295 (320). Zustimmend etwa *Gersdorf*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für den grenzüberschreitenden privaten Rundfunk (1993), S. 40. Hoffmann-Riem hatte noch argumentiert, auch die Staatsfreiheit des Rundfunks diene nicht dem Rundfunk, sondern indirekt der Meinungsbildungsfreiheit seiner Konsument*innen – und sei damit ebenfalls ein objektivrechtliches Element der Freiheit (*Hoffmann-Riem*, Rundfunkfreiheit durch Rundfunkorganisation, S. 16).

¹⁷⁵ BVerfGE 57, 295 (320).

¹⁷⁶ Siehe ebd. Klein verweist hier zu Recht darauf, dass die Formulierung des Gerichts, subjektiv- und objektivrechtliche Elemente würden sich „einander bedingen und stützen“

das Gericht mit Blick auf die Rundfunkfreiheit sein zwei Jahre älteres Mitbestimmungs-Urteil¹⁷⁷ weiter aus. Darin hatte es bereits festgestellt: „Nach ihrer Geschichte und ihrem heutigen Inhalt sind [Grundrechte] in erster Linie individuelle Rechte [...], die den Schutz konkreter, besonders gefährdeter Bereiche menschlicher Freiheit zum Gegenstand haben. Die Funktion der Grundrechte als objektiver Prinzipien besteht in der prinzipiellen Verstärkung ihrer Geltungskraft [...], hat jedoch ihre Wurzel in dieser primären Bedeutung“¹⁷⁸.

Für etwas Kopfzerbrechen sorgte das Gericht allerdings elf Jahre später, als es ein gutes Stück zurückruderte und feststellte, bei der Rundfunkfreiheit handele es sich „[i]m Unterschied zu anderen Freiheitsrechten des Grundgesetzes [...] nicht um ein Grundrecht, das seinem Träger zum Zweck der Persönlichkeitsentfaltung oder Interessenverfolgung eingeräumt ist“¹⁷⁹. Mancher stellt darauf aufbauend gar die Frage, ob die Rundfunkfreiheit überhaupt zu klassisch-liberalen Freiheiten gezählt werden kann.¹⁸⁰

Bemüht man sich allerdings, die verschiedenen Entscheidungen und Deutungen des Gerichts zur Freiheit des Rundfunks in Einklang zu bringen, erhält die Rundfunkfreiheit zwar eine besondere funktionale Bedeutung, die jedoch wohl auch der abwehrrechtlichen *Freiheitsdimension* aus Perspektive des Gerichts keinen Abbruch tun soll.¹⁸¹ Vielmehr bildet die funktionale Perspektive einen objektivrechtlichen Interpretationsrahmen, mit dessen Hilfe die Freiheitsgarantie erst in ihrer Reichweite bestimmt wird¹⁸² – und auf diese Weise ihre volle Wirkung nicht nur zugunsten des Individuums, sondern letztlich auch der demokratischen Gesellschaft entfaltet.

Doch ein solcher funktionaler Rahmen des Grundrechts steht aus Sicht mancher im Widerspruch zum Freiheitsgedanken der Grundrechte, wie das folgende Kapitel zeigen soll.

(BVerfGE 57, 295 (320), in einer solchen Gleichgewichtigkeit irreführend sei (*Klein*, Die grundrechtliche Schutzpflicht, S. 494).

¹⁷⁷ BVerfGE 50, 290.

¹⁷⁸ BVerfGE 50, 290 (337).

¹⁷⁹ BVerfGE 87, 181 (197).

¹⁸⁰ Siehe *Bethge*, Pluralismus als medienrechtliches Ordnungsprinzip? (2003), S. 470.

¹⁸¹ Siehe etwa die Verweise des Gerichts auf Rundfunkfreiheit als Veranstalterfreiheit (BVerfGE 95, 220 (234)) und Programmfreiheit (BVerfGE 59, 231 (258); 87, 181 (201); 90, 60 (87)) – bereits für Bewerber*innen um eine Rundfunklizenz (BVerfGE 97, 298 (312)). Hierzu auch *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichen Gewande (2000), S. 188.

¹⁸² Folgt man darüber hinaus der Ansicht, es handele sich bei der Rundfunkfreiheit um eine ausgestaltungsbedürftige Freiheit (siehe BVerfGE 57, 295 (320 f.)), hat diese Bestimmung der Reichweite durch den Gesetzgeber im Rahmen von Ausgestaltungsgesetzen zu erfolgen. Siehe auch unten, Teil 3 C. VI., S. 204 ff.

2. Subjektive Freiheit

Aus Sicht der Befürworter*innen einer puristischen, subjektivrechtlichen Grundrechtsinterpretation wäre eine funktionale Verpflichtung der Rundfunkfreiheit jedoch grundsätzlich nicht mit der Verfassung vereinbar. Vielmehr liege der Bedeutungsschwerpunkt der Grundrechte auf ihrer Rolle als individuellem Abwehrrecht. Eine funktionale Deutung führe im Widerspruch dazu zu einer „Entkernung“ der subjektiven grundrechtlichen Freiheit¹⁸³. Damit stehe sie dem auf Freiheit und Eigenverantwortung des Individuums ausgerichteten Grundgedanken unserer Verfassung entgegen: „Eine bloß noch funktionale, ‚dienende Freiheit‘ ist ein Widerspruch in sich selbst; sie hört [...] mindestens teilweise auf, als subjektive Freiheit zu bestehen“¹⁸⁴.

Dabei behaupten die Verfechter*innen der subjektivrechtlichen Dimension der Rundfunkfreiheit nicht, dass die Grundrechte – zusätzlich zur subjektiven Dimension – nicht auch bestimmte objektive Prinzipien und Werturteile transportieren könnten.¹⁸⁵ Doch ebensowenig wie die Grundrechte ohne die in ihnen enthaltenen objektivrechtlichen Wertentscheidungen interpretiert werden können,¹⁸⁶ so schlecht kann der objektivrechtliche Charakter eines Grundrechts gänzlich losgelöst von seinem subjektivrechtlichen Kern betrachtet werden: Dessen Funktion, das hat das Bundesverfassungsgericht sehr deutlich gemacht, hat „ihre Wurzel in [der] primären [subjektivrechtlichen] Bedeutung [...]. Sie lässt sich deshalb nicht von dem eigentlichen Kern lösen und zu einem Gefüge objektiver Normen verselbständigen, in dem der ursprüngliche und bleibende Sinn der Grundrechte zurücktritt“¹⁸⁷. Im Ergebnis ist dieser Ansicht nach die Rundfunkfreiheit eben in erster Linie klassisch subjektiv-abwehrrechtlich ausgerichtet und bietet *hierauf aufbauend* objektivrechtliche Orientierung für eine Gestaltung der Rundfunklandschaft – ohne dass die reale gesellschaftliche Bedeutung des Rundfunks seine Freiheit bereits in ihrer eigenen Reichweite begrenzt.¹⁸⁸ Die objektivrechtlichen Komponenten sollen, im Gegenteil,

¹⁸³ Klein, Die grundrechtliche Schutzpflicht (1994), S. 494.

¹⁸⁴ Klein, Die grundrechtliche Schutzpflicht (1994), S. 494. Ähnlich, explizit unter Verweis auf die dienende Vorstellung der Rundfunkfreiheit, Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, Art. 1 Rn. 171: „Entsubjektivierung der Grundrechte widerspricht den Grundrechtsnormen.“

¹⁸⁵ So der Vorwurf von Brugger, der etwa mit Blick auf Art. 7 auf Elemente des Grundrechtsteils verweist, die primär einen objektivrechtlichen Fokus aufweisen (Brugger, Rundfunkfreiheit und Verfassungsinterpretation, S. 15; ähnlich auch Krausnick, Das deutsche Rundfunksystem unter dem Einfluss des Europarechts (2005), S. 27). Dieses Argument lässt sich hingegen mit Blick auf den unterschiedlichen Wortlaut schnell entkräften – siehe oben, Teil 3 B. I. 1., S. 146 ff.

¹⁸⁶ Siehe, mit Blick auf die Medienfreiheit, etwa Hoffmann-Riem, Medienregulierung als objektivrechtlicher Grundrechtsauftrag (2002), S. 179.

¹⁸⁷ BVerfGE 50, 290 (337).

¹⁸⁸ Siehe den Überblick bei Gellermann, Grundrechte in einfachgesetzlichen Gewände (2000), S. 188 ff., unter Verweis etwa auf Klein, Rundfunkrecht und Rundfunkfreiheit (1981), S. 190; außerdem ausführlich und m. w. N. Hain, Rundfunkfreiheit als „dienende Freiheit“ –

die individuelle Freiheit verstärken und sich „nicht von diesem eigentlichen Kern lösen und zu einem Gefüge objektiver Normen verselbständigen, in dem der ursprüngliche, dem Schutz individueller Freiheitsräume verhaftete Sinn der Grundrechte zurücktritt“¹⁸⁹.

Ausgangspunkt der Sorge vor einer Rundfunkfreiheit ohne ausreichende subjektivrechtliche Komponenten sind Formulierungen wie jene Lerches, der vom Rundfunk als „einem wichtigen Instrument pädagogischer (i. w. S.) Einwirkung auf die Bevölkerung neben der Schule“ spricht und dies mit der „öffentliche[n] Verantwortung“ des Mediums legitimiert.¹⁹⁰ Solche funktionalistischen Begehrlichkeiten neigen zu staatlich verordneter Indoktrination und stehen einem Verständnis von Rundfunkfreiheit diametral entgegen. Dabei hilft es auch nicht, dass Befürworter*innen des Funktionalismus argumentieren, die Beachtung medialer Funktionen sei „keinesfalls per se als freiheitsverkürzend“¹⁹¹ zu interpretieren – schließlich wirke sich die besondere Bedeutung demokratischer Kommunikation in der Grundrechtsinterpretation *auch zugunsten* der Kommunikationsgrundrechte aus. Eine solche Argumentation kann jedoch nicht überzeugen, läuft sie doch schlicht auf ein trotziges „Es ist nicht *alles* schlecht!“ hinaus.

Andere Argumente, die gegen eine reine subjektivrechtliche Interpretation der Rundfunkfreiheit vorgebracht werden, knüpfen an ihre vermeintliche interpretatorische Leistungsschwäche an.¹⁹² So heißt es etwa, der Verzicht auf eine funktionale Perspektive auf die Freiheit mache notwendigerweise ihre teleologische Auslegung unmöglich, da ohne Einbezug der Normfunktion lediglich der (magere) Wortlaut, die Systematik und Historie des Grundrechts als Interpretationsansätze übrig blieben.¹⁹³ Eine solche Überzeichnung der subjektivrechtlichen Freiheit führt jedoch zu weit. Der Verzicht auf eine Funktionalisierung des Grundrechts verbietet selbstredend nicht eine Interpretation unter Beachtung (auch) des Zwecks der Norm. Vielmehr gebietet der Fokus auf die subjektivrechtliche Dimension schlicht eine Beschneidung des Schutzbereichs der Freiheit zugunsten von faktisch-funktionalen Interessen. Dies wird bereits durch einen genauen Blick auf den Unterschied der Wortwahl deutlich: Die *Funktion* des Rundfunks betrifft die (faktische) Wirkweise des Mediums und kann daher nicht zur Beschränkung der grundgesetzlichen Freiheit führen. Der *Zweck* hingegen ist eine normative Kategorie. Er bezeichnet das erwünschte, an-

ein Relikt? (2008), S. 29 ff. Ähnlich auch *Kloepfer*, in: HStR³ III, § 42 Rn. 65; *Starck*, Zur notwendigen Neuordnung des Rundfunks (2002), S. 467 ff.

¹⁸⁹ *Gersdorf*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für den grenzüberschreitenden privaten Rundfunk (1993), S. 40.

¹⁹⁰ *Lerche*, Landesbericht Bundesrepublik Deutschland (1979), S. 92.

¹⁹¹ *Gersdorf*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für den grenzüberschreitenden privaten Rundfunk (1993), S. 34.

¹⁹² Siehe etwa *Jarass*, Die Freiheit der Massenmedien (1978), S. 128 f.; *Gersdorf*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für den grenzüberschreitenden privaten Rundfunk (1993), S. 34 f.

¹⁹³ Siehe *Jarass*, Die Freiheit der Massenmedien (1978), S. 128 f.

gestrebte Ziel, den Telos der Freiheit, und spielt selbstredend auch für deren Auslegung eine Rolle.

Als weiteres Beispiel einer vermeintlichen Leistungsschwäche des klassisch-liberalen Grundrechtsverständnisses führt Gersdorf an, die staatsfern organisierte Medienaufsicht der Landesmedienanstalten sei damit nicht zu begründen, da es aus subjektivrechtlicher Sicht keinen Unterschied machen könne, ob der regulatorische Eingriff durch ein staatsfernes oder staatsnahes Gremium erfolge.¹⁹⁴ Damit trifft er jedoch den Nagel auf den Kopf: Es macht gerade keinen Unterschied, denn am Charakter der Rundfunkfreiheit ändert die Organisation der staatlichen Aufsicht gar nichts. Regulierungsverfügungen der Medienanstalten sind Eingriffe, ganz unabhängig davon, ob sie staatsnah oder staatsfern zustande gekommen sind. Die Staatsferne der Aufsicht spielt erst auf Schrankenebene eine Rolle – nämlich bei der Frage, ob der Eingriff in die Rundfunkfreiheit gerechtfertigt werden kann. Und hierbei kann auch eine klassisch-liberale Freiheitsinterpretation problemlos grundrechtsexterne (ggf. verfassungsimmanente) Argumente in die Schranken-Diskussion einbeziehen.¹⁹⁵

Jenseits solcher eher feinen Kritiklinien an der subjektivrechtlichen Perspektive auf die Rundfunkfreiheit steht die ganz grundsätzliche Frage nach dem Vertrauen auf demokratischen Erfolg der Gesellschaft allein auf Basis individueller Freiheit. Verfechter der Bedeutung einer solchen subjektiven, ungelenkten Freiheit ist Klein, der markant formuliert:

„[D]ie Demokratie lebt von der Spontaneität des täglichen Plebiszits ihrer Bürger. Gerade deshalb kann ihre Rechtsordnung nicht mehr tun, als die Chance für das Zustandekommen dieses Plebiszits offenzuhalten. [...] Denn nur wer sich freiwillig um den demokratischen Staat müht, ist ihm von Nutzen. [Die Funktion aktiver politischer Betätigung hingegen] zum Inhalt des Grundrechts zu machen und seine Grenzen von ihm her zu bestimmen, bedeutet jedoch nichts anderes, als an die Stelle freiwilligen politischen Handelns den (direkten oder indirekten) Rechtszwang zur Teilnahme an der Bildung der öffentlichen Meinung in politis zu setzen.“¹⁹⁶

Aus dieser Perspektive ist eine funktionale Auslegung schlicht „Ausdruck fehlenden Vertrauens in die immanente Vernunft der Freiheit; sie ist ein Relikt obrigkeitstaatlichen Denkens. Dem Grundgesetz ist sie fremd“¹⁹⁷. Unter solchen primär

¹⁹⁴ Siehe *Gersdorf*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für den grenzüberschreitenden privaten Rundfunk (1993), S. 34 f.

¹⁹⁵ Ebenso bereits *Klein*, Die grundrechtliche Schutpflicht (1994), S. 494, Fn. 74.

¹⁹⁶ *Klein*, Öffentliche und private Freiheit (1971), S. 167 f.

¹⁹⁷ *Klein*, Die grundrechtliche Schutpflicht (1994), S. 494. Ebenso *Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt (2005), S. 174; *Bethge*, Pluralismus als medienrechtliches Ordnungsprinzip? (2003), S. 469 f.; sowie bereits *Arndt*, Die Rolle der Massenmedien in der Demokratie (1966), S. 4; *Scheuner*, Das Grundrecht der Rundfunkfreiheit (1982), S. 16 f.; *Stettner*, Rundfunkstruktur im Wandel (1988), S. 3 m. w. N.

subjektivrechtlichen Vorzeichen ist das Modell einer dienenden Freiheit schwerlich vorstellbar. „Das Subjekt im Status grundrechtlicher Freiheit dient nicht.“¹⁹⁸

3. Zwischenfazit: Kein verfassungskonformes Dienen möglich

Wie soeben gezeigt, laufen sowohl eine primär funktionale als auch eine vor allem subjektivrechtliche Grundrechtsinterpretation Gefahr, wichtige Bedeutungsebenen der Rundfunkfreiheit zu übersehen: sei es im ersten Fall die klassisch-liberale Beliebigkeit des Grundrechtsgebrauchs; sei es im zweiten Fall das sich aus einem ungezügelten Gebrauch ebendieser Freiheit ergebende Risiko für die Gesellschaft insgesamt.

Hinten diesem Dilemma steht die Grundfrage, wie die zweifellos vorhandene gesellschaftliche Funktion des Rundfunks – oder besser: der Medien insgesamt – grundrechtsdogmatisch eingebunden werden muss oder zumindest kann. Ist sie geeignet, bereits die Reichweite der entsprechenden Freiheit zu definieren, wie es die Vertreter*innen der funktionalen Grundrechtsinterpretation, unter ihnen das Bundesverfassungsgericht, argumentieren? Oder hat die faktische Funktion der Medien in der Bestimmung des Schutzbereichs der dazugehörigen Freiheit nichts zu suchen, wie es Befürworter*innen der „klassischen“, subjektivrechtlichen Freiheitsdimension vorbringen?

Es lohnt, sich im Rahmen dieses Meinungsstreits vor Augen zu führen, dass die Berücksichtigung der objektiven Grundrechtsdimension nicht zwingend die subjektive Freiheitsdimension begrenzen muss. Vielmehr ist es auch möglich, der objektivrechtlichen Dimension des Grundrechts gerecht zu werden, *ohne* die geschützte Freiheit einzuschränken. Wie oben dargestellt,¹⁹⁹ führen andere der in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG verbürgten objektivrechtlichen Elemente der Medienfreiheit – von der Staatsfreiheit über das Redaktionsgeheimnis bis zum Informantenschutz – gerade nicht zu einer Beschränkung des Schutzbereichs, sondern definieren die Grenzen der Freiheit vielmehr *zugunsten* der Grundrechtsträger*innen.

Auch jene objektivrechtlichen Aspekte, die potenziell die Medienfreiheit einschränken – etwa eine sich aus dem Vielfaltgebot ergebende Regulierung der Medienlandschaft –, werden gerade *nicht* als Begrenzung des freiheitlichen *Schutzbereichs* verstanden, sondern bilden vielmehr einen Handlungsauftrag an den Staat, der gegebenenfalls auf der *Schrankenebene* einen Eingriff in die Freiheit rechtfertigt.

¹⁹⁸ Hain, Rundfunkfreiheit als dienende Freiheit? (2011), S. 67; ähnlich bereits Hain, Rundfunkfreiheit als „dienende Freiheit“ – ein Relikt? (2008), S. 30: „Dem Status grundrechtlicher Freiheit ist aber die Kategorie des Dienens wesensfremd.“ Ebenso Huber, Das bayerische Rundfunkmodell im Lichte seiner verfassungs und unionsrechtlichen Rahmenbedingungen (2004), S. 613; Mafi Gudarzi, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken (2022), S. 73 ff.

¹⁹⁹ Siehe oben unter Teil 2 E. IV. 2., S. 120 ff.

Vor diesem Hintergrund erscheint ein die Freiheitsdimension begrenzender, dienender Charakter nicht nur als systemwidriger, sondern auch als unnötiger Sonderfall. Gersdorf stellt zu Recht fest: „Es geht dogmatisch schlechthin nicht an, den objektivrechtlichen Aspekt der Grundrechte teils als Mittel zur Begrenzung und Verkürzung individueller Freiheiten einzusetzen, teils dessen grundrechtsfördernde und -erweiternde Funktion herauszustellen.“²⁰⁰ Die dargestellte Argumentation einiger Vertreter einer funktionalen Grundrechtsinterpretation, durch die objektivrechtlichen Aspekte der Rundfunkfreiheit entfalte diese gar eine Sperrwirkung gegenüber ihren Träger*innen, überspannt vollends den Bogen der funktionalen Auslegung.

Es ist daher überzeugender, den Kern der grundrechtlichen Rundfunkfreiheit im Besonderen²⁰¹ und der Medienfreiheit im Allgemeinen in ihrer subjektivrechtlichen Dimension zu verorten.²⁰²

Dass diese subjektivrechtliche Priorisierung derweil nicht einen Verzicht auf objektivrechtliche Elemente bedeuten muss, ist bereits dargelegt worden. Diese jedoch fungieren dann entweder als zusätzliche Sicherung gegen staatliche Eingriffe (Redaktionsgeheimnis, Informantenschutz etc.) oder rechtfertigen gegebenenfalls Beschränkungen der Freiheit (Organisations- und Finanzierungsvorgaben zugunsten der Vielfaltsicherung etc.).²⁰³

Bedeutet eine solche Renaissance der *Freiheit* in Rundfunkfreiheit damit das Ende der besonderen verfassungsrechtlichen funktionalen Verpflichtung oder besser: Verantwortung, die das Grundgesetz den Medien insgesamt und insbesondere dem Rundfunk auferlegt?

²⁰⁰ Gersdorf, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für den grenzüberschreitenden privaten Rundfunk (1993), S. 40.

²⁰¹ Für eine Beschreibung der Abkehr des Rundfunkfreiheit von einem Funktional- hin zu einem Individualgrundrecht siehe Tief, Kommunikation auf Facebook, Twitter & YouTube (2020), S. 43 ff.

²⁰² Dass diese Grundrechtsfunktion im Sinne eines *status negativus* die „Sinnmitte“ (BVerfGE 61, 82 (101)) darstellt, darf als Konsens der Verfassungsrechtswissenschaft gelten, vergleiche nur Sauer, in: Dreier, GG⁴, Vor Art. 1 Rn. 75, 94; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, Art. 1 Rn. 182 ff.; Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 14 ff.; Sachs, in: Sachs, GG, Vorb. zu Abschnitt I Rn. 64 ff., jeweils m. w. N. Siehe für einen expliziten Bezug auf die Bedeutung für die Rundfunkfreiheitsdogmatik auch Hain, Rundfunkfreiheit und Rundfunkordnung (1993), S. 58 ff., insb. S. 68 f. St. Rspr. seit Lüth, BVerfGE 7, 198 (204 f.); vergleiche etwa BVerfGE 21, 362 (369); 61, 82 (100 f.); 68, 193 (205).

²⁰³ Auch das Bundesverfassungsgericht, das einen solchen subjektivrechtlichen Fokus nach Ansicht Starcks ohnehin „auf lange Sicht nicht mehr wird vermeiden können“ („Grundversorgung“ und Rundfunkfreiheit, S. 3262), legt in jüngeren Entscheidungen einen zunehmenden Fokus auf das subjektivrechtliche Element der Rundfunkfreiheit, siehe etwa BVerfGE 121, 30 (59); ähnlich bereits BVerfGE 97, 298 (312 f.). Siehe hierzu auch die Übersicht „subjektivrechtliche[r] Aspekte in der Position des BVerfG“ bei Davis, Die „dienende“ Rundfunkfreiheit im Zeitalter der sozialen Vernetzung (2019), S. 35 f.; sowie Degenhart, in: BK GG, Art. 5 Abs. 1 und 2 (2017) Rn. 303.

Statt in der überkommenen Sonderdogmatik zu verharren, sollen die folgenden Seiten den Versuch unternehmen, die Verantwortung von Medien und Gesetzgeber für eine funktionierende Öffentlichkeit auf verfassungskonforme Füße zu stellen. Es gilt, zu untersuchen, (1) welche alternative, verfassungskonforme Möglichkeit es gibt, dem medialen Risiko zu begegnen, auf das die Figur der dienenden Freiheit abzielt, sowie (2) ob vor diesem Hintergrund eine Neubewertung des Risikos angezeigt ist, aufgrund derer nicht nur der Rundfunk, sondern die Medien *insgesamt* der zu erarbeitenden neuen Dogmatik zu unterwerfen sind.

C. Schützen statt Dienen – Staatsauftrag zur Medienregulierung?

Zwar haben die vergangenen Kapitel verdeutlicht, dass das Konzept einer dienenden Freiheit – auch mit Blick auf den Rundfunk – nicht tragfähig ist. Dieser Befund jedoch ändert nichts an der Bedeutung und den potenziellen *Risiken der Medien für die Meinungsbildung*, mit denen sich das Bundesverfassungsgericht immer wieder im Rahmen der Diskussion des „Dienens“ auseinandersetzt.²⁰⁴ Denn auch wenn die Bedeutung der Medien nicht zur dienenden Einengung des Schutzbereichs ihrer Freiheit taugt: Damit ist nicht gesagt, dass mögliche mediale Auswirkungen auf die Meinungsbildung verfassungsrechtlich ohne Bedeutung wären.²⁰⁵ Zwar mag die Definition des Schutzbereichs der Medienfreiheit nicht betroffen sein. Doch sei es im Rahmen der Schrankengesetze gemäß Absatz 2; sei es als eigene verfassungsimmanente Schranke:²⁰⁶ Die Meinungsbildungsfreiheit kann in jedem Falle als Eingriffsrechtfertigung auf Schrankenebene eine Rolle spielen, wenn es darum geht, das dargestellte mediale Risiko regulatorisch einzuhegen.²⁰⁷

Zwar lag der Schwerpunkt in der Auseinandersetzung mit einer „dienenden“ Sonderdogmatik bisher auf der Rundfunkfreiheit. Doch eine an der Meinungsbildung orientierte Eingriffsrechtfertigung besteht nicht exklusiv für den Rundfunk. Denn das Risiko für die Meinungsbildung besteht nicht nur aufgrund *eines* Massenme-

²⁰⁴ Siehe oben, Teil 3 A., S. 135 ff.

²⁰⁵ So auch Grunenberg, Suchmaschinen als Rundfunk (2017), S. 141.

²⁰⁶ Ob verfassungsimmanente Schranken für Art. 5 Abs. 1 GG eine Rolle spielen können oder ob die explizite Schrankenvorschrift des Absatz 2 insofern abschließend ist, kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben. In jedem Falle ist Medienregulierung zugunsten freier Meinungsbildung unproblematisch von der Schranke der allgemeinen Gesetze im Rahmen von Sonderrechtslehre und Wechselwirkungstheorie erfassst. Kritisch zu verfassungsimmanenten Schranken für Art. 5 Abs. 1 GG etwa Bumke/Vosskuhle, Casebook Verfassungsrecht (2013), Rn. 112; Bethge, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 173 ff. m. w. N. Für kollidierendes Verfassungsrecht als mögliche Schranke hingegen Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 5 Rn. 79 f. m. w. N.

²⁰⁷ Siehe hierzu ausführlich Laude, Automatisierte Meinungsbeeinflussung (2021), S. 77 ff., insb. S. 83 ff.

diums, sondern potenziell ebenso mit Blick auf weitere in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG genannte (und, wie oben gezeigt:²⁰⁸ auch auf jene dort *nicht* genannte) Mediengattungen.²⁰⁹ Die gemeinsame Schranke des Absatz 2 ist ein weiterer Hinweis auf diese Parallele verschiedener Mediengattungen.

Vollzieht man diesen Schwenk von der Sonderdogmatik des „Dienens“ des Schutzbereichs hin zur Eingriffsrechtlfertigung in denselben, lässt sich ein Eingriff in die Medienfreiheit zum Schutz der Meinungsbildung zwar verfassungsrechtlich möglicherweise rechtfertigen. Doch die bloße *Möglichkeit* der Rechtfertigung eines solchen Eingriffs durch Medienregulierung bleibt offensichtlich in ihrer Verbindlichkeit weit hinter dem stets dienenden Charakter der Rundfunkfreiheit zurück, für den einst argumentiert wurde. Mit welcher Intensität unter diesen Vorzeichen in die Medienfreiheit gestaltend eingegriffen werden sollte, ist – sofern es sich im zu rechtfertigenden Rahmen bewegt – vielmehr dem Gesetzgeber überlassen.

Dass die Regulierungsintensität im Rahmen möglicher Schranken damit an den Gesetzgeber überantwortet wird, ist nicht per se ungewöhnlich. Vielmehr ist es eher die Regel als die Ausnahme, dass Regierung und Parlament ihre Gesetzgebung – jeweils orientiert an den realen Gegebenheiten – nachschärfen oder ausdünnen und nicht bloß geltendes Verfassungsrecht in einfachgesetzlicher Form nachbilden. Jedoch drängt sich mit Blick auf die demokratierelevante Bedeutung der Medien die Frage auf, ob es dem Gesetzgeber tatsächlich gänzlich anheim gestellt sein kann, ob er *überhaupt* zum Schutze der Meinungsbildung in eine andernfalls der unsichtbaren Hand des Meinungsmarktes überlassene Freiheit der Medien eingreifen will.

In anderen Worten: Wenn Medien verfassungsrechtlich nicht als der Meinungsbildungsfreiheit dienend angesehen werden können, kann der Gesetzgeber gegenüber den Medien dann auch eine Laissez-faire-Herangehensweise aus den ihm zur Verfügung stehenden Regulierungsoptionen wählen? Oder steht der Staat – auch ohne dienende Freiheit – in der Pflicht, sich für einen regulatorischen Rahmen zu entscheiden, der die medialen Risiken für die Meinungsbildungsfreiheit zumindest grundlegend einhegt?

Eine solche Pflicht zur Medienregulierung kann, wie dargestellt, nicht auf der Medienfreiheit selbst fußen. Doch woraus könnte sich ein entsprechender Handlungsauftrag alternativ ergeben?

Zur Lösung dieser Frage lohnt es sich, die Perspektive grundsätzlich zu verschieben – und zwar von der Bedrohung durch Medien hin zum Objekt der medienregulatorischen Sorge: Statt einen Regulierungsauftrag des Staates aus der Medienfreiheit des Satzes 2 des Art. 5 Abs. 1 GG und ihrem vermeintlich dienenden Charakter zu entwickeln, ließe er sich stattdessen auf der Meinungsbildung als einem verfassungsrechtlichen Schutztugt des Satzes Eins fußen. Damit ist allerdings keine

²⁰⁸ Siehe Teil 2 E. II., S. 95 ff.

²⁰⁹ So auch *Davis*, Die „dienende“ Rundfunkfreiheit im Zeitalter der sozialen Vernetzung (2019), S. 191 f.

Abwägung im Einzelfall im Sinne eines Ausgleichs konkurrierender Grundrechte zweier Grundrechtsträger auf Schrankenebene gemeint. Vielmehr geht es – insofern auf ähnlich abstrakter Ebene wie das Konzept einer dienenden Freiheit – um die grundsätzliche Rolle, die dem Staat angesichts medialer Risiken für die Meinungsbildungsfreiheit möglicherweise zukommt. Es geht um die Frage nach einem Schutzauftrag des Staates zugunsten der Meinungsfreiheit.²¹⁰

Ein solcher Schutzauftrag, der über die bloße Abwägung einzelner kollidierender Grundrechte im Einzelfall hinausgeht, hat Ausdruck in der Lehre grundrechtlicher Schutzpflichten gefunden. Nach einer kurzen²¹¹ Einführung in ihre Konstruktion sollen die folgenden Kapitel den Versuch unternehmen, die Lehre grundrechtlicher Schutzpflichten für die Medienregulierung zu nutzen.

I. Überblick der Schutzpflichtdogmatik

Während die abwehrrechtliche Dimension der Grundrechte dem Individuum Schutz *vor* dem Staat bietet, geht es bei staatlichen Schutzpflichten um die Kehrseite dieser Medaille – Grundrechtsschutz *durch* den Staat. Denn die Abwesenheit eines grundrechtsschädlichen Eingriffs des Staates allein ist nicht immer ausreichend dafür, dass Grundrechtsträger*innen ihre Rechte auch faktisch ausüben können. Vielmehr, so die Schutzpflichtenlehre, kommt dem Staat in bestimmten Situationen, in denen die Grundrechte seiner Bürger*innen durch Dritte oder externe Einflüsse gefährdet werden – Isensee spricht von „Übergriff“ statt „Eingriff“ in die Grundrechte Betroffener²¹² – die Rolle eines Grundrechtsermöglchers zu. In den Worten Kleins: „Der Staat schuldet den Inhabern der den Grundrechtsnormen entfließenden Rechte die Bereitstellung derjenigen rechtlichen Voraussetzungen, auf die sie für ihre Entfaltung notwendig angewiesen sind.“²¹³

²¹⁰ Siehe zu diesem Perspektivwechsel ausführlich Grunenberg, Suchmaschinen als Rundfunk (2017), S. 140 ff. Einen solchen schlicht feststellend *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 214 ff.; im Ansatz auch Davis, Die „dienende“ Rundfunkfreiheit im Zeitalter der sozialen Vernetzung (2019), S. 186 ff. Für eine Schutzpflicht des Staates zugunsten der Meinungsfreiheit Laude, Automatisierte Meinungsbeeinflussung (2021), S. 276 f. Ähnlich wie hier, wenn auch mit Fokus auf den Jugendmedienschutz, Cole/Ukrow/Etteldorf, Zur Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten im Mediensektor: Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung medienvielfaltsbezogener Maßnahmen (2020), S. 199 ff. Noch zweifelnd etwa Kühling, in: Gersdorf/Paal, Beck-OK InfoMedienR, Art. 5 GG Rn. 18.

²¹¹ Im Übrigen wird auf den umfassenden Literaturkanon zu diesem Thema verwiesen, siehe insbesondere Isensee, in: HStR³ IX, § 191, besonders Fn. 4 m. w. N. Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten (2005); Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten (1996).

²¹² Siehe Isensee, in: HStR³ IX, § 191 Rn. 3; begrifflich ebenso Callies, in: HGR II, § 44 Rn. 18.

²¹³ Klein, Die grundrechtliche Schutzpflicht (1994), S. 491.

Staatstheoretische Wurzel der Schutzpflicht-Idee ist die Hobbes'sche Vorstellung des Staates – oder vielmehr: der Staatsgewalt – als Garant für die Sicherheit der Bürger*innen, und damit als Garant für die Grundlage jeder Ausübung von Freiheit *überhaupt*.²¹⁴ Zwar finden sich im Grundgesetz auch einzelne explizite Verweise auf diesen Schutzauftrag des Staates,²¹⁵ jedoch handelt es sich bei diesen ausdrücklich genannten Schutzbezügen weniger um einen abschließenden Kanon als vielmehr um nebenbei genannte Selbstverständlichkeiten, um *obiter dicta* der Verfassung.²¹⁶ Anknüpfungspunkt der Schutzpflichtdogmatik sind gerade nicht (nur) jene expliziten Nennungen im Verfassungstext, sondern die Gesamtheit der Grundrechte, aus denen sich der Schutzauftrag des Staates ergibt.

Mit Bumke lassen sich drei Typen dieser Schutzpflicht unterscheiden: die *Sicherheitspflicht*, die den Staat veranlasst, Maßnahmen zum Schutz seiner Bürger*innen voreinander sowie vor ausländischen Staaten zu ergreifen; die *Verbotspflicht*, die gewissermaßen spiegelbildlich dazu zwingt, bestimmtes Verhalten seiner Bürger*innen zum Schutz der Grundrechtspositionen anderer Bürger*innen zu untersagen; sowie die *Risikovorsorgepflicht*, die den Staat zum aktiven Umgang mit Risiken zwingt.²¹⁷ Diese Unterscheidung ist von Bedeutung, da die Verbotspflicht wie auch die Sicherheitspflicht als konkrete Handlungspflicht wirkt: Sie „verlangt ein ganz bestimmtes Verhalten, die Risikovorsorgepflicht dagegen [...] gebietet nur ein Tätigwerden in eine bestimmte Richtung“²¹⁸ – und reduziert damit zugleich die gerichtliche Kontrolldichte.

Wie genau die dogmatische Herleitung aussieht, darüber sind sich Literatur und Rechtsprechung uneins. Die Ansätze reichen von der bereits angesprochenen Sicherheitsfunktion des Staates und das Argument, die „Unantastbarkeit“ im Wortlaut (Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG) bedeute einen Schutz der Grundrechte gegen Eingriffe nicht nur des Staates, über eine Ableitung aus der Menschenwürde oder gar direkt aus dem Abwehrcharakter der Grundrechte bis hin zu der These, bereits die Existenz von möglichen Grundrechtsschranken entfalte einen Schutzauftrag an den Staat, nämlich zugunsten der durch die Schranken geschützten Freiheiten.²¹⁹ Bei aller Uneinigkeit

²¹⁴ Umfassend hierzu der inzwischen wohl als feste Referenz zu bezeichnende Vortrag von Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit. Siehe darüber hinaus auch Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten (2005), S. 21 ff. sowie Callies, in: HGR II, § 44 Rn. 1 ff. m. w. N.

²¹⁵ Dieser Auftrag reicht on der Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, die Würde des Menschen zu achten und zu schützen (Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG) bis zum Schutzauftrag für „Ehe und Familie“ und „jede Mutter“ (Art. 6 Abs. 1 und 4 GG). Siehe hierzu Möstl, in: Stern/Sodan/Möstl, StaatsR III, § 68 Rn. 3; sowie bereits ausführlich Stern/Sachs/Dietlein, in: Stern, Staatsrecht III/1, S. 934 f.

²¹⁶ So etwa Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten (2005), S. 31; ähnlich bereits Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten (1996), S. 75.

²¹⁷ Siehe umfassend Bumke, Der Grundrechtsvorbehalt (1998), S. 76 ff.

²¹⁸ Bumke, Der Grundrechtsvorbehalt (1998), S. 77.

²¹⁹ Siehe hierzu ausführlich etwa Lindner, Theorie der Grundrechtsdogmatik (2005), S. 356 ff.; Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten (1996), S. 37 ff.;

in der Herleitung besteht hingegen Einigkeit in der Existenz wie auch praktischen Relevanz der grundrechtlichen Schutzpflichten.²²⁰

Ebenso unbestritten ist der Befund, dass vor allem das Bundesverfassungsgericht als „Motor der Schutzpflichtenlehre“²²¹ dieselbe in einer Reihe wegweisender Entscheidungen zu voller Entfaltung gebracht hat. Nach Andeutungen etwa in der Fürsorgeentscheidung²²² und dem Hochschulurteil²²³ breitete das Gericht im ersten Abtreibungsurteil²²⁴ die Schutzpflichtenlehre mit Blick auf das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) umfassend aus und stellte klar:

„Die Schutzpflicht des Staates ist umfassend. Sie verbietet nicht nur – selbstverständlich – unmittelbare staatliche Eingriffe in das sich entwickelnde Leben, sondern gebietet dem Staat auch, sich schützend und fördernd vor diese Leben zu stellen, das heißt vor allem, es auch vor rechtswidrigen Eingriffen von seiten anderer zu bewahren.“²²⁵

Dass die staatlichen Schutzpflichten auch über unmittelbare Übergriffe in die körperliche Unversehrtheit hinausgehen und sich mindestens auf „die Freiheitsrechte“²²⁶ insgesamt bezogen sind,²²⁷ hat das Bundesverfassungsgericht in zahlreichen folgenden Entscheidungen deutlich gemacht. Dreier spricht zu Recht von einer „fast schon kanonisierte[n] Sequenz“²²⁸. Darunter befinden sich Entscheidungen wie *Kalkar I*²²⁹ und *Mülheim-Kärlich*²³⁰, die sich mit der Frage nach dem Ausmaß eines staatlicherseits zu tolerierenden Risikos möglicher Grundrechtsverletzungen durch die zivile Nutzung der Atomenergie auseinandersetzen; das *Schleyer-Urteil*,²³¹ das einerseits den Ermessensspielraum deutlich macht, in dessen Rahmen der Staat seine Schutzpflicht erfüllen kann und das sich „in besonders gelagerten Fällen auch auf die

ebenfalls *Murswieck*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik (1985), S. 101 ff.; *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten (2005), S. 34 ff., jeweils m. w. N.

²²⁰ Siehe nur *Sauer*, in: Dreier, GG⁴, Vor Art. 1 Rn. 115 ff. m. w. N.

²²¹ *Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten (1996), S. 29, dort und auf den folgenden Seiten auch ausführlich zur Entwicklung der Rechtsprechung. Siehe hierzu auch *Möstl*, in: Stern/Sodan/Möstl, StaatsR III, § 68 Rn. 3.

²²² BVerfGE 1, 97 (104).

²²³ BVerfGE 35, 79 (114).

²²⁴ BVerfGE 39, 1 (42 f.).

²²⁵ BVerfGE 39, 1 (42).

²²⁶ So etwa BVerfGE 92, 26, 46.

²²⁷ Ob eine Schutzpflichtdimension auch den Gleichheitsrechten zukommt, ist umstritten, kann im Rahmen dieser Ausarbeitung mit Fokus auf die *Medienfreiheit* jedoch dahingestellt bleiben. Eine Schutzpflicht für Gleichheitsrechte ablehnend etwa *Isensee*, in: HStR³ IX, § 191 Rn. 222. Siehe hierzu auch *Sauer*, in: Dreier, GG⁴, Vor Art. 1 GG Rn. 117 m. w. N.

²²⁸ Dreier, in: Dreier, GG, vor Art. 1 Rn. 104 Fn. 497; siehe auch *Isensee*, in: HStR³ IX, § 191 Rn. 146 ff.

²²⁹ BVerfGE 49, 89 (141 f.).

²³⁰ BVerfGE 53, 30 (57 f.).

²³¹ BVerfGE 46, 160 (164 f.).

Wahl eines bestimmten Mittels verengen“²³² kann, und das andererseits den Individualbezug der Schutzpflicht aufhebt, indem es klarstellt, dass sie „nicht nur gegenüber dem Einzelnen, sondern auch gegenüber der Gesamtheit aller Bürger“²³³ Wirkung entfaltet; sowie das *Schwangerschaftsabbruch-II-Urteil*,²³⁴ das das Untermaßverbot als Maßstab für Mindestanforderungen an den staatlichen Schutz etabliert – um nur schlaglichtartig einige der Entscheidungen des Gerichts zu diesem Thema zu nennen.

In jüngerer Vergangenheit hat das Gericht diese historische Sequenz ergänzt und etwa im *Klima-Beschluss*²³⁵ die Schutzpflicht-Dogmatik um eine intertemporale Dimension erweitert, die den Staat verpflichten kann, auch zukünftigen Grundrechtsbeeinträchtigungen bereits heute mit Maßnahmen zu begegnen – und zwar auch dann, wenn Schutzmaßnahmen des deutschen Staates allein nicht ausreichen, die Gefahr abzuwenden.²³⁶

Mit Dietlein hingegen die möglichen grundrechtlichen Schutzgüter für die Schutzpflichtdogmatik auf das Leben und die körperliche Unversehrtheit sowie die Unverletzlichkeit der Freiheit zu reduzieren,²³⁷ vermag nicht zu überzeugen. Denn dass „ein ‚Übergriff‘ in diese Güter regelmäßig und ohne weiteres als solcher erkannt werden kann“ und sie – im Unterschied zu anderen Freiheitsrechten – „in keinem auszugleichenden Spannungsverhältnis mit anderen Rechtsgütern“²³⁸ stünden, ist eine zu optimistische Diagnose, die grundrechtliche Abwägungsfragen mit Blick etwa auf Art. 2 Abs. 2 S. 1, 2 GG auszublenden scheint. Denn gerade der Ausgleich verschiedener Grundrechtspositionen ist im demokratischen Rechtsstaat nicht nur allgegenwärtig sondern zugleich auch der eigentliche Anknüpfungspunkt staatlicher Schutzpflichten: Diese „finden ihren Grund letztlich im staatlichen Gewaltmonopol und der zentralen Aufgabe des Rechts [...], die darin besteht, die Grundrechtssphären der Bürgerinnen und Bürger zu koordinieren“²³⁹.

Diese Aufgabe erkennt zwar auch Dietlein an²⁴⁰, schließt aus ihr jedoch, dass eine direkt aus den Grundrechten folgende Schutzpflicht die „Primärkompetenz des Gesetzgebers zur Ausgestaltung der Bürgerlichen Rechtsordnung (Art. 74 Nr. 1 GG)“ überginge. Doch die Schutzpflicht verweist schlicht darauf, dass aus der

²³² BVerfGE 46, 160 (165).

²³³ Ebd.

²³⁴ BVerfGE 88, 203 (254 f.).

²³⁵ BVerfGE 157, 30.

²³⁶ Weitere jüngere Entscheidungen mit Stärkung der Schutzpflichtdogmatik etwa BVerfGE 160, 79; 161, 299, 362 f.

²³⁷ Siehe Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten (2005), S. 74 ff.

²³⁸ Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten (2005), S. 75.

²³⁹ Sauer, in: Dreier, GG⁴, Vor Art. 1 GG Rn. 117. Ausführlich zur dogmatischen Fundierung der Schutzpflichtdogmatik siehe Freiheitsgrundrechte Funktionen und Strukturen (2003), S. 229 ff.

²⁴⁰ Siehe Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten (2005), S. 82.

Primärkompetenz des Gesetzgebers auch seine Primärverantwortung zur Abwägung kollidierender Freiheiten folgt. Dort, wo er diese Verantwortung nicht wahrnimmt, greift die Schutzwichtpflicht ein – und verpflichtet ihn zu den für den Freiheitsschutz nötigen Maßnahmen.

So hält auch das Bundesverfassungsgericht fest, dass dem „Gesetzgeber wie der vollziehenden Gewalt [...] bei der Erfüllung von Schutzwichtpflichten ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu[kommt], der auch Raum lässt, etwa konkurrierende öffentliche und private Interessen zu berücksichtigen“²⁴¹. Dass eine solche Abwägung jedoch zumindest stattfinden muss und sich der Handlungsspielraum des Staates „unter ganz besonderen Umständen [...] in der Weise verengen [kann], dass allein durch eine bestimmte Maßnahme der Schutzwichtpflicht Genüge getan werden kann“²⁴², macht das Gericht jedoch ebenfalls deutlich.

Hieran knüpft die Frage an, welche Maßnahmen zum Schutz denn *nötig* sind. Im angesprochenen Schwangerschaftsabbruch-II-Urteil stellte das Bundesverfassungsgericht fest: „Soll das Untermaßverbot nicht verletzt werden, muß die Ausgestaltung des Schutzes durch die Rechtsordnung Mindestanforderungen entsprechen.“²⁴³ Der Staat ist bei seinen Schutzmaßnahmen somit nicht auf eine Optimallösung verpflichtet. Stattdessen muss lediglich sein „Schutzkonzept so ausgestaltet sein, daß es geeignet ist, den gebotenen Schutz zu entfalten“ – sein Spielraum dabei hängt „von Faktoren verschiedener Art ab, im besonderen [sic] von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich – zumal über künftige Entwicklungen wie die Auswirkungen einer Norm – ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter“²⁴⁴.

Das Untermaßverbot ist vor diesem Hintergrund nur dann verletzt, „wenn die öffentliche Gewalt Schutzworkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen hat oder die getroffenen Regelungen und Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder erheblich dahinter zurückbleiben“²⁴⁵ – das Gericht setzt insofern lediglich eine beschränkte Evidenzkontrolle der staatlichen Schutzmaßnahmen an, die sich auf offensichtliche Grundrechtsverletzungen beschränkt.²⁴⁶ Letztlich spricht vieles dafür, das Untermaßverbot weniger als trennscharfe Kategorie zu betrachten als vielmehr als Fingerzeig darauf, dass es im Einzelfall auf eine Abwägung der Verhältnismäßigkeit zwischen zu schützendem Grundrecht A und dem von einem Schutzeingriff be-

²⁴¹ BVerfGE 77, 170 (214 f.).

²⁴² BVerfGE 77, 170, 215.

²⁴³ BVerfGE 88, 203 (254 f.).

²⁴⁴ BVerfGE 88, 203 (262).

²⁴⁵ BVerfGE 92, 26 (46). Ähnlich bereits E 77, 170 (214 f.); ebenso E 142, 313 (337 f.); E 157, 30 (114); E 160, 79 (104). Siehe auch Poscher, in: Handbuch des Verfassungsrechts, § 3 Rn. 96 ff. sowie Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, Art. 20 Rn. 319 f. m. w. N.

²⁴⁶ Siehe nur Callies, in: HGR II, § 44 Rn. 6.

troffenen Grundrecht B ankommt.²⁴⁷ Denn auch der Schutzeingriff selbst kann für Grundrecht B Folgen haben, die in ihrem Umfang und ihrer Eintrittswahrscheinlichkeit ähnlich unsicher sind wie das ursprüngliche Risiko selbst.²⁴⁸

Um also die Schutzpflichtdogmatik im vorliegenden Zusammenhang zu nutzen – zugunsten der Meinungsbildungsfreiheit einerseits sowie gegen mediale Risiken andererseits –, stellt sich zunächst die Frage nach den einzelnen Elementen und Tatbestandsvoraussetzungen des Konzepts.²⁴⁹ Angelehnt an Isensees systematischen „Bauplan“²⁵⁰ weist die Schutzpflicht vier Ebenen auf:

1. den Tatbestand der Grundrechtsgefährdung als Auslöser der Schutzpflicht,
2. das gewählte Mittel zur Verwirklichung der staatlichen Schutzaufgabe,
3. ggf. die Voraussetzung/Rechtfertigung des Schutzeingriffs zulasten etwaiger Dritter sowie
4. den Status des Opfers, insbesondere sein subjektives Recht auf Schutz.

Der Fokus der folgenden Kapitel soll mit dem Tatbestand der Grundrechtsgefährdung zunächst auf der ersten der genannten Ebenen liegen. Es geht also um das „Ob“ einer Schutzpflicht zu Medienregulierung. Dieses Ob hängt zunächst davon ab, dass ein verfassungsrechtlich geschütztes Gut – hier: die Meinungsfreiheit – (1) in seinem *Schutzbereich* berührt ist, und zwar durch (2) *Gefahr oder Risiko eines Übergriffs* von hinreichender Wahrscheinlichkeit, der (3) *vonseiten Dritter* kommen muss.²⁵¹ Es geht also um die Frage, (1) was (2) wovor (3) gegen wen zu schützen ist.

²⁴⁷ Schulze-Fielitz spricht davon, dass dem Untermaßverbot „letztlich wohl nur begrifflichdeklaratorische Bedeutung“ zukommt (*Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 Rn. 198). Dort auch der Verweis auf die Ausführungen von Unruh, der in diesem Abwägungs-Zusammenhang den Spielraum zwischen Unter und Übermaßverbot analysiert (*Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, S. 83 ff.).

²⁴⁸ Scherzberg spricht insofern vom „Risiko zweiter Ordnung“ (*Scherzberg, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht*, S. 220 ff.); siehe auch unten, S. 188 f.

²⁴⁹ Zwar verweist etwa Unruh darauf, grundrechtliche Schutzpflichten seien gerade keine tatbestandseindeutigen *Regeln*, sondern vielmehr vagere „Prinzipien“ als „Optimierungsgebote“ – deren Tatbestands-„Konturen“ allerdings bestimmt werden können (*Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten* (1996), S. 74 f.). Ob es sich nun um Tatbestandsvoraussetzungen oder -konturen handelt, kann vorliegend dahingestellt bleiben.

²⁵⁰ *Isensee*, in: HStR³ IX, § 191 Rn. 217.

²⁵¹ Grundlegend hierzu *Isensee*, in: HStR³ IX, § 191 Rn. 222 ff. Siehe auch *Stinner, Staatliche Schutzpflichten im Rahmen informationstechnischer Systeme* (2018), S. 60 ff., die die Schutzpflichtdogmatik mit Blick auf digitale Technologien ausbreitet, wenn auch mit Bezug auf informationstechnische Systeme im Verkehrsbereich.

II. Grenzen des Schutzguts Meinungsfreiheit

Was zu schützen ist, ist in dieser Arbeit bereits an zahlreichen Stellen ausgeführt worden – von der Bedeutung der Meinungsbildungskomponente der Meinungsfreiheit im Rahmen der Kommunikationsfreiheiten²⁵² bis zur Informationsfreiheit, die „zwar ein eigenständiges Freiheitsrecht darstellt, aber im Interaktionsmodell der Kommunikationsverfassung gesehen werden muss“²⁵³. Insofern lässt sich zusammenfassen, dass Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG den Prozess der freien Meinungsbildung aufgrund seiner gesellschaftlichen Bedeutung *als Ganzes* schützt.²⁵⁴ Daher erscheint es konsequent, all jene Ereignisse als Ein- oder Übergriff in den Schutzbereich anzusehen, die diesen Prozess berühren, also etwa zulasten des gleichberechtigten, „geistigen Kampf[es] der Meinungen“²⁵⁵ gehen.²⁵⁶

Hervorzuheben ist hierbei, dass im Fokus der hier untersuchten Schutzpflicht die individuelle und öffentliche Meinungsbildung auf Seite der medialen *Rezipient*innen* steht. Was im Rahmen der vorliegenden Arbeit nach einer Selbstverständlichkeit klingt, ist deshalb noch einmal zu betonen, da einzelne Autoren ebenfalls versuchen, das Schutzpflichtkonzept im Bereich des öffentlichen Diskurses vereinzelt aus Perspektive der Medienfreiheit(en) oder mit Blick auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Stellung zu bringen.²⁵⁷ Solche Ansätze jedoch werfen entweder, wie das Konzept einer dienenden Rundfunkfreiheit, das Schutzgut (Meinungsbildung) und seine „Bedrohung“ (Medien) durcheinander, wenn etwa auf einen Schutz der Presse abgestellt wird; oder sie widmen sich mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht solchen Grundrechtspositionen, die zwar im Kontext medialer Betätigung eine Rolle spielen, jedoch im Bezug auf den Prozess demokratischer Meinungsbildung lediglich einen Randschauplatz darstellen.

Konzentriert man sich, wie vorliegend, auf die Meinungsbildung und ihre Beeinflussung durch Medien, stellt sich im Anschluss die Frage: Wann ist ihr Schutzbereich berührt? Ist bereits die bloße Existenz von Medien wie Presse und Rundfunk ein Übergriff in die Meinungsfreiheit? Schließlich hat eine in der Tageschau geäußerte Meinung zweifellos mehr Einfluss als jene, die auf dem wortwörtlichen Marktplatz kundgetan wird. Hier zeigt sich die besondere Herausfor-

²⁵² Siehe oben, Teil 2 C., S. 70 ff.

²⁵³ Bethge, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 22. Ähnlich Grunenberg, explizit bezogen auf eine staatliche Schutzpflicht: „Ob man die Freiheit der Meinungsbildung im Schwerpunkt als Teil der Informations- oder der Meinungsfreiheit begreift, ist letztlich unerheblich: Im Ergebnis steht die Pflicht des Gesetzgebers, dem Bürger die Möglichkeit freier Meinungsbildung einzuräumen“ (Grunenberg, Suchmaschinen als Rundfunk, S. 146).

²⁵⁴ Besonders deutlich etwa BVerfGE 57, 295 (319).

²⁵⁵ BVerfGE 25, 256 (265). Hervorhebung im Original.

²⁵⁶ Im Ergebnis ebenso, wenn auch ohne Referenz auf eine Schutzpflicht, Mafî Gudarzi, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken (2022), S. 77 ff.

²⁵⁷ Siehe etwa Knebel, Die Drittirkung der Grundrechte und -freiheiten gegenüber Privaten (2018), S. 56 ff.

derung der Schutzbereichsabgrenzung in Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG: Einerseits ist der besondere Einfluss von Medien *funktionsnotwendiger* Teil der freien Meinungsbildung. Ohne mediale Informations-Selektion und -Verbreitung kann der demokratische Meinungsbildungsprozess nicht stattfinden.²⁵⁸ Die Arbeit von Medien *per se* kann daher schwerlich ein Übergriff in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit sein. Andererseits kann Medienmacht unter bestimmten Umständen durchaus eine Bedrohung für die demokratische Meinungsbildung darstellen, wie die Ausführungen zu Medienvielfalt und kommunikativer Chancengleichheit²⁵⁹ belegt haben. Eine monopolistisch geprägte Medienlandschaft ohne Vielfalt griffe beispielsweise zweifellos in den Prozess freier demokratischer Meinungsbildung als Schutzgut (nicht nur) der Meinungsfreiheit ein.

Um vor diesem Hintergrund den Schutzbereich der Meinungsfreiheit genauer zu bestimmen und damit einen möglichen Übergriff durch Medien zu erkennen, ist es hilfreich, sich den Zweck der Freiheit (wie auch der übrigen Freiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG²⁶⁰) zu vergegenwärtigen: den Schutz des Prozesses der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung. Die bereits ausführlich dargestellte Idealvorstellung eben dieses Prozesses²⁶¹ ist auf diese Weise fester Teil der Kommunikationsgrundrechte. Damit ist der Schutzbereich der Meinungsfreiheit dann betroffen, wenn Medienmacht die Funktionsfähigkeit des verfassungsrechtlich erwünschten Meinungsbildungsprozesses berührt.

Ein solcher Fokus auf den Prozess der Meinungsbildung ist im Übrigen keine Besonderheit, findet er doch – als längst etablierter Teil der Meinungsfreiheitsdogmatik – ebenso mit Blick auf unrichtige Informationen Anwendung, die demzufolge nicht in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fallen: „Unrichtige Information ist unter dem Blickwinkel der Meinungsfreiheit kein schützenswertes Gut, weil sie der verfassungsrechtlich vorausgesetzten Aufgabe zutreffender Meinungsbildung nicht dienen kann“²⁶². Damit wird der Schutzbereich der Kommunikationsfreiheiten auch mit Blick auf Kommunikationsinhalte folglich anhand derer jeweiligen Auswirkung auf den Meinungsbildungsprozess bestimmt: Wenn Inhalte schon rein denklogisch nicht zur Meinungsbildung beitragen können, also außerhalb des verfassungsrechtlich erwünschten Meinungsbildungsprozesses liegen, ist die Meinungsfreiheit nicht berührt.

Ähnlich lässt sich nun vorliegend der Schutzbereich der Meinungsbildungsfreiheit mit Blick auf einen möglichen medialen Einfluss bestimmen: Er bleibt so lange unberührt, wie sich der Einfluss der Medien auf den Meinungsbildungsprozess im

²⁵⁸ Siehe im Detail oben unter Teil 2 A. IV., S. 44 ff. Zur verfassungsrechtlichen Bedeutung dieser Rolle der Medien siehe ebenfalls bereits oben unter Teil 2 D., S. 81 ff.

²⁵⁹ Ausführlich zur Vielfaltsbedeutung Teil 2 E. IV. 1., S. 113 ff.; zur Chancengleichheit Teil 2 D. II., S. 85 ff.

²⁶⁰ Siehe nur BVerfGE 57, 295 (319 f.); 73, 118 (152).

²⁶¹ Siehe oben unter Teil 2 E. I., S. 92 ff.

²⁶² BVerfGE 54, 208 (219). Siehe auch *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 28 m. w. N.

Rahmen ihrer von der Verfassung vorgesehenen Rolle bewegt. Sobald Medien jedoch diese ihnen zukommende konstruktive Rolle im gesellschaftlichen Diskurs verlassen und damit eher zur Gefahr als zu Förderern demokratischer Meinungsbildung werden, ist der Schutzbereich der Meinungsfreiheit eröffnet – und der Grundstein für eine mögliche Schutzpflicht des Staates gelegt.²⁶³

Entgegen der hier vertretenen engeren Schutzbereichsbestimmung am Freiheitszweck fasst Isensee den Schutzbereich weit und geht auf die verfassungsrechtliche Erwünschtheit beziehungsweise Missbilligung bestimmter Ausprägungen des Freiheitsgebrauchs erst auf späterer Ebene ein, wenn nach der Rechtswidrigkeit eines Ein- beziehungsweise Übergriffs gefragt wird.²⁶⁴ Das ist mit Blick auf weitere Freiheitsrechte des Grundgesetzes nicht zu beanstanden. Jedoch ist im Bereich der Meinungsbildung, wie dargestellt, der Schutzbereich bereits so von der idealtypischen Vorstellung einer bestimmten Form des Freiheitsgebrauchs bestimmt, dass eine engere Definition angebracht erscheint, um den Zweck einer funktionierenden Meinungsbildung (zu der zweifellos auch Medien gehören) nicht ad absurdum zu führen. Hinzu kommt, dass die Beurteilung eines Übergriffs als rechtswidrig im Bereich grundrechtlicher Schutzpflichten zusätzlich dadurch verkompliziert wird, dass die Rechtswidrigkeit im Allgemeinen nach einer einfachgesetzlichen Rechtfertigung fragt. Jedoch kann eine Schutzpflicht gerade darin bestehen, zugunsten eines Schutzzugs eine solche Eingriffs-Rechtfertigung zu beseitigen²⁶⁵ – sodass eine engere Schutzbereichsbestimmung bereits etwaigen Problemen auf Rechtfertigungsebene vorbeugt. Da im Ergebnis beide Ansätze in denselben Fällen von einem rechtswidrigen Übergriff ausgehen, erscheint die Diskussion dieser Einordnung ohnehin von geringer praktischer Relevanz.

Auf diese Weise wirkt die Definition des Schutzbereichs der Meinungsfreiheit wie ein Pendant zum Zweck des „Dienens“ der Rundfunkfreiheit: Während dort, beim vermeintlich dienenden Rundfunk, der dienende Charakter den Schutzbereich der Freiheit derart einschränkt, dass ein negativer Übergriff in die gewünschten Abläufe gesellschaftlicher Meinungsbildung gar nicht erst möglich ist – die mediale Gefahr wird durch eine dienende Rundfunkfreiheit *nach innen* eingehemt –, sorgt hier die potenzielle Schutzpflicht dafür, dass der Staat medialen Risiken für die Meinungsbildung entgegentreten muss – die Meinungsbildung wird *nach außen* gegen die mediale Gefahr geschützt.²⁶⁶ Noch weiter geht hier Lücke, der ausführt, das Dienen wohne der Rundfunkfreiheit eben „nicht originär als Grundpflicht inne“, sondern dahinter verberge sich „bei Lichte besehen eine u. a. aus Art. 5 Abs. 1 S. 1

²⁶³ Dass es hierbei im Sinne der Tendenz- und der Programmfreiheit nicht um einzelne Inhalte der Medien gehen kann, versteht sich mit Blick auf die Schranke der allgemeinen Gesetze des Art. 5 Abs. 2 GG von selbst.

²⁶⁴ Siehe *Isensee*, in: HStR³ IX, § 191 Rn. 226 f.

²⁶⁵ Siehe zu diesem Argument ausführlich *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten (2005), S. 106.

²⁶⁶ Ein solcher Schutz wirkt konsequenterweise nicht nur gegen den Rundfunk, sondern gegen sämtliche Medien.

und 20 Abs. 1 GG erwachsende *Schutzwicht*, deren Realisierung den Gesetzgeber zu Beschränkungen der Rundfunkfreiheit zwingen“²⁶⁷ – eine Interpretation, der im Folgenden nachgegangen werden soll.

III. Medien zwischen Gefahr und Risiko für die Meinungsfreiheit

Nach den Ausführungen zur Frage, *was* der Staat im Rahmen seiner Schutzwicht mit Blick auf die Meinungsbildung zu schützen hat, ist in den folgenden Absätzen genauer zu betrachten, *wovor* denn die Meinungsbildung staatlicherseits in Schutz genommen werden muss. Hierbei sind zwei Arten des Übergriffs in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit zu unterscheiden: Zum einen Übergriffe *unmittelbarer* Art, die die Meinungsbildung final verletzen – denkbar wäre etwa eine monopolistische Medienlandschaft unter Privatzensur oder vorsätzliche mediale Falschberichterstattung. Hier kann ein möglicher Übergriff in den Schutzbereich mit Bezug auf einen konkreten, bereits stattgefundenen Vorfall geprüft werden.

Ebenso schwingt im Schutzgedanken jedoch eine weitere, eine vorbeugende Dimension mit: Es geht um „Verletzungen grundrechtlicher Schutzgüter, deren Eintritt mehr oder weniger wahrscheinlich, keineswegs aber gewiß ist“²⁶⁸. Hierzu stellt das BVerfG bereits im Leitsatz des ersten Abtreibungsurteils fest: „Die Schutzwicht [...] gebietet dem Staat auch, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen.“²⁶⁹ Eine entsprechende Pflicht wird also bereits *vor* der eigentlichen Verletzungshandlung ausgelöst.

1. Maßstabsbildung der Schutzwicht

Da eine vollständige Absicherung *aller* Grundrechte gegen *jedes* Risiko durch den Staat nicht nur unrealistisch, sondern auch das Ende der Freiheit wäre,²⁷⁰ liegt die Herausforderung darin, zu bestimmen, ab welcher *Gefahrenschwelle* die Schutzwicht einsetzt. Die Meinungen bewegen sich zwischen einem Existenzminimum an

²⁶⁷ Lücke, Die „allgemeinen“ Gesetze (1998), S. 16. Zustimmend etwa Grunenberg, Suchmaschinen als Rundfunk (2017), S. 145 ff. Ähnlich auch, das Thema Netzneutralität betrachtend, Ziebarth, Die Netzneutralität des Grundgesetzes (2016), 73 ff., insb. 76 ff.

²⁶⁸ Mursiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik (1985), S. 127, der sich auf den folgenden Seiten ausführlich mit dem Zusammenhang Grundrechtsgefährdung und Grundrechtsverletzung auseinandersetzt.

²⁶⁹ BVerfGE 39, 1 (1). Siehe auch BVerfGE 49, 89 (139, 141 f.).

²⁷⁰ „Totale Sicherheit wird allenfalls im totalen Staat angestrebt; aber noch nicht einmal er kann sie erreichen.“ (Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit (1983), S. 41). Ähnlich Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzwichten (2005), S. 107.

Sicherheit, das der Staat im Rahmen der Schutzwilf zu garantieren habe,²⁷¹ am einen Ende der Skala und einem „Grundsatz der *bestmöglichen* Gefahrenabwehr und Risikovorsorge“²⁷² am anderen Ende.

a) Abgrenzung von Gefahr, Risiko und Restrisiko

Zur Schwellenbestimmung auf dieser Skala referenziert die Literatur regelmäßig eine Trias aus Gefahr, Risiko und Restrisiko.²⁷³ Dabei ist der polizeiliche Gefahrenbegriff der stärkste Ausgangspunkt einer staatlichen Handlungspflicht;²⁷⁴ im Kondensat von Murswiek: „Die Gefahr ist eine Lage, in der bei ungehindertem Ablauf des Geschehens ein Zustand oder ein Verhalten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden an einem polizeilich geschützten Rechtsgut führen wird. [...] Allgemein formuliert kommt es also auf die hinreichend wahrscheinliche Schädigung rechtlich geschützter Güter an.“²⁷⁵ Demnach lässt sich eine solche Gefahr anhand des Produkts aus potenzieller Höhe des Schadens und dessen Eintrittswahrscheinlichkeit bemessen.

Jenseits einer solchen Gefahr bleiben *Risiken*, bei denen sich die *Wahrscheinlichkeit* eines Schadenseintritts auf eine bloße *Möglichkeit* reduziert²⁷⁶ – beziehungsweise bei denen aufgrund von Unbekannten und Unsicherheiten eine entsprechende Berechnung gar nicht möglich ist und sich somit das Produkt aus Schadenshöhe und Eintrittswahrscheinlichkeit nicht zu einer Gefahr verdichten lässt.²⁷⁷ Damit sind Risiken nicht automatisch „weniger wahrscheinliche Scha-

²⁷¹ So spricht etwa Breuer von einem „grundrechtlichen Minimalstandard positiver Schutzansprüche“ (Breuer, Grundrechte als Anspruchsnormen, S. 105).

²⁷² BVerfGE 49, 89 (139). Hervorh. d. Verf.

²⁷³ Siehe nur Stoll, Sicherheit als Aufgabe von Staat und Gesellschaft Verfassungsordnung, Umwelt- und Technikrecht im Umgang mit Unsicherheit und Risiko (2020), S. 152 ff.; Klafki, Risiko und Recht (2017), S. 11 ff.; Jaecel, Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik (2010), S. 59 ff.; Wahl/Appel, Prävention und Vorsorge: Von der Staatsaufgabe zur rechtlichen Ausgestaltung (1995), S. 84 ff.

²⁷⁴ Siehe etwa Isensee, in: HStR³ IX, § 191 Rn. 235; Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzwilf (1996), S. 76 f.

²⁷⁵ Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik (1985), S. 83 f.

²⁷⁶ Grundlegend hierzu Scherberg, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht (2004), S. 219 ff.; Lepsius, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht (2004), S. 267 ff.; Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik (1985), S. 83 f.; Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit (1983), S. 41 f.; sowie Ladeur, Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft (1995), S. 69 ff., der sich ausführlich mit dem „Risiko als Gefahrenverdacht“ auseinandersetzt. Siehe auch Kloepfer, Umweltrecht (2016), § 4 Rn. 35.

²⁷⁷ Angesichts solcher unmöglichen Kalkulationen halten manche Stimmen das Risiko für ein *Aliud* und keine bloße Abstufung der Gefahr, siehe hierzu Klafki, Risiko und Recht (2017), S. 13 ff. m. w. N. Allerdings weist auch diese Ansicht dem Unsicherheitsmoment „differenzierende Bedeutung“ (Klafki, Risiko und Recht (2017), S. 15) zu, sodass die Diskussion an dieser Stelle dahingestellt bleiben kann. Derweil unterscheiden sich zwischen Gefahr und Risiko nicht nur der mögliche Schaden und seine Eintrittswahrscheinlichkeit, sondern bereits

densereignisse als Gefahren“²⁷⁸, sondern gegebenenfalls schlicht zu einem bestimmten Zeitpunkt noch nicht (vollständig) erkannte Gefahren,²⁷⁹ deren Bewertung weniger auf einer empirischen Berechnung der Schadenswahrscheinlichkeit als vielmehr einer normativen Bewertung der theoretischen Schadensmöglichkeit beruht.²⁸⁰

Diese Differenzierung zwischen Schadenseintrittswahrscheinlichkeiten *geringer* Höhe und solchen *unbekannter* Höhe stellt die staatliche Risikovorsorge vor eine zusätzliche Herausforderung: Während *bekannte* Risiken und Gefahren (nach Scherzberg: Risiken „erster Ordnung“) im Rahmen klassischer *Gefahrenabwehr* begegnet werden kann, sind die Auswirkungen staatlicher Vorsorgehandlung gegenüber Risiken unbekannten Ausmaßes ähnlich unkalkulierbar wie jene Risiken selbst – wodurch der Staat mit seinen Maßnahmen im unsicheren Raum schlimmstenfalls selbst ein (zusätzliches) Risiko „zweiter Ordnung“ schafft.²⁸¹

Unabhängig von der Herausforderung, zwischen wahrscheinlichen Gefahren und möglichen Risiken zu unterscheiden, verbleibt schließlich noch „ein Bereich theoretisch zwar denkbarer, nach dem Maßstab der praktischen Vernunft aber ausgeschlossener Risiken“²⁸², sogenannte *Restrisiken*. Diese sind jedoch hinzunehmen, da

die „Paradigmen, die der Wissensgenerierung zugrunde liegen“, wie Rusteberg instruktiv ausführt (*Rusteberg, Wissensgenerierung in der personenbezogenen Prävention*, S. 239 ff. m. w. N.).

²⁷⁸ *Wahl/Appel*, Prävention und Vorsorge: Von der Staatsaufgabe zur rechtlichen Ausgestaltung (1995), S. 88.

²⁷⁹ Scherzberg hebt hervor, die „Vorsorge [trage] dann dem Risiko Rechnung, Risiken nicht rechtzeitig zu erkennen“ (*Scherzberg, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht*, S. 221). Der Begriff „Risiko“ ist dabei jedoch selbst bereits nicht rein empirisch fassbar, sondern beruht auf gesellschaftlicher Wertung, wie Klafki herausarbeitet (*Klafki, Risiko und Recht*, S. 29 f., insb. Fn. 159). Dass Ähnliches allerdings auch bereits für den Gefahrenbergriff und seine vermeintlich objektive „Unterstellung von Kausalzusammenhängen“ gilt, legt Ladeur dar (*Ladeur, Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft*, S. 12, 11 ff.).

²⁸⁰ So *Lepsius*, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht, S. 269 ff., der auf dieser Grundlage zwar die staatliche Begrenzung einer bloßen Schadensmöglichkeit neuer Technologien als „vergebliches Ziel“ ausschließt, jedoch kurzerhand einen Großteil möglicher Schäden in den Bereich der Wahrscheinlichkeit verlagert: „Schon im Augenblick der ersten Erfahrung mutiert die Möglichkeit zur Wahrscheinlichkeit.“ (*Lepsius, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht* (2004), S. 280). Dreyer hingegen unterscheidet stattdessen zwischen Risikoentscheidungen, die noch über „Kalkulations- oder Einschätzungsmöglichkeiten“ verfügen, sowie „Ungewissheitsentscheidungen“, bei denen eine solche Einschätzungsmöglichkeit gerade nicht mehr besteht (*Dreyer, Entscheidungen unter Ungewissheit im Jugendmedienschutz*, S. 35). Letztlich erscheint die Unterscheidung als eine primär terminologische, da sich auch im Rahmen der Dreyer'schen Ungewissheit staatliche Schutzpflichten ergeben können (siehe *Dreyer, Entscheidungen unter Ungewissheit im Jugendmedienschutz* (2018), S. 104 f.).

²⁸¹ Siehe hierzu umfassend *Scherzberg, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht* (2004), S. 219 ff.

²⁸² *Jaeckel, Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik* (2010), S. 61 m. w. N. Siehe auch *Stoll, Sicherheit als Aufgabe von Staat und Gesellschaft* Verfassungsordnung, Umwelt- und

ihr Ausschluss „zu einem nahezu unbegrenzten Technikverbot führen“²⁸³ würde. In den Worten Scherbergs: „Restrisiko ist dasjenige Risiko, bei dem die Risiken der Risikosteuerung (durch Vorsorge) überwiegen.“²⁸⁴

Bereits im Rahmen dieses kurzen Überblicks ist wohl deutlich geworden: Die genaue Abgrenzung dieser drei Kategorien voneinander ist seit Jahrzehnten ebenso herausfordernd wie umstritten, wie nicht zuletzt der bezugnehmende Literaturkanon deutlich macht.²⁸⁵

Während eine detaillierte Auseinandersetzung mit allen Spielarten der Thematik eben jener Fachliteratur vorbehalten bleiben soll, ist für die Zwecke der vorliegenden Arbeit folgender wesentlicher Kern der Unterscheidung von Bedeutung: *Gefahren* bedeuten für ein Rechtsgut einen solch konkreten und absehbaren Schaden, dass sie als Anknüpfungspunkt für eine staatliche Schutzpflicht unproblematisch genügen. Bloße *Restrisiken* wiederum sind derartig unspezifisch und abstrakt, dass sie zu tolerieren und Schutzpflichten gegen sie ausgeschlossen sind. *Risiken* schließlich bilden eine Zwischenkategorie, deren Einschätzung weniger von quantitativen Wahrscheinlichkeiten als von qualitativen Prognosen getragen wird – und die damit keine eindeutigen Auslöser staatlicher Vorsorge darstellen.

In der Diskussion einer möglichen Schutzpflicht gilt es daher, im Rahmen der dargestellten Abstufung jene „Vertretbarkeitsschwelle“²⁸⁶ zu bestimmen, an der sich eine bloße Vorsorgemöglichkeit des Staates von einer echten Vorsorgepflicht scheidet.

b) Schwellenbestimmung des Schutzauftrags

Die Grenze einer staatlichen Schutzpflicht deckungsgleich mit der Grenze zwischen *möglichem* Risiko und *wahrscheinlicher* Gefahr zu verorten und für alles unterhalb dieser Schwelle eine Schutzpflicht auszuschließen, erscheint jedenfalls zweifelhaft. Dies gilt zunächst deshalb, weil in Fällen einer unbekannten Schadenseintrittswahrscheinlichkeit auch solche Phänomene „nur“ als Risiko eingestuft würden, die bei objektiver Kenntnis aller Umstände „nach allgemeiner Überzeugung Schutz- und Abwehrmaßnahmen erfordern würde[n]“²⁸⁷. Eine solche Risiko-Ein-

Technikrecht im Umgang mit Unsicherheit und Risiko (2020), S. 152 ff.; *Kloepfer*, Umweltrecht (2016), § 4 Rn. 35.

²⁸³ *Jaeckel*, Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik (2010), S. 61.

²⁸⁴ Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht, S. 223.

²⁸⁵ Siehe nur *Kloepfer*, Umweltrecht (2016), § 4 Rn. 35; *Scherberg*, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht (2004), S. 219 ff.; *Lepsius*, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht (2004), S. 267 ff.; *Ladeur*, Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft (1995), S. 69 ff.; *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik (1985), S. 83 f.; *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit (1983), S. 41 f.; jeweils m. w. N.

²⁸⁶ *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt (1998), S. 88.

²⁸⁷ *Wahl/Appel*, Prävention und Vorsorge: Von der Staatsaufgabe zur rechtlichen Ausgestaltung (1995), S. 87, siehe dort auch Fn. 259.

stufung ist „insofern mißverständlich, als es ein gegenüber der Gefahr (objektiv) geringeres Schadenspotenzial suggeriert, wo tatsächlich nur Ungewißheit herrscht“²⁸⁸.

Eine Grenzziehung der Schutzpflicht zwischen Gefahr und Risiko wäre darüber hinaus auch deshalb fragwürdig, weil die Schutzpflicht sich auf diese Weise einer staatlichen Eingreifpflicht annäherte. So verweist Dietlein zu Recht darauf, dass sich die Abgrenzung zwischen abstraktem Risiko und konkreter Gefahr gerade nicht dazu eignet, staatlichen Schutzbedarf zu bestimmen:

„Ob und inwieweit der Gesetzgeber bei bestimmten Gefährdungsstufen zum Handeln verpflichtet ist, stellt eine ganz andere Frage dar, die mit der Frage, ob der Gesetzgeber die potentiellen Gefahrenlagen aufgrund der ihm obliegenden Schutzpflicht zu überwachen bzw. ihnen nach seiner Einschätzungsprärogative zu begegnen hat, nicht verwechselt werden darf.“²⁸⁹

In anderen Worten: Eine Schutzpflicht bedeutet gerade kein zwangsläufiges staatliches Eingreifen, sondern erfordert vielmehr zunächst eine Erkennung, Abschätzung und Überwachung²⁹⁰ des vorhandenen Gefahrenpotentials durch den Staat.²⁹¹ Statt eines direkten Eingriffs verlangt eine Schutzpflicht daher, „mit der Eröffnung eines Risikos zugleich die Generierung neuen Risikowissens und die fortlaufende Evaluation der Risikoentwicklung zu gewährleisten“²⁹².

Auf diese Weise ist es dem Staat durchaus möglich, einer Schutzpflicht dadurch nachzukommen, dass er sich dazu entschließt, im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative – nachdem er sich um Empirie bemüht hat – das vorhandene Risiko zu tolerieren.²⁹³ Dies gilt umso mehr, als im Rahmen gesellschaftlicher Risikoabwehr „die praktische Konkordanz [sich] sehr viel schwerer auf eine einzige richtige

²⁸⁸ *Wahl/Appel*, Prävention und Vorsorge: Von der Staatsaufgabe zur rechtlichen Ausgestaltung (1995), S. 87.

²⁸⁹ *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten (2005), S. 108, Hervorhebungen im Original; zustimmend *Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten (1996), S. 77 f. Ähnlich instruktiv auch *Lohse*, (Noch) Ungewisse Risiken (2011), S. 49: „Richtig verstanden besteht eine Schutzpflicht bei gewissen Risiken damit tatbestandlich nicht erst ab einer bestimmten Risikointensität. Vielmehr besteht eine abwägungsresistente Mindestschutzpflicht und oberhalb dieses Mindestschutzes die Option gerechtfertigten Nichteinschreitens.“

²⁹⁰ Siehe zur Trias „Risikoerkennung, -abschätzung und -überwachung“ *Klafki*, Risiko und Recht (2017), S. 35 ff. Zur Bedeutung der Risikoabschätzung außerdem *Appel/Mielke*, Strategien der Risikoregulierung (2014), S. 78 f.

²⁹¹ Grundlegend zur Bedeutung (und: Herausforderung) des Lernens und der Wissensgenerierung im Verwaltungsprozess insgesamt *Hoffmann-Riem*, Ermöglichung von Flexibilität und Innovationsoffenheit im Verwaltungsrecht: Einleitende Problemskizze (1994), S. 22 ff., 64.

²⁹² *Scherzberg*, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht (2004), S. 241.

²⁹³ „Die Risikobeurteilung ist dabei umso mehr eine politische Wertungsentscheidung, je größer die naturwissenschaftliche Unsicherheit ist.“ (*Klafki*, Risiko und Recht (2017), S. 39, m. w. N.).

Entscheidung herunterbrechen [lässt], als im bi-polaren Verhältnis zwischen einer Einzelperson und dem Staat“²⁹⁴. Damit steht an erster Stelle einer Schutzwicht eine Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung.

Ob eine daran möglicherweise anschließende staatliche *Reaktion* der Schutzwicht gerecht wird, hängt zwar ebenfalls mit dem Ausmaß des Risikos für das grundrechtliche Schutzgut zusammen, ist aber dennoch eine Frage der nächsten Stufe: Es „muss zwischen dem ‚Ob‘ einer Handlungspflicht und dem ‚Wie‘ der rechtsstaatskonformen Ausgestaltung eines Gesetzes unterschieden werden“²⁹⁵.

Um über das *Ob* einer Schutzwicht zu entscheiden, ist es daher zunächst nötig, die potenziellen (negativen) medialen Auswirkungen auf die Funktionsfähigkeit der freien Meinungsbildung näher zu bestimmen. Ein Blick in die Geschichte der Medienverfassungsrechtsprechung zeigt dabei, dass diese Auswirkungen auf verschiedenen Komponenten gründen: einerseits auf der *bekannten* Praxis des Mediensystems, sowie andererseits den *unbekannten* Perspektiven seiner zukünftigen Entwicklung. Anknüpfend an die dargestellte Begriffsbildung sollen sie folgend als *mediale Gefahren* und *mediale Risiken* bezeichnet werden.

2. Mediale Gefahren

Die Bedeutung medialer *Gefahr* für die Meinungsbildung ist bereits an zahlreichen Stellen dieser Arbeit angesprochen und dargestellt worden. Der Ausdruck „Gefahr“ erscheint angebracht, weil sie aus den bekannten Mechanismen bestehender Massenmedien resultiert, deren potenziell negative Konsequenzen für den gesamten demokratischen Kommunikationsprozess seit längerem bekannt sind. Es handelt sich dabei um mediale Mechanismen, die sich nicht lediglich aus vermuteten, abstrakten Zusammenhängen ergeben. Vielmehr handelt es sich um sehr konkrete und absehbare Konsequenzen, die sich zu Lasten der Meinungsbildung auswirken.

In der etablierten Mediengrundrechtsdogmatik finden diese Gefahren vor allem auf Ebene der objektivrechtlichen Dimension der Medienfreiheit Erwähnung, wo ihnen begegnet werden soll.²⁹⁶ So ist etwa mediale Vielfalt eine verfassungsrechtlich verankerte Funktionsbedingung jeder (Massen-)Mediengattung, weil die drohenden Fehlentwicklungen eines gleichgeschalteten Mediensystems den Eltern des Grundgesetzes in ihrer Erinnerung an die Nazi-Diktatur deutlich vor Augen standen.²⁹⁷ Ebenso sind verfassungsrechtliche Vorgaben zur Medienorganisation eine Reaktion auf jene erwartbaren negativen Konsequenzen, die sich aus einem anderen, „falschen“ Aufbau des Mediensystems ergäben. Eine solche vorbeugende Wirkung

²⁹⁴ Klafki, Risiko und Recht (2017), S. 26.

²⁹⁵ Lohse, (Noch) Ungewisse Risiken (2011), S. 46. Vergleiche auch das Stufenmodell der Schutzwicht nach Isensee oben, S. 182.

²⁹⁶ Siehe oben unter Teil 2 E. IV., S. 112 ff.

²⁹⁷ Ausführlich hierzu oben unter Teil 2 E. IV. 1., S. 113 ff.

entfalten sowohl Mediengattungs-übergreifende Vorgaben wie Staatsfreiheit, Redaktionsgeheimnis und Informantenschutz als auch die Auswahlmöglichkeiten aus unterschiedlichen Strukturprinzipien für einzelne Medienarten, etwa Außen- und Binnenpluralismus.²⁹⁸ Auch das Konzept kommunikativer Chancengleichheit soll jenen Vermachtungstendenzen der Medien entgegentreten, die ihnen qua ihrer verstärkenden Rolle im Kommunikationsprozess innewohnen und die bereits auf Ebene des Zugangs zu medialer Verbreitung negative Auswirkungen haben können.²⁹⁹ Und schließlich besteht auch die grundrechtlich gebotene, journalistische Sorgfaltspflicht³⁰⁰ nicht nur zum Schutz des Persönlichkeitsrechts der von der Berichterstattung betroffenen Personen, sondern ist „zugleich in der Bedeutung der öffentlichen Meinungsbildung im Gesamtorganismus einer freiheitlichen Demokratie begründet“³⁰¹. In anderen Worten: nur glaubwürdige Medien erfüllen ihren demokratischen Auftrag.

In diesem Zusammenhang sind auch einige jener Argumente besser aufgehoben, die, wie oben dargestellt,³⁰² zu Unrecht als Begründung für eine dienende Rundfunkfreiheit angebracht werden. Was beispielsweise einst als „Sondersituation“ des Rundfunks beschrieben wurde,³⁰³ ist nichts anderes als eine gesteigerte Bedrohung der demokratischen Meinungsbildung durch das genannte Medium aufgrund seiner faktischen technisch-bedingten Monopolstruktur. Genauer betrachtet war der Aufhänger bei der Bestimmung der „Sondersituation“ des Rundfunks nicht das Medium des Satzes Zwei des Art. 5 Abs. 1 GG, sondern vielmehr dessen übergriffige Auswirkungen auf die Meinungsbildung des Satzes Eins. Sogar Befürworter*innen der dienenden Rundfunkfreiheit machen das implizit mittels ihrer Wortwahl deutlich, wenn sie etwa von einer „besondere[n] Pflicht des Staates zur Gewährleistung von Meinungspluralismus“³⁰⁴ sprechen oder einer „Schutzwirkung der Freiheit des Rundfunks [...] für die öffentliche Meinung“³⁰⁵. Hierbei wird die argumentative Herausforderung für die Befürworter*innen deutlich, den Ausgangspunkt der Schutzwirkung zugunsten der Meinungsbildung möglichst nicht in eben jener Meinungsbildungsfreiheit zu verankern, sondern nach Kräften in die Rundfunkfreiheit hineinzupressen.³⁰⁶

²⁹⁸ Siehe ebenfalls oben unter Teil 2 E. IV. 2., S. 120 ff. Zur Schutzwichterfüllung durch entsprechende Maßnahmen siehe unten, Teil 3 C. IV., S. 204 ff.

²⁹⁹ Im Detail bereits oben unter Teil 2 D. II., S. 85 ff.

³⁰⁰ Siehe statt vieler Beater, Medienrecht (2016), Rn. 1195 ff.; Kaiser, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 251. Grundlegend auch BVerfGE 99, 185 (197 f.); 114, 339 (353 f.).

³⁰¹ BVerfGE 12, 113 (130).

³⁰² Siehe die auf S. 158 f. dargestellte Argumentation.

³⁰³ Vergleiche BVerfGE 12, 205 (261); 31, 314 (326); 57, 295 (322); 73, 118 (121).

³⁰⁴ Ladeur, Die Rundfunkfreiheit und der Wegfall der „besonderen Umstände“ ihrer Ausübung (1982), S. 359.

³⁰⁵ Badura, Verfassungsrechtliche Bindungen der Rundfunkgesetzgebung (1980), S. 22.

³⁰⁶ So formuliert Hartl im Vergleich von dienender Freiheit und Schutzwicht: „Wenn man es so nennen will, geht die Dogmatik der dienenden Freiheit von einer ständigen Gefahr-

Es ist offensichtlich, dass weder der Rundfunk noch die Presse vor möglichen negativen Auswirkungen auf die freie Meinungsbildung gefeit ist. Konzentrations-tendenzen auf dem Pressemarkt deuten heute bereits an, dass Meinungsmonopole nicht nur aus einer (rundfunk-)technischen Sondersituation folgen, sondern auch Marktprozessen inhärent sein können.³⁰⁷

In diesem Rahmen kann auch der Vorwurf entkräftet werden, die auf individuelle Freiheit bezogene Schutzpflicht sei nicht geeignet, überindividuelle, gesamtgesellschaftliche Entwicklungen in die entsprechenden Überlegungen einzubeziehen.³⁰⁸ Denn gerade die individuelle Meinungsbildungsfreiheit ist untrennbar verbunden mit ihrer eigenen, gesellschaftlichen Dimension: Auch individuelle Meinungsbildung, wie sie vom Grundgesetz geschützt wird, ist, wie oben ausführlich dargestellt,³⁰⁹ angewiesen auf ein unabhängiges Mediensystem, auf funktionierenden Austausch und Diskurs – in anderen Worten: auf ihre gesamtgesellschaftliche Wirkung. Dazu bedarf es keiner Sonderdogmatik des Dienens und Ausgestaltens.³¹⁰

Ruft man sich nun die Definition des für eine Schutzpflicht nötigen Gefahren-tatbestands in Erinnerung, wird vor dem Hintergrund der soeben aufgezeigten tatsächlichen Erfahrungen mit Fehlentwicklungen des Mediensystems durch Mangel an Vielfalt, staatlicher Unabhängigkeit, Chancengleichheit und Pluralismus wohl deutlich: Derartige mediale Mängel *führen bei ungehindertem Ablauf des Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden* am Prozess der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung, mehr noch: sie setzen die Voraussetzungen der vom Grundgesetz angestrebten demokratischen Willensbildung außer Kraft. Damit lösen die bekannten Mechanismen bestehender Massenmedien eine entsprechende staatliche Schutzpflicht aus.

Bevor jedoch der Blick auf die gebotenen Maßnahmen der öffentlichen Gewalt gerichtet werden soll, um genannter Schutzpflicht gerecht zu werden, ist zunächst der zweite Ausgangspunkt einer solchen staatlichen Verantwortung in den Blick zu nehmen: jene negativen Auswirkungen des Mediensystems, die auf bloß mittelbaren Zusammenhängen beruhen.

dungslage aus.“ (Hartl, Suchmaschinen, Algorithmen und Meinungsmacht (2017), S. 142) Dennoch vertritt er im Anschluss die Ansicht, der Risiko-vorbeugende Charakter sei nur im Rahmen einer dienenden Freiheit zu erreichen.

³⁰⁷ Siehe hierzu bereits oben, S. 127 f.

³⁰⁸ So das Argument bei Dankert, Normative Technologie in sozialen Netzwerkdiensten – Neue Machtstrukturen als Anreiz für einen Paradigmenwechsel der Kommunikationsregulierung? (2015), S. 60.

³⁰⁹ Siehe oben unter Teil 2 A. III., S. 39 ff.

³¹⁰ Siehe hierzu auch unten unter Teil 3 C. VI. und Teil 3 C. VII., S. 220 ff.

3. Mediale Risiken

Die Auseinandersetzung mit negativen medialen Auswirkungen war nicht immer auf vergleichsweise eindeutige mediale Gefahrenatbestände bezogen. Zusammenhang und Unterschiede zwischen dem soeben dargestellten Konzept medialer Gefahr und jenem des medialen Risikos lassen sich wohl am anschaulichsten unter Bezug auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erläutern.

a) Rundfunkrechtsprechung als Risikoeinschätzung

Die Gefahr für die Meinungsbildung, die das Bundesverfassungsgericht einst in der Sondersituation des Rundfunks erkannte, war zunächst noch an die offensichtliche Monopolstellung der öffentlich-rechtlichen Sender gebunden. Jedoch verschob das Gericht die Basis seiner Argumentation von diesem vergleichsweise eindeutigen, empirisch belegbaren Zusammenhang bereits im 3. Rundfunkurteil aus dem Bereich des Erfahrungswissen in jenen der Prognose. Statt empirischer Argumente führte es als Begründung für die weiterhin andauernde Einschränkung der privaten Rundfunkveranstalterfreiheit nun in die Zukunft gerichtete Vermutungen an: Zwar spreche „manches dafür“, dass sich auch beim Privatfunk zumindest eine „begrenzte Vielfalt“ einstellen werde, jedoch „handelt es sich dabei nur um eine Möglichkeit“; ob wirklich ein funktionierender Meinungsmarkt entstehe, sei „ungewiß“; noch dazu könnten „einmal eingetretene Fehlentwicklungen – wenn überhaupt – nur bedingt und nur unter erheblichen Schwierigkeiten rückgängig gemacht werden“.³¹¹

Zwar steht außer Zweifel, dass nicht nur durch ein öffentlich-rechtliches Rundfunkmonopol, sondern auch durch eine befürchtete Dysfunktion des privaten Rundfunkmarkts der Schutzbereich der Meinungsbildungsfreiheit betroffen wäre. Jedoch zeigt sich in den Ausführungen des Gerichts der enorme Unterschied zwischen der Unmittelbarkeit einerseits, die es einst der Gefahr durch ein eindeutiges öffentlich-rechtliches Rundfunkmonopol zuschrieb, und andererseits der nun lediglich vermuteten negativen Konsequenzen einer ungezügelten, privaten Rundfunkfreiheit. „Vermutet“ deshalb, da mit Blick auf einen freien „Rundfunkmarkt“ jegliche Erfahrungswerte fehlten, auf die zur Einschätzung einer eventuellen medialen Gefahr zurückgegriffen werden konnte. Vielmehr spricht das Gericht selbst von Ungewissheit, von bloßen Möglichkeiten.

Was das Bundesverfassungsgericht hier in Bezug auf den Rundfunk beschreibt, soll daher folgend mit dem Begriff des *medialen Risikos* bezeichnet werden: Im Unterschied zur medialen Gefahr sind die möglichen negativen Auswirkungen dabei entweder deutlich unwahrscheinlicher oder auch nur sehr viel schlechter zu pro-

³¹¹ BVerfGE 57, 295 (322 f.); siehe ausführlich hierzu auch oben, S. 138 ff. Scherzberg grenzt solche unkalkulierbaren und schadensintensiven Risiken als „Risiken zweiter Ordnung“ von den berechenbaren Risiken erster Ordnung ab und stellt fest: „Angesichts der Höhe der Schadenspotentiale muss das Recht möglichst verhindern, dass auf diese Weise Erfahrung gewonnen wird.“ (Scherzberg, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht (2004), S. 220).

gnostizieren. In anderen Worten: Das Gericht behauptet gerade nicht, das Eintreten negativer Folgen sei auf dem privaten Rundfunkmarkt mehr oder weniger wahrscheinlich als im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Rundfunkmonopols. Vielmehr stellt es fest: Die Wahrscheinlichkeit negativer Auswirkungen ist schlicht nicht bekannt und daher nicht verlässlich zu beurteilen. Während also eine mediale *Gefahr* anhand der potenziellen Schadenshöhe und ihrer Eintrittswahrscheinlichkeit – zumindest begrenzt – einer quantitativen juristischen Abwägung zugänglich ist, steht eines oder beide dieser Elemente zur Beurteilung eines medialen *Risikos* nicht zur Verfügung.³¹²

Dieser Argumentation anhand medialer Risiken hat sich das Bundesverfassungsgericht in seiner Rundfunkrechtsprechung der folgenden Jahre immer wieder bedient und sie mehr und mehr zur Grundlage staatlicher Regulierungspflichten im Rundfunkbereich gemacht. Dabei hat es zunehmend auf eine besondere Wirkmacht des Mediums verwiesen: Bereits in den ersten Rundfunkentscheidungen sprach das Gericht vom Rundfunk als einem „in seiner politischen und kulturellen Bedeutung kaum zu überschätzende[n]“,³¹³ einem der „mächtigsten Kommunikationsmittel“³¹⁴ überhaupt. Grund für diese Wirkmacht, so das Gericht:

Der Rundfunk sei „das einzige Medium, das zeitgleich in Bild und Ton über ein Ereignis zu berichten vermag. Wegen des dadurch vermittelten Anscheins der Authentizität und des Miterlebens sowie seiner bequemen Verfügbarkeit ist es mittlerweile zu dem Medium geworden, aus dem der größte Teil der Bevölkerung seinen Informationsbedarf deckt“³¹⁵.

Später etablierte es die Trias der besonderen „Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft“³¹⁶ des Mediums, die es verbiete, es „dem freien Spiel der Kräfte [zu] überlassen“³¹⁷, in anderen Worten: es nicht zu regulieren. Was genau das Gericht mit diesen drei Elementen meint, führte es 13 Jahre nach ihrer Premiere aus. Dem zweiten Rundfunkgebührenurteil zufolge zeige sich die *Breitenwirkung* „in der Reichweite und der Möglichkeit der Beeinflussung großer Bevölkerungsteile“, die

³¹² „Weitgehende Übereinstimmung besteht immerhin darüber, dass sich die Annahme eines eindimensionalen, monokausalen Wirkungszusammenhangs ebenso verbietet wie die Feststellung, dass Medien völlig wirkungslos sind“ (*Erdemir*, in: MAH UrhR, § 23 Rn. 12). *Rusteberg* grenzt die Gefahrenabwehr gegenüber der Risikoabwehr dergestalt ab, dass mit Blick auf die Gefahr eine Kenntnis der gewünschten Normallage bereits aus allgemeiner Erfahrung bestehe: „Unter dem Paradigma der Gefahrenabwehr ist das hervorgebrachte Regelwissen grundsätzlich Erfahrungswissen“ – bei neuen Technologien hingegen lasse sich bereits mangels Erfahrung kein solcher „Naturzustand“ bestimmen (*Rusteberg*, Wissensgenerierung in der personenbezogenen Prävention (2019), S. 240, 243).

³¹³ BVerfGE 12, 205 (226).

³¹⁴ BVerfGE 31, 314 (325).

³¹⁵ BVerfGE 97, 228 (256). Ähnlich später E 136, 9 (28), demzufolge sich der Einfluss daraus ergebe, „dass Inhalte schnell, sogar zeitgleich, übertragen und dabei Ton, Text und bewegte Bilder miteinander kombiniert werden können“.

³¹⁶ BVerfGE 90, 60 (87); ebenso etwa E 103, 44 (74); 114, 371 (387); 119, 181 (215); 136, 9 (28); st. Rspr.

³¹⁷ BVerfGE 31, 314 (325).

Aktualität folge daraus, „dass Inhalte schnell, sogar zeitgleich, an die Rezipienten übertragen werden können“; die *Suggestivkraft* schließlich ergebe sich „insbesondere aus der Möglichkeit, die Kommunikationsformen Text und Ton sowie beim Fernsehfunk zusätzlich bewegte Bilder miteinander zu kombinieren und der programmlichen Information dadurch insbesondere den Anschein hoher Authentizität zu verleihen“³¹⁸. Es geht also um eine – nach Ansicht des Gerichts – außergewöhnliche Fähigkeit des Mediums, die Meinung eines großen Teils der Bevölkerung „in besonderem Maße zu beeinflussen und auf sie einzuwirken“³¹⁹.

b) Risikofaktor 1: Schaden für die Meinungsbildung

Ein mediales Risiko mit einem besonderen Einfluss des Mediums zu begründen, ist jedoch aus verschiedenen Richtungen Kritik ausgesetzt. So ist zunächst fraglich, ob dieser Einfluss eines Mediums – mit Blick auf den Rundfunk seine besondere Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft – sich überhaupt zwecks juristischer Abwägung beziffern oder zumindest anders *greifbar* machen lässt,³²⁰ oder ob der Regulierungswunsch nicht vielmehr auf einem bloßen Unbehagen beruht, das sich wissenschaftlich nicht fundieren lässt.

Zwar arbeiteten die Landesmedienanstalten unter Berücksichtigung einer konvergenten Medienentwicklung fünf „offene Typenmerkmale“ aus, deren kombiniertes Auftreten für eine besondere Meinungsbildungsrelevanz (und somit für eine Einstufung als Rundfunk) sprechen sollte.³²¹ Jedoch endet auch diese versuchte Konkretisierung von Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft nur darin, ab dem „Überschreiten einer bestimmten Schwelle“³²² von einer besonderen Mei-

³¹⁸ BVerfGE 119, 181 (215). Ausführlich zu den „Tatbestandsvoraussetzungen“ von Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft Grunenberg, Suchmaschinen als Rundfunk (2017), S. 125. Siehe auch Rossen-Stadtfeld, Audiovisuelle Bewegtbildangebote von Presseunternehmen im Internet (2009), S. 61 ff. Bereits zuvor hatte das Gericht den Rundfunk als „das einzige Medium [beschrieben], das zeitgleich in Bild und Ton über ein Ereignis zu berichten vermag. Wegen des dadurch vermittelten Anscheins der Authentizität und des Miterlebens sowie seiner bequemen Verfügbarkeit ist es mittlerweile zu dem Medium geworden, aus dem der größte Teil der Bevölkerung seinen Informationsbedarf deckt“ (BVerfGE 97, 228 (256)).

³¹⁹ Grunenberg, Suchmaschinen als Rundfunk (2017), S. 96. Ob Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft überhaupt „perspektivisch die richtigen Kriterien für die Beurteilung der Wirkung auf den Nutzer sind“ (Hasebrink/Schulz/Held, Medien-Kurzanalysen. Macht als Wirkungspotenzial (2009), S. 3), ist damit noch nicht gesagt.

³²⁰ Siehe Ingold, Meinungsmacht des Netzes (2020), S. 83.

³²¹ „Ein Dienst ist [...] umso rundfunktypischer, je höher die Wirkungsintensität der verbreiteten Inhalte als solche ist, je stärker die redaktionelle Gestaltung der Inhalte ist, je realitätsnäher die Inhalte präsentiert werden und je größer seine Reichweite und seine gleichzeitige Rezeptionsmöglichkeit/tatsächliche Nutzung sind und je weniger Interaktivität des Nutzers den Rezeptionsvorgang bestimmt“ (Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten, Drittes Strukturpapier zur Unterscheidung von Rundfunk und Mediendiensten (2003), S. 9 f.).

³²² Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten, Drittes Strukturpapier zur Unterscheidung von Rundfunk und Mediendiensten (2003), S. 10.

nungsbildungsrelevanz auszugehen.³²³ Wo genau diese Schwelle jedoch anzulegen ist, das lassen auch die herausgearbeiteten Typenmerkmale im Dunkeln.

Hinzu kommt, dass sich die These einer besonderen Wirkmacht des Mediums Rundfunk aus Sicht der Medienwirkungsforschung insgesamt als zumindest zweifelhaft erweist. Zwar wird *irgendeine* Form von Wirkung auf das Publikum schwerlich zu bestreiten sein.³²⁴ Jedoch: „Die Befunde des Vergleichs widersprechen der in der Medienpraxis verbreiteten Annahme einer suggestiven Kraft der Bilder und ihrer Überlegenheit bei der Urteilsbildung“³²⁵. Hain bezeichnet aus diesem Grund die These von der besonderen Wirkmacht als „ein *a priori* rundfunkrechtlicher Diskussion“³²⁶. Empirisch fundiert ist dieses *a priori* hingegen nicht, wie auch Stuiber an Hains Kritik anknüpft:

Es sei „bislang keinem der Autoren gelungen [...], seine Annahmen über die Einzigartigkeit, über die Gefahren und Wirkungsweisen von Hörfunk- und Fernsehsendungen [...] nachvollziehbar darzulegen. Es ist nicht einmal erkennbar, daß sich die Autoren ernsthaft um eine Fundierung ihrer Vorurteile bemüht hätten“³²⁷.

Neben dieser Schwierigkeit, eine besondere mediale Wirkmacht am Beispiel des Rundfunks empirisch greifbar – oder zumindest: glaubhaft – zu machen, gibt noch eine weitere Überlegung Anlass zum Zweifel an jenem Risiko, das sich unmittelbar aus der Meinungsbildungsrelevanz eines Mediums ergeben soll. Denn auch wenn zahlreiche Stimmen der Literatur – bis zurück zu Carl Schmitt – den Rundfunk mit

³²³ Siehe auch Witt, Internet-Aktivitäten (2007), S. 57 ff.

³²⁴ So im Ergebnis Davis, Die „dienende“ Rundfunkfreiheit im Zeitalter der sozialen Vernetzung (2019), S. 191.

³²⁵ So zusammenfassend Neuberger, Medienrecht und Medienwandel aus kommunikationswissenschaftlicher Sicht (2009), S. 538, unter Verweis auf Hasebrink/Schulz/Held, Medien-Kurzanalysen. Macht als Wirkungspotenzial (2009), S. 9 ff. und Maurer, Sagen Bilder mehr als tausend Worte? (2009), S. 198 ff., insbesondere S. 211 ff. Ausführlich und unter Verweis auf Entwicklung in der kommunikationswissenschaftlichen Forschung hierzu auch Davis, Die „dienende“ Rundfunkfreiheit im Zeitalter der sozialen Vernetzung (2019), S. 79 ff. Ebenfalls vernichtend in seinem Überblick empirischer Studien bereits Schönbach, Das unterschätzte Medium (1983), S. 63: „Wenn [...] die Diskussion über politische Medienwirkungen [dem Fernsehen] kurzerhand Überlegenheit gegenüber anderen Medien zugbilligt[], so gibt es dafür in der Forschungsliteratur keinerlei empirisch fundierte Grundlage. Im Gegenteil.“ Siehe außerdem die Ausführungen bei Jarass, Die Freiheit der Massenmedien (1978), S. 46 ff., der vor allem auf intervenierende Faktoren verweist (S. 48 ff.) und von einer „relativ bescheidenen Stellung der Massenmedien hinsichtlich der kurzfristigen Wirkung“ (S. 52) spricht. Skeptisch im Rahmen überbordender Polemik wohl auch Schneider, Von der Sendermacht zur Mediennacht (2009), S. 69 ff. Zusammenfassend auch Kellner, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären (2019), S. 131 f.; sowie bereits Hain, Rundfunkfreiheit und Rundfunkordnung (1993), S. 55 ff.

³²⁶ Hain, Rundfunkfreiheit und Rundfunkordnung (1993), S. 53, Herv. i. Orig.

³²⁷ Stuiber (Hrsg.), Medien in Deutschland, Band 2: Rundfunk, 1. Teil (1998), S. 510, unter Verweis auf zahlreiche Anhänger der genannten „Vorurteile“. Ebenfalls kritisch ist Rossen-Stadtfeld, der sich allerdings nach Darstellung der empirischen Zweifel dennoch der Figur der Suggestivkraft bedient (Rossen-Stadtfeld, Audiovisuelle Bewegtbildangebote von Presseunternehmen im Internet (2009), S. 63 f.).

Blick auf dessen „Möglichkeit, ja Notwendigkeit einer Massenbeeinflussung [...], die umfassender sein kann als alles, was die Presse und andere überlieferte Mittel der Meinungsbildung zu bewirken vermochten“³²⁸ sowie „auf Grund der für ihn typischen Kombination von technischer Fertigkeit und psychologischer Eindringlichkeit und infolge seiner akustisch-visuellen Intensität [für] gefährlicher als jedes andere Massenmedium“³²⁹, gar für „ein Machtinstrument allerersten Ranges“³³⁰ halten:³³¹ Warum sich eine besondere Wirkmacht eines Mediums ausgerechnet *nachteilig* auf die Meinungsfreiheit auswirken soll, erschließt es sich zumindest nicht auf den ersten Blick. Im Gegenteil: Große Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft könnte auch schlicht als besondere mediale Effizienz bezeichnet werden – mithin als Vorteil für die Meinungsbildung.

Um also mit dem Bundesverfassungsgericht hierin einen möglichen Nachteil und damit einen Regulierungsauftrag des Staates zu erkennen, bedarf es zusätzlich der Befürchtung, dieser besondere mediale Einfluss werde auf eine ganz bestimmte Art eingesetzt – nämlich zum Schaden der freien Meinungsbildung.

Diese Befürchtung jedoch ist mit Blick sowohl auf die Eintrittswahrscheinlichkeit des Schadens für die Meinungsbildung als auch auf dessen Ausmaß mit einer ganzen Reihe von Unsicherheiten behaftet: Wie wahrscheinlich ist es denn, dass sich der besondere Einfluss des Mediums wirklich *zulasten* der Meinungsbildung entfaltet? Und welche greifbaren Anhaltspunkte gibt es für die mögliche Schadenshöhe?³³² In letzter Konsequenz geht es im Bezug auf die Meinungsbildung zwar immer um den Bestand der Demokratie – aus Sicht des Grundgesetzes also gewissermaßen „um alles“. Dennoch erweckt der bloße Verweis auf die Monstrosität einer Bedrohung weniger der Anschein eines konstruktiven Arguments als vielmehr eines Horrorszenarios, das jede Abwägung zu ersticken geeignet ist.³³³ Ähnlich absolut erscheint in diesem Kontext ein anknüpfender Einwand des Bundesverfassungsgerichts am Beispiel Rundfunk, der sich nicht mit dem Ausmaß der möglichen negativen medialen Konsequenzen beschäftigt, sondern mit deren (Ir)Reversibilität: „einmal

³²⁸ Schmitt, Weiterentwicklung des totalen Staats in Deutschland (1940), S. 212, zitiert nach der 4. Auflage (2014).

³²⁹ Stern/Bethge, Öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Rundfunk (1971), S. 42. Siehe auch Herrmann, Fernsehen und Hörfunk in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland (1975), S. 231 ff.

³³⁰ Weber, Zur Rechtslage des Rundfunks (o. A.), S. 63.

³³¹ Siehe für einen (kritischen) Überblick der vorgebrachten Argumente für einen besonderen Wirkmacht des Mediums Rundfunk bereits Hain, Rundfunkfreiheit und Rundfunkordnung (1993), S. 51 ff.

³³² Ähnlich skeptisch zeigt sich mit Blick auf die Regulierung zunächst bloß vermuteter medialer Risiken Lüdemann, Warum und wie reguliert man digitale Informationsintermediäre? (2021), S. 20 ff.

³³³ Eine konkrete Bewertung dieses befürchteten Risikos mit Blick auf den Rundfunk soll an dieser Stelle explizit *nicht* vorgenommen werden, da es in der vorliegenden Ausarbeitung zunächst nicht um die konkrete Auseinandersetzung mit einem Medium geht, sondern um die grundsätzliche Möglichkeit einer staatlichen Schutzpflicht zur Medienregulierung.

eingetretene Fehlentwicklungen [könnten] – wenn überhaupt – nur bedingt und nur unter erheblichen Schwierigkeiten rückgängig gemacht werden“³³⁴. In anderen Worten: Der Schaden für die Meinungsfreiheit, dessen Ausmaß nicht fundiert be- ziffert werden kann, ist somit unter Umständen noch größer als ohnehin befürchtet, da eine Wiedergutmachung nahezu ausgeschlossen erscheint.³³⁵

Damit begründet das vorgebliche enorme Einflusspotenzial des Mediums *ei- nerseits* gepaart mit der bloßen Möglichkeit irreversibler Auswirkungen zulasten der Meinungsfreiheit *andererseits* aus Sicht des Gerichts bereits eine staatliche Handlungspflicht.³³⁶

c) Risikofaktor 2: Eintrittswahrscheinlichkeit des Schadens

Dass eine solche, wie dargestellt auf enormen empirischen Unsicherheiten fußende Einschätzung zu einer handfesten Handlungspflicht des Staates führen soll, erscheint auf den ersten Blick weit hergeholt. Das gilt umso mehr, da sie sich einer rationalen Abwägung zu entziehen scheint, welche aber auch im Bereich des Art. 5 Abs. 1 GG zum Kernrepertoire der Grundrechtsauslegung gehört. Hierin jedoch zeigt sich der besondere Charakter der oben beschriebenen *Vorsorge* als staatliche Reaktionsmöglichkeit bzw. -pflicht auf ein Risiko, das aufgrund mangelnder Empirie (noch) nicht zu berechnen ist:

„Eine nur theoretisch herleitbare Gefährdung [...] kann ausnahmsweise als Grundrechts-eingriff angesehen werden. Dabei gilt: Je größer das Risikopotential [...] ist, desto niedriger liegt die Schwelle der Wahrscheinlichkeit für die Prognose eines Schadenseintritts, bei deren Überschreitung wirksame staatliche Schutzmaßnahmen geboten sind. [...] Demgegenüber begründet der bloße Verweis auf hypothetische Kausalverläufe jenseits [...] ver- nünftiger Zweifel lediglich Restrisiken in dem Sinne, dass der Eintritt künftiger Schadensereignisse nie mit absoluter Sicherheit ausschließbar ist, weil hier Grenzen der em- pirisch überprüfbaren und theoretischer Argumentation zugänglichen Erkenntnisfähigkeit bestehen [...]. Denn letzte Ungewissheiten jenseits der gegenwärtigen Erkenntnisfähigkeit sind in einer wissenschaftlich-technisch orientierten Gesellschaft grundsätzlich unent- rinnbar und insofern als sozialadäquate Lasten von allen Bürgern zu tragen.“³³⁷

³³⁴ BVerfGE 57, 295 (323). Siehe zu dieser Argumentation im Lichte der Risikodoktrin auch *Cornils*, Vielfaltssicherung bei Telemedien (2018), S. 382; *Ingold*, Meinungsmacht des Netzes (2020), S. 84.

³³⁵ Grundsätzliche Unterstützung bekam das Verfassungsgericht bei dieser Argumentation auch in Bereichen jenseits des Mediengrundrechts. So formuliert Isensee: „Der Staat kann seinen schutzbefohlenen Bürgern die Hinnahme von Risiken eher zumuten, wenn sich der drohende Schaden später ersetzen lässt, als wenn er irreparabel ist.“ (*Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit (1983), S. 38).

³³⁶ Hierin erkennt Hoffmann-Riem ein „normatives Strukturelement“ des Mediengrundrechts, das es entsprechend auf das Internet zu übertragen gilt (*Hoffmann-Riem*, Mediendemokratie als rechtliche Herausforderung, S. 214); s.a. unten unter Teil 4 A. II., S. 244 ff.

³³⁷ BVerfG, 2 BvR 2502/08 v. 18.02.2010, Rn. 12f. Siehe auch 1 BvR 1676/01 v. 28.02.2002, Rn. 12. („keine Pflicht des Staates zur Vorsorge gegen rein hypothetische Gefährdun-

Somit erscheint es zumindest nicht ausgeschlossen, dass der Staat im Rahmen seiner Risikovorsorge auch solchen medialen Bedrohungslagen entgegentreten muss, deren Auswirkungen „nur“ theoretisch plausibel sind, ohne bereits auf empirische Erfahrungswerte gestützt werden zu können.³³⁸ Denn wartet der Staat stattdessen ab, „bis er Erkenntnissicherheit erlangt, so macht er die Bürger zu Versuchskaninchen, um gesicherte Erkenntnisse über die Risiken der neuen Technologie zu erlangen“³³⁹.

Dies deutet insbesondere mit Blick auf noch junge Medientypen auf einen „*better safe than sorry*“-Ansatz hin – also eine Verantwortung zu präventiver Regulierung, die gegebenenfalls als Reaktion auf folgende, „entwarnende“ Erfahrungen der Medienpraxis zu lockern ist. Insofern befindet sich das aktuelle Erfahrungswissen „immer nur auf dem neuesten Stand unwiderlegten möglichen Irrtums“³⁴⁰.

Dass das Bundesverfassungsgericht einst von einer besonderen Wirkmacht des Rundfunks ausging, ließe sich damit als eine solche Risikovorsorge einordnen: gerechtfertigt durch die „Annahme, daß – historisch betrachtet – regelmäßig dem jeweils neuesten Medium weitreichende, das Potential älterer Medien übertreffende Beeinflussungsmöglichkeiten und demzufolge große Macht beigemessen wurden“³⁴¹.

Wo unklar ist, wie sich die Nutzung eines noch unbekannten Mediums zukünftig entwickeln wird, mahnt das Gericht den Gesetzgeber somit dazu, sich zumindest mit den möglichen Risiken der Entwicklung zu beschäftigen: Hierbei obliege „allen Stellen, die öffentliche Gewalt ausüben, eine gesteigerte Verantwortung, wenn sie Entscheidungen treffen, die auf ungewissen Folgenabschätzungen beruhen“³⁴². Wo

gen“); ähnlich bereits BVerfGE 49, 89 (142 f.). Hervorzuheben ist allerdings, dass es im zitierten Fall um die „Gefährdung von Leben oder Gesundheit“ geht, weshalb mit Blick auf Kommunikationsgrundrechte wohl strengeren Anforderungen ausgegangen werden muss, um eine staatliche Schutzpflicht auszulösen.

³³⁸ Siehe hierzu, unter Bezug auf neue, digitale Medien, auch *Ingold*, Meinungsmacht des Netzes (2020), S. 83 f.; *Hoffmann-Riem*, Schutz der natürlichen und der gesellschaftlichen Umwelt – zum Vergleich von Umweltrecht und Digitalisierungsrecht (2018), S. 6; *Cornils*, Vielfaltssicherung bei Telemedien (2018), S. 382 f. Ähnlich, wenn auch unter Vermischung von Risikovorsorge und Ausgestaltungspflicht *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 209. *Schulz*, Kontrolle vorherrschender Meinungsmacht – Dekonstruktion eines medienrechtlichen Schlüsselbegriffs (2017), S. 377 spricht schon mit Blick auf den Rundfunk von einem „Narrativ der Vorsorge“ des BVerfG. Mit Blick auf die Digitalisierung insgesamt vor einer pauschalen Risikovorsorgepflicht des Staates warnend: *Krönke*, Öffentliches Digitalwirtschaftsrecht (2020), S. 38 ff.

³³⁹ *Lohse*, (Noch) Ungewisse Risiken (2011), S. 50.

³⁴⁰ BVerfGE 49, 89 (143).

³⁴¹ *Hain*, Rundfunkfreiheit und Rundfunkordnung (1993), S. 50, der an selber Stelle als Beispiel für eine mediale Deregulierung nach (entsprechend entwarnendem) empirischen Erkenntnisgewinn auf die „schrittweise[e] Liberalisierung und nachfolgend[e] Abschaffung der Pressezensur“ verweist. Diese habe „aus den Befürchtungen hinsichtlich der Macht neuer Medien resultier[t], [sei dann] schrittweise reduziert und oft schließlich abgebaut“ worden.

³⁴² BVerfG (K), 2 BvR 2502/08 v. 18.02.2010, Rn. 11.

wissenschaftliches oder technisches Neuland betreten wird, bestehe eine „gesteigerte Verantwortung zur normativen Begleitung“³⁴³.

Hier drängen sich weitere Parallelen zum Vorsorgeprinzip des Umweltrechts auf, das „wegen der dort typischerweise häufigen Kenntnislücken und Unsicherheiten der naturwissenschaftlichen Wirkungs- und Kausalanalyse [...] zum Ausdruck [bringt], dass staatliches Handeln auch unter Ungewissheit grundsätzlich legitim ist und im Sinne der staatlichen Schutzpflicht [...] u.U. sogar verfassungsgeboten sein kann“³⁴⁴ – womit die Ähnlichkeit zum medialen Anwendungsbereich offensichtlich erscheint.

d) Abgrenzung zum Restrisiko durch systemischen Charakter

Doch bei allen Ähnlichkeiten: Wo ist die Grenze zu ziehen zwischen potenziell meinungsbildungsgefährdendem medialem Risiko einerseits, das als Anknüpfungspunkt einer staatlichen Schutzpflicht geeignet ist, und unvermeidlichem Restrisiko andererseits, das sich als natürliche Konsequenz *jeder* Mediennutzung ergibt? Letzteres, so das Bundesverfassungsgericht, sei „unentrißbar und insofern als sozialadäquate Lasten von allen Bürgern zu tragen“; denn vom „Gesetzgeber im Hinblick auf seine Schutzpflicht eine Regelung zu fordern, die mit absoluter Sicherheit Grundrechtsgefährdungen ausschließt, [...] hieße die Grenzen menschlichen Erkenntnisvermögens verkennen und würde weithin jede staatliche Zulassung der Nutzung von [Medien] verbannen.“³⁴⁵

Bei derartigen Unsicherheiten von einer pauschalen Regulierungspflicht auszugehen, mag als ein zu weitgehender Eingriff in grundrechtliche Freiheiten erscheinen. So verweist Ingold etwa darauf, dass „sich Kommunikationstechniken verglichen mit Kernenergieanlagen, Teilchenbeschleunigern oder gentechnisch verändertem Saatgut zwar als in komplexen Strukturen verfangen, aber nicht als Hochrisikotechnologien darstellen“³⁴⁶.

Jedoch ist daran zu erinnern, dass mediales Risiko auch als möglicher Auslöser einer staatlichen Schutzpflicht nicht automatisch einen entsprechenden Regulie-

³⁴³ *Gärditz*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 96. EL, GG Art. 20a Rn. 86.

³⁴⁴ *Kloepfer*, Umweltrecht (2016), § 4 Rn. 43. Auch dem EU-Recht ist diese Vorsorgeprinzip nicht fremd, s. Art. 191 Abs. 2 S. 2 AEUV sowie *Scherer/Heselhaus*, in: Dausse/Ludwigs, EU-WirtschaftsRHdB³⁴⁷, O. Umweltrecht Rn. 35 ff. Auch Ingold verknüpft Medieregulierung und die „Risikodoktrin“ des Umweltrechts (Ingold, Meinungsmacht des Netzes (2020), S. 84), hierzu auch bereits *Cornils*, Vielfaltssicherung bei Telemedien (2018), S. 382 f.

³⁴⁵ BVerfGE 49, 89 (143); dort im Bezug auf „Technik“ statt „Medien“.

³⁴⁶ Meinungsmacht des Netzes, S. 84. Ebenfalls eher zurückhaltend *Cornils*, Vielfaltssicherung bei Telemedien (2018), S. 382. Hoffmann-Riem hingegen hebt mit Pathos hervor, dass „Kommunikation im weiten Sinne [...] für das Leben [...] ebenso wichtig [ist,] wie es die Atemluft, sauberes Wasser oder gesunde Lebensmittel sind“ (Hoffmann-Riem, Schutz der natürlichen und der gesellschaftlichen Umwelt – zum Vergleich von Umweltrecht und Digitalisierungsrecht, S. 4).

rungseingriff nach sich zieht, sondern auch im Rahmen des Vorsorgeprinzips den Staat zunächst dazu verpflichten kann, sich mit den möglichen Folgen einer unregulierten Risikoquelle auseinanderzusetzen, das Ausmaß des Risikos zu erforschen und neue Erkenntnisse für die Abwägung zu generieren.³⁴⁷

Als weiteres Argument, insbesondere im Bereich unbekannter Medienwirkungen von einem *echten* Risiko auszugehen, darf der Abgrenzungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts gelten, das ein Restrisiko als „jenseits [der] Schwelle praktischer Vernunft [...] und insofern als *sozialadäquate Lasten* von allen Bürgern zu tragen“ ansieht.³⁴⁸ Zwar ist ein solcher Maßstab der praktischen Vernunft und Sozialadäquanz zweifellos ebenso schwammig. Wer jedoch sozialadäquate Risiken als Restrisiken und mögliche Auslöser einer staatlichen Schutzpflicht ausschließen möchte, setzt in jedem Fall voraus, dass zumindest *irgendeine* Form von Praxis mit Blick auf das infrage stehende Risiko vorhanden ist;³⁴⁹ dass Gesellschaft und sozialer Raum zumindest genug Bezugspunkte zum Risiko haben, um dessen Adäquanz zu bestimmen und damit als Anknüpfungspunkt einer Schutzpflicht zu verwerfen – und sei es auch unter ernsthaftem Mangel an wissenschaftlichen Erkenntnissen.³⁵⁰

Ebenfalls in Richtung einer Einstufung medialer Risiken als *echte* und nicht als *Rest*-Risiken weist das Konzept des *systemischen Risikos*, das Kaufhold mit Blick auf Finanzmarktregulierung entwickelt hat und zu dem im Folgenden Parallelen aufgezeigt werden sollen: Demnach kann sich ein besonderes Schutzbedürfnis auch „aus der spezifischen Struktur der Bedrohung, i. e. der Struktur systemischer Risiken, der daraus folgenden Unmöglichkeit des Selbstschutzes und der Intensität der Beeinträchtigung“³⁵¹ ergeben. Die besondere Qualität besteht dabei in „der Relationalität und der Transgressivität systemischer Risiken: Systemrisiken kann nur erkennen und abwehren, wer das Verhalten sämtlicher Systemelemente beobachtet und die Beziehungen zwischen den Elementen steuert“³⁵². So wie im Bankensektor einzelne Akteure der Dynamik eines systembedrohenden Ereignisses wie einem Bank-Run hilflos gegenüberstehen, so ist auch den einzelnen Teilnehmern des Mediensystems – und noch mehr: dem Publikum, dessen Meinungsbildungsfreiheit bedroht ist – eine unmittelbare Steuerung der Abläufe im System der Meinungsbildung verwehrt.

³⁴⁷ Siehe hierzu oben, Teil 3 C. III., S. 186 ff. Siehe auch *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt (1998), S. 89, der in diesem Zusammenhang von der Risikovorsorgepflicht spricht.

³⁴⁸ BVerfGE 49, 89 (143), Herv. d. Verf.

³⁴⁹ Ähnlich grenzt auch Lohse Restrisiken als „bestimmbar unwahrscheinliche Gefahren“ gegen „existierende Risiken [ab], die nur noch nicht bestimmbar sind“ (*Lohse*, (Noch) Un gewisse Risiken, S. 50).

³⁵⁰ Zur Bedeutung der Kategorie der Sozialadäquanz zur Abgrenzung von Risiken und Restrisiken siehe auch *Krause*, Das Risiko und Restrisiko im Gefahrstoffrecht (2009), S. 498.

³⁵¹ *Kaufhold*, Systemaufsicht (2016), S. 226.

³⁵² *Kaufhold*, Systemaufsicht (2016), S. 255.

Das soll nicht heißen, dass Handlungen Einzelner keinen Einfluss auf das System hätten: auch einzelne Veröffentlichungen können die öffentliche Meinung beeinflussen und auch ein einzelnes Geldinstitut kann den Finanzmarkt ins Straucheln bringen. Jedoch ergibt sich das eigentliche, dahinterstehende Risiko aus der Dynamik des Gesamtsystems: Problematisch ist nicht eine bankrote Bank, sondern die Kettenreaktion am Finanzmarkt; nicht ein tendenziöser Artikel, sondern das Ende der Vielfalt der Medien. Im Gegensatz dazu hat etwa die einzelne Betreiberfirma eines Kernkraftwerks sehr unmittelbaren Einfluss darauf, welches Risiko sich aus dem Betrieb ihres Reaktors ergibt. Die Konsequenzen in Form von Grundrechteingriffen eines nuklearen GAUs folgen direkt aus einem einzelnen Kernkraftwerk und nicht erst durch die „Vermittlung“ irgendeines Systems.

Da im Rahmen solcher systemischer Risiken Selbstschutz nur bedingt oder meist gar nicht möglich ist, „ergibt sich ein qualifiziertes Schutzbedürfnis jener Grundrechtsträger, die von den Folgen systemischer Risiken betroffenen sind“ – von Kaufhold als „Systemrisikoabwehr“³⁵³ bezeichnet. Diese Form der Abwehr schlägt sich demnach auch als Erweiterung des Schutzbereichs der betroffenen Grundrechte nieder, „wenn und soweit die grundrechtliche Garantie anderenfalls infolge der Auswirkungen des durch die systemischen Risiken verursachten Schadens insgesamt ihren sozialen Sinn einbüßen und ihre faktische Wirksamkeit verlieren würde. Auch insoweit wirkt der Schutz vor Systemrisiken als Schutz von Freiheitsvoraussetzungen.“³⁵⁴ Eine solche Interaktion zwischen systemischer Dimension und dem Schutzbereich des Grundrechts findet im Übrigen bereits eine Entsprechung in der Medienfreiheit: Betrachtet man deren objektivrechtliche Dimensionen, lassen sich etwa Vielfaltvoraussetzungen und der Ausgleich von kommunikativer Macht und Chancengleichheit³⁵⁵ als ein solcher Schutz vor systemischen Risiken beschreiben.

4. Zwischenfazit: Schutzwicht vor neuen Medien

Vor diesem Hintergrund erscheint es angezeigt, sowohl mit Blick auf das hohe, ungewisse Ausmaß und die unbekannte Eintrittswahrscheinlichkeit potenzieller durch Medien verursachter Schäden an der Meinungsbildung einerseits als auch angesichts des systemischen Charakters der resultierenden medialen Risiken andererseits im Regelfall vom Eintreten einer staatlichen Schutzwicht bei neuen, noch unbekannten Medien auszugehen.³⁵⁶

Ob diese Risiken dann, wie etwa beim Rundfunk, „so evident [sind], dass diese Vorsorge-Obliegenheit sich zur Regulierungspflicht verdichtet“ oder eben nicht,

³⁵³ *Kaufhold*, Systemaufsicht (2016), S. 255.

³⁵⁴ *Kaufhold*, Systemaufsicht (2016), S. 256.

³⁵⁵ Siehe oben unter Teil 2 E. IV., S. 112 ff.

³⁵⁶ Mit Blick auf eine entsprechende dogmatische Neuorientierung der Rundfunkfreiheit so auch *Davis*, Die „dienende“ Rundfunkfreiheit im Zeitalter der sozialen Vernetzung (2019), S. 196 f.

hängt von der – grundsätzlich von dieser Vorsorgepflicht ebenfalls umfassten – Sachverhaltsaufklärung ab, denn „die Vorsorge gilt [jedenfalls] der Freiheit und Offenheit des Meinungsbildungsprozesses an sich“³⁵⁷. Die Entscheidung, ob und wie ein staatliches Eingreifen schlussendlich geboten ist, fällt dann dem Gesetzgeber zu.

Bevor jedoch Teil 3 C. IV. die möglichen Mittel zur Verwirklichung der staatlichen Schutzaufgabe genauer in den Blick nehmen soll, ist zunächst kurz auf die dritte Tatbestandsvoraussetzung der Schutzpflicht einzugehen: die Gefahren- oder Risikoquelle in Form eines rechtswidrigen Übergriffs einer*eines Dritten. Auf die Abgrenzung eines solchen *Übergriffs* von staatlichen Grundrechts-*Eingriffen* soll vorliegend nicht ausführlich eingegangen werden,³⁵⁸ ebensowenig auf den Meinungsstreit zur umstrittenen Schutzpflicht gegenüber Naturgefahren,³⁵⁹ da Übergriffe in die Meinungsfreiheit durch Medien zweifellos regelmäßig „von einem Privaten ausgehen, der seinerseits grundrechtsfähig ist“³⁶⁰ – nämlich von Medienunternehmen. Auch der öffentlich-rechtliche Charakter einiger Rundfunkanstalten steht diesem Befund der Grundrechtsfähigkeit nicht entgegen, da sie mit Blick auf ihre Programmgestaltung und damit der Kerntätigkeit als Medienakteur „ausnahmsweise [...] unmittelbar dem durch die Grundrechte geschützten Lebensbereich zuzuordnen“³⁶¹ sind.

IV. Schutzpflichterfüllung durch „klassische“ Medienregulierung

Anknüpfend an das oben aufgeführte Stufenmodell der staatlichen Schutzpflicht³⁶² sei nach dem *Tatbestand der Grundrechtsgefährdung* nun ein Blick auf das gewählte *Mittel zur Erfüllung der Schutzpflicht* geworfen, bevor im folgenden Ka-

³⁵⁷ Schulz, Kontrolle vorherrschender Meinungsmacht – Dekonstruktion eines medienrechtlichen Schlüsselbegriffs (2017), S. 377. Sogar grundsätzliche Befürworter*innen der dienenden Sonderdogmatik wie Heidtke argumentieren, vieles spräche dafür, „wlar (noch) nicht von einer Pflicht zur Ausgestaltung, jedoch aber zur Vermeidung von Fehlentwicklungen im Bereich der Vielfaltssicherung bei Medienintermediäre [sic] von einer ‚Obliegenheit zur Risikovorsorge‘ auszugehen“ (Heidtke, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 210).

³⁵⁸ Siehe hierzu ausführlich etwa Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten (2005), S. 87 ff. m. w. N.

³⁵⁹ Eine solche befürwortend etwa Kunig/Kämmerer, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 2 Rn. 101 ff.; ablehnend Isensee, in: HStR³ IX, § 191 Rn. 206 f. sowie Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten (2005), S. 102 f., jeweils m. w. N.

³⁶⁰ So die Tatbestandsvoraussetzung nach Isensee, in: HStR³ IX, § 191 Rn. 218.

³⁶¹ BVerfGE 31, 314 (322). Ebenso etwa BVerfGE 74, 297 (317 f.); 59, 231 (254); 97, 298 (310); st. Rspr. Für einen Überblick dieser herrschenden Meinung auch in der Literatur siehe nur Kaiser, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 115.

³⁶² Siehe oben, S. 182.

pitel die Aufmerksamkeit auf eine mögliche Rechtfertigung des Schutzeingriffs und den Status des Opfers zu richten sein wird.³⁶³ Da Schutzpflichten nicht auf die Unterlassung eines bestimmten staatlichen Verhaltens gerichtet sind, sondern regelmäßig durch verschiedene Handlungsoptionen des Staates erfüllt werden können, lässt sich der konkrete Inhalt der Pflicht im Sinne einer bestimmten Schutzhandlung „abstrakt-materiell freilich nur schwer bestimmen“³⁶⁴. Vielmehr kommt dem Staat in der Wahrnehmung seiner Schutzpflicht „ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsbereich“³⁶⁵ zu; aus „einer grundrechtlichen Schutzpflicht folgt in der Regel [...] keine bestimmte Handlungsvorgabe“³⁶⁶. „Art und Umfang des Schutzes im einzelnen zu bestimmen, ist Aufgabe des Gesetzgebers“³⁶⁷.

Zu dieser Aufgabe kann auch die Pflicht gehören, jene Schutzmaßnahmen, die einst als Erfüllung der grundrechtlichen Schutzpflicht anerkannt worden sind, aufgrund geänderter realer Umstände nachzubessern und anzupassen („Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht“³⁶⁸). Mehr noch als die binäre Entscheidung über die Existenz der Schutzpflicht selbst hängt also der erforderliche Umfang der staatlichen Maßnahme von „Art, Nähe und Ausmaß möglicher Gefahren, [der] Art und Schwere der zu befürchtenden Folgen sowie [der] „Schutzbedürftigkeit““³⁶⁹ ab. Nicht zuletzt sind auch die möglichen – beabsichtigten wie unbeabsichtigten – Folgen der staatlichen Maßnahme zu beachten, die bestenfalls bereits so gestaltet ist, dass „sie neues Wissen generiert und sich Regulierung und technischer Innovationsprozess damit wechselseitig stärken“³⁷⁰.

Isensee nennt in diesem Zusammenhang eine Reihe von „Ermessensdirektiven“,³⁷¹ die die staatliche Suche nach einer adäquaten Reaktion auf die Schutzpflicht leiten sollen: von einer staatlichen Pflicht zur Beobachtung³⁷² und Analyse mögli-

³⁶³ Hierzu sogleich unter Teil 3 C. V., S. 216 ff.

³⁶⁴ *Callies*, in: HGR II, § 44 Rn. 26.

³⁶⁵ BVerfGE 77, 170 (214); dort mit Bezug auf eine Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG; st. Rspr. Ebenso *Isensee*, in: HStR³ IX, § 191 Rn. 300; *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen (1990), S. 13. Siehe auch *Kaufhold*, Systemaufsicht (2016), S. 227.

³⁶⁶ BVerfGE 125, 39 (78).

³⁶⁷ BVerfGE 88, 203 (254). Siehe auch *Callies*, in: HGR II, § 44 Rn. 26. Insgesamt einhellige Meinung in der Literatur, siehe nur *Sauer*, in: Dreier, GG⁴, Vor Art. 1 Rn. 116 ff. m. w. N.

³⁶⁸ BVerfGE 88, 203 (269, insb. auch 310). Siehe auch BVerfGE 56, 54 (78); unter Verweis auf BVerfGE 50, 290 (335); 49, 89 (130) und 25, 1 (13). Ausführlich hierzu *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie (2005), S. 46 f.; ebenso *Kaufhold*, Systemaufsicht (2016), S. 231; *Isensee*, in: HStR³ IX, § 191 Rn. 287; *Callies*, in: HGR II, § 44 Rn. 26.

³⁶⁹ *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie (2005), S. 38.

³⁷⁰ *Scherzberg*, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht (2004), S. 234.

³⁷¹ Siehe *Isensee*, in: HStR³ IX, § 191 Rn. 301. Ausführlich hierzu auch *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie (2005), S. 37 ff.

³⁷² Siehe auch BVerfGE 88, 203 (310 f.).

cher Gefahren über Rationalität, Geeignetheit, Gefahrenproportionalität und Effektivität der Mittel bis zu einem Mindeststandard an Schutz („Untermaßverbot“³⁷³).

Darüber hinaus spielt auch die Abwägung und praktische Konkordanz zwischen zu schützendem Grundrecht und jenen Rechten Dritter eine Rolle, in die der Staat zum Schutz gegebenenfalls eingreift, wie auch die grundsätzliche Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips.³⁷⁴

Auch müssen sich die Maßnahmen der Schutzpflicht keinesfalls auf einzelne Elemente der medialen Betätigung beschränken – etwa auf bestimmte Formen der Berichterstattung, Ausrichtungen des Programms oder inhaltsbezogene Vorschriften wie den Jugendschutz. Vielmehr ist die Kommunikationsordnung „ein typischer Beispielsfall für die Notwendigkeit, statt dessen oder zumindest ergänzend Struktursteuerung zu betreiben und in freiheitssichernder Weise die Regelungsinstrumente Organisation und Verfahren zu nutzen“³⁷⁵.

Welche Optionen bieten sich also zur Erfüllung einer Schutzpflicht mit Blick auf die medienspezifischen Gefahren und Risiken für die Meinungsfreiheit? Auch wenn sich die vorliegende Arbeit in bewusst offener Interpretation des Medienverfassungsrechts und explizit nicht allein anknüpfend an tradierte Auslegungsmuster mit dieser Frage beschäftigen soll, kann deren Behandlung gleichwohl nicht ohne Bezug zur Verfassungspraxis erfolgen. Daher sollen auf den folgenden Seiten grundlegende Medienregulierungsansätze gegenüber Presse und Rundfunk sowie entsprechendes existierendes Recht auf ihre Tauglichkeit zur Schutzpflichterfüllung geprüft werden. Teil 4 A. soll es anschließend obliegen, unter besonderer Betrachtung sozialer Netzwerke neue Regulierungsreflexe zu untersuchen und dogmatische Bausteine zu entwickeln, die nach Möglichkeit losgelöst von der bestehenden Praxis neue Perspektiven für eine zeitgemäße (und idealerweise: zeitlose) Medienregulierung eröffnen.

³⁷³ Ein Begriff, dem das Bundesverfassungsgericht in diesem Kontext zu Bekanntheit verholfen hat, siehe BVerfGE 88, 203 (254). Zur Herkunft siehe auch Sauer, in: Dreier, GG⁴, Vor Art. 1 Rn. 119 m. w. N.

³⁷⁴ So explizit etwa Mayer, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie (2005), S. 39 ff. Allerdings spielen diese Kategorien wohl weniger bei der Beurteilung der die Schutzpflicht erfüllenden Maßnahme eine Rolle als vielmehr mittelbar bei der Prüfung eines möglichen damit verbundenen Eingriffs in die Grundrechte Dritter. Für ein Plädoyer gegen einen pauschalen Vorrang des betroffenen Abwehrrechts gegenüber der Schutzpflicht im Rahmen des „modifizierte[n] Forsthoffsche[n] Dogma[s]“ siehe Vosgerau, Grenzen der Liberalen Gewährleistungstheorie (2011), S. 141 ff.

³⁷⁵ So Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheit und Chancengleichheit (1990), S. 51, der seine Ausführungen zwar mit Blick auf die Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit trifft, welche aber ebenso für die hier vertretene Schutzpflicht überzeugen. Siehe zu Kommunikations-Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren auch Davis, Die „dienende“ Rundfunkfreiheit im Zeitalter der sozialen Vernetzung (2019), S. 193 ff. sowie Roßbach/Wischmeyer, Grundrechtsschutz durch Organisation: Das erste Fernsehurteil und das Hochschulurteil (2019), S. 201 ff.

1. Schutz vor fehlender Tatsachenkenntnis

Ganz grundlegend obliegt dem Staat zunächst eine Beobachtungspflicht. Diese „schließt ein, daß der Gesetzgeber im Rahmen seiner Kompetenz dafür sorgt, daß die für die Beurteilung der Wirkungen des Gesetzes notwendigen Daten planmäßig erhoben, gesammelt und ausgewertet werden. Verlässliche Statistiken mit hinreichender Aussagekraft [...] sind dazu unerlässlich.“³⁷⁶ Mit diesen Ausführungen bezieht sich das Bundesverfassungsgericht zwar auf eine *reaktive* Beobachtungspflicht des Gesetzgebers, der ein einmal aufgestelltes rechtliches Schutzkonzept – im zitierten Fall zugunsten ungeborenen Lebens – auf die Entfaltung der erhofften Schutzwirkung oder auch möglicher Mängel zu überprüfen hat.

Jedoch erscheint es nur konsequent, eine solche Beobachtungspflicht in Form einer Tatsachenfeststellung auch in jenen Fällen zu statuieren, in denen noch keine Schutzmaßnahme ergriffen wurde – sei es, weil sich der Gesetzgeber nach einer Bewertung des medialen Risikos gegen eine entsprechende Maßnahme entschieden hat; sei es, weil er das mögliche Risiko überhaupt zum ersten Mal erkannt hat. Es ist jedenfalls nicht mit der Schutzpflicht zu vereinbaren, „auf jede staatliche Statistik über [das mögliche Grundrechtsrisiko] zu verzichten. Der Gesetzgeber beraubt sich damit des Erfahrungsmaterials, dessen er für die Beobachtung der Auswirkungen seines Schutzkonzepts bedarf.“³⁷⁷ In derartigen Situationen des Zweifels „sind die staatlichen Organe, mithin auch der Gesetzgeber, aus ihrer verfassungsrechtlichen Pflicht, dem gemeinen Wohl zu dienen, [...] gehalten, alle Anstrengungen zu unternehmen, um mögliche Gefahren frühzeitig zu erkennen“³⁷⁸. Der Gesetzgeber sei in der Pflicht, „sich eine möglichst breite Informationsgrundlage für eine möglichst rationale Risikoabschätzung zu verschaffen“³⁷⁹.

Vor diesem Hintergrund erscheint die Beobachtungspflicht in erster Linie als staatlicher Auftrag zur Medienwirkungsforschung. Bestimmungen hierzu finden sich vereinzelt in Mediengesetzen der Länder, etwa im § 88 Abs. 12 LMG-NRW, der „die Erforschung der Medienwirkung“ zur fakultativen Aufgabe der Landesanstalt für Medien Nordrhein-Westfalen erklärt. Ob solche Kann-Bestimmungen jedoch die aus einer Schutzpflicht folgende Beobachtungspflicht erfüllen, ist zumindest zweifelhaft – nicht zuletzt, da der Aktionsradius der Landesmedienanstalten nur Rundfunk und Telemedien umfasst. Angesichts der doch weitreichenden staatlichen Regulierungseingriffe in den Tätigkeitsbereich der Medien – von Vielfaltregelungen bis hin zu Vorschriften einer bestimmten Organisation und Beteiligungsstruktur – sowie mit Blick auf den immer wieder referenzierten Medienwandel ist es kritik-

³⁷⁶ BVerfGE 88, 203 (310).

³⁷⁷ BVerfGE 88, 203 (311).

³⁷⁸ BVerfGE 49, 89 (132).

³⁷⁹ BVerfG, 2 BvR 2502/08 v. 18.02.2010, Rn. 11.

würdig, sich argumentativ an die Risikodoktrin zu klammern, ohne jedoch für Aufklärung des Ausmaßes dieses Risikos zu sorgen.³⁸⁰

Lässt man die (mangelnde) Medienwirkungsforschung als grundsätzliche Folge einer staatlichen Schutzpflicht einmal beiseite und geht von einem (ggf. drohenden) Übergriff der Medien in die Meinungsbildungsfreiheit aus, so stellt sich im Anschluss die Frage, auf welche Weise der Staat diesem Übergriff begegnen kann und möglicherweise muss. Dass der Gesetzgeber hierbei einen weiten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsbereich hat, ist bereits dargestellt worden.³⁸¹ Die getroffenen Regulierungsmaßnahmen gegenüber den etablierten Mediengattungen Presse und Rundfunk machen dabei deutlich, dass der Staat seine Schutzpflicht vor allem gegenüber zwei medialen Gefahren für die Meinungsbildung erkennt: (1) ein Mangel an Vielfalt sowie (2) eine Enttäuschung des besonderen Vertrauens in journalistisch-redaktionelle Inhalte.

2. Schutz vor mangelnder Vielfalt

Mangelnde Vielfalt oder – aus entgegengesetzter Perspektive – besondere Meinungsmacht ohne Binnenpluralismus stellt das historisch wohl eindrücklichste Beispiel einer medialen Gefahr für die Meinungs(bildungs)freiheit dar und ist wohl auch aus diesem Grund intensiv im Rahmen einer objektivrechtlichen Interpretation der Medienfreiheit diskutiert worden.³⁸² Mit Blick auf die Presse sieht der Staat sich angesichts des (noch) funktionsfähigen außenpluralen Modells offenbar nicht veranlasst, vielfatsichernde Maßnahmen zu ergreifen, die über die allgemeinen kartellrechtlichen Vorschriften hinausgehen.³⁸³ So stärkt die Gefahrenbewertung durch den Staat als gewissermaßen minimalinvasive Form der Schutzpflichterfüllung einerseits das Vertrauen in den Markt und andererseits (in Bezug auf Meinungsvielfalt zumindest im Ansatz auch) die Selbstregulierung der Presse durch Presserat und Pressekodex.³⁸⁴ Dass diese außenplurale Pressevielfalt möglicherweise nicht von

³⁸⁰ Ähnlich zweifelnd an einer Medienregulierung ohne ausreichende Tatsachengrundlage Kühling, in: Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR, Art. 5 GG Rn. 85. Auch Cornils zufolge „verbietet sich die Annahme, solche Maßnahmen könnten nicht nur erlaubt, sondern auch noch verfassungsrechtlich obligatorisch sein“ (Cornils, Vielfatssicherung bei Telemedien, S. 383). Mit Blick auf digitale Intermediäre: Ingold, Meinungsmacht des Netzes (2020), S. 83 f.

³⁸¹ Siehe oben, Teil 3 C. IV., S. 204.

³⁸² Siehe ausführlich hierzu oben unter Teil 2 E. IV., S. 112 ff.

³⁸³ Für einen instruktiven Ausblick zu entsprechenden kartellrechtlichen Fragen siehe Bremer/Martini, Kartellrechtsreform und Sicherung der Pressevielfalt (2003).

³⁸⁴ Letztere enthalten Grundregeln der journalistischen Sorgfalt, die einer allzu krassen Einseitigkeit in der Berichterstattung jenseits der zulässigen Tendenzfreiheit wohl entgegenstehen dürften. Interessant ist in diesem Zusammenhang ebenfalls, dass die Gründung des Presserats ursprünglich eine Ausweichbewegung war, um staatliche Vorgaben für die Presse zu vermeiden. Siehe hierzu ausführlich Schmidt, Die Selbstregulierung der Presse im Wandel (2018), S. 1461 f. m. w. N.

ewiger Dauer ist, darauf deuten erste Beschäftigungen mit möglichen staatlichen Interventionen zur Sicherung der Pressevielfalt hin,³⁸⁵ die jedoch derzeit wohl als Gedankenspiele bezeichnet werden dürfen.³⁸⁶

Mit Blick auf den Rundfunk ist, wie dargestellt,³⁸⁷ das staatliche Vertrauen in Vielfaltsicherung ohne regulatorische Intervention nicht besonders groß – in anderen Worten: der staatlichen Gefahrenbewertung zufolge sind aktive Maßnahmen zur Erfüllung der Schutzpflicht zugunsten vielfältiger Meinungsbildung erforderlich. Diese haben zu den frühen Zeiten des Monopols öffentlich-rechtlichen Rundfunks Niederschlag in den entsprechenden Landesgesetzen und Staatsverträgen gefunden,³⁸⁸ mit Aufkommen privater Rundfunkveranstalter*innen nahmen auch die Landesmediengesetze entsprechende Vorschriften auf und etablierten die Landesmedienanstalten als staatsferne Aufsichtsbehörden.³⁸⁹ Die entsprechenden Vorschriften betreffen derweil nicht nur unmittelbar die inhaltliche Ausrichtung der Programme, sondern beinhalten darüber hinaus auch Regeln zur Vermeidung von Medienkonzentration, sei es im Medien-³⁹⁰ oder Wettbewerbsrecht³⁹¹.

Diese Regeln greifen teils tief in Organisation, Abläufe und Programmgestaltung der privatwirtschaftlichen Rundfunkbetreiber ein. Sofern man, wie vorliegend,³⁹² nicht davon ausgeht, „alle pluralitätsschaffenden und -sichernden Maßnahmen seien bloße Ausgestaltungsregelungen“³⁹³, sondern diese Regulierung als Eingriff in die Rundfunkfreiheit betrachtet, steht einer Schutzmaßnahme zugunsten der Meinungsbildungsfreiheit gewissermaßen spiegelbildlich ein Eingriff in die Rundfunkfreiheit der regulierten Veranstalter*innen gegenüber.

³⁸⁵ Einen möglichen verfassungsrechtlichen Rahmen für Pressevielfaltsicherung durch staatliche Subventionen diskutieren ausführlich *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, Art. 5 Rn. 157 ff. m.w.N. Siehe auch *Schulz*, Kontrolle vorherrschender Meinungsmacht – Dekonstruktion eines medienrechtlichen Schlüsselbegriffs (2017), S. 378.

³⁸⁶ Über Gedankenspiele hinaus ging lediglich eine Initiative des damaligen Wirtschaftsministers Peter Altmaier, der seinen Versuch, Presseunternehmen mit 220 Millionen Euro zu fördern, jedoch im Frühjahr 2021 zurückzog, siehe *Tieschky*, Presseförderung: Bundeswirtschaftsministerium zieht Plan zurück (2021).

³⁸⁷ Siehe oben unter Teil 2 E. IV. 1. und Teil 2 E. IV. 2., S. 113 ff.

³⁸⁸ Inzwischen bestimmt § 26 Abs. 2 MStV unter anderem Meinungsvielfalt und Ausgewogenheit als Teil des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Sender.

³⁸⁹ So bestimmt beispielsweise § 33 LMG NRW Zulassungsbeschränkungen „zur Sicherung der Meinungsvielfalt“ im Rundfunk „über alle technischen Übertragungswege“.

³⁹⁰ § 60 MStV setzt regulatorische Eingriffsschwellen für Fälle vorherrschender Meinungsmacht im Rundfunk fest.

³⁹¹ § 38 Abs. 3 GWB setzt für die Fusionskontrolle bei Verlagen einen Umsatzfaktor von vier sowie für Rundfunkveranstaltung von acht an.

³⁹² Siehe unten unter Teil 3 C. VI., S. 220 ff.

³⁹³ *Kaiser*, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 116 m. w.N.

Die Verfassungskonformität eines solchen Eingriffs jedoch hängt von dessen wirksamer Rechtfertigung ab, die im Rahmen der praktischen Konkordanz als Ausgleich zwischen (hier:) Meinungs- und Rundfunkfreiheit stattfinden muss.³⁹⁴

Zwar ist eine solche umfangreiche Abwägung stets nur mit Blick auf konkrete Maßnahmen möglich, weshalb eine Analyse der gesamten bestehenden Medienregulierung zum Schutz medialer Vielfalt den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen würde. Einige grundsätzlichere Bemerkungen erscheinen dennoch angezeigt:

Ähnlich wie schon die *Existenz* der Schutzpflicht selbst hängt auch die gebotene Reichweite (und damit auch: die *Rechtmäßigkeit*) der ergriffenen Maßnahmen von dem die Meinungsfreiheit bedrohenden Risiko beziehungsweise der ihr drohenden Gefahr ab. Statt einer bloß binären Unterscheidung eines „Schutzpflicht: ja oder nein?“ spielen bei der Abwägung der verschiedenen Grundrechtspositionen jedoch auch die Wahrscheinlichkeit und die Größe der Gefahr oder des Risikos eine Rolle. Von ihnen hängt sowohl die grundsätzliche Angemessenheit einer bestimmten Maßnahme als auch deren Nachbesserungsbedarf aufgrund neuer (oder gegebenenfalls auch ausbleibender) Erfahrungen in der Praxis ab.³⁹⁵ Insofern wirkt der Entscheidungswandel des Bundesverfassungsgerichts, zunächst keine private Rundfunkveranstaltung zuzulassen und später von diesem Verbot abzurücken, wie eine verfassungsrechtliche Anleitung für den Gesetzgeber, die schutzbedürftige Meinungsfreiheit und die vom Schutz betroffene Rundfunk(unternehmer)freiheit im Rahmen seiner Nachbesserungspflicht angemessen gegeneinander abzuwägen und die Regulierung entsprechend anzupassen.³⁹⁶

Fraglich jedoch ist, ob es als „angemessen“ bezeichnet werden kann, dass die schließlich für private Rundfunkveranstalter vom Gericht eng gefassten Zulassungsvoraussetzungen (und ihre gesetzliche Umsetzung) auch 41 Jahre nach dem dritten Rundfunkurteil³⁹⁷ nahezu unverändert fortbestehen. Und auch wenn man die zwischenzeitlich neu eingeführte Risikoprognose des Mediums Rundfunk aufgrund seiner besonderen „Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft“ aus dem achten Rundfunkurteil von 1994³⁹⁸ teilt: Es erscheint zweifelhaft, ob der Gesetzgeber mehr als ein Vierteljahrhundert an einer solchen Prognose festhalten darf, ohne die Zeit

³⁹⁴ Hierbei zeigt sich nun noch deutlicher, was oben (S. 161 f.) bereits angedeutet wurde: Das Konzept „mehr Freiheit durch weniger Freiheit“ stellt nur so lange ein Oxymoron dar, sofern sich beide Teile der Gleichung auf dieselbe Freiheit beziehen – weil man etwa öffentliche Meinungsbildung sowohl als zur Rundfunkfreiheit gehörend als auch durch sie gefährdet ansieht. Bezieht man den Slogan jedoch auf unterschiedliche Freiheiten, also im Sinne von „mehr (Meinungs-)Freiheit durch weniger (Rundfunk/Medien-)Freiheit“, bezeichnet er schlicht den Vorgang einer Grundrechtsabwägung auf Schrankenebene.

³⁹⁵ Siehe zur „Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht“ bereits oben, S. 205.

³⁹⁶ Manche Stimmen sprechen in diesem Zusammenhang von der „Re-Subjektivierung der Rundfunkfreiheit“ (*Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 240).

³⁹⁷ Siehe BVerfGE 57, 295 (322).

³⁹⁸ BVerfGE 90, 60 (87).

wenigstens für die Untersuchung möglicher empirischer Belege für das Eintreten (oder Ausbleiben) seiner ursprünglichen Befürchtung zu nutzen. Eine solche Eingriffsrechtfertigung fußt gerade auf der Vorläufigkeit und Unsicherheit der momentanen Risikobewertung, weshalb Untätigkeit in Bezug auf die Aufklärung dieses Risikos an der Legitimität der Eingriffsrechtfertigung kratzt.

Darüber hinaus ist herauszustellen: Die aufgezeigten Zweifel betreffen bereits die Rechtfertigung eines *freiwilligen* regulatorischen Eingriffs – also eine Regulierung ohne verfassungsrechtliche Pflicht, zu der sich der Gesetzgeber selbst entschlossen hat. Dass sich darüber hinaus – trotz ausbleibender empirischer Belege – gar ein expliziter Schutzauftrag im Sinne einer *Pflicht* des Staates begründen lassen soll, erscheint kaum überzeugend.

Damit soll an dieser Stelle nicht einer kompletten Vielfalts-Deregulierung im Rundfunkbereich das Wort geredet werden. Allerdings erscheint nach dieser Darstellung der Auftrag des Staates klar, entweder die Befürchtung eines Vielfaltrisikos durch den Rundfunk mit empirischen Erkenntnissen neu zu untermauern, oder aber – sofern die auf diese Weise erzeugten Erkenntnisse das Risiko geringer darstellen, als befürchtet – den Grundrechtseingriff in Form von Regulierung entsprechend zu lockern. Auch der Verweis auf mögliche unumkehrbare Fehlentwicklungen³⁹⁹ bei Verzicht auf Regulierung kann konsequenterweise nur so lange tragen, wie sich der Regulierer um Aufklärung der Ungewissheit und Gefahr bemüht, die er an die Wand malt.⁴⁰⁰

Vor diesem Hintergrund erweisen sich Schutzmaßnahmen zugunsten von Vielfalt zwar als durchaus geeignet, eine mögliche Dimension des negativen Einflusses von Massenmedien wie Presse und Rundfunk auf die Meinungsfreiheit zu begrenzen. Gerade angesichts der – in ihrer Regulierungsintensität – nahezu unveränderten Versuche der Vielfaltsicherung im Rundfunk erscheint jedoch eine Erinnerung auch an die damit verbundenen staatlichen Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten angezeigt.

3. Glaubwürdigkeitsschutz für journalistisch-redaktionelle Inhalte

Eine weitere Ausprägung seiner Schutzverantwortung vor medialen Risiken für die Meinungsbildung erkennt der Staat mit Blick auf die besondere Glaubwürdigkeit, die mit journalistisch-redaktionellen Inhalten verbunden ist. Aus der öffentlichen Aufgabe der Medien, zu informieren und zur Meinungsbildung beizutragen, folgt implizit ein gesteigertes Vertrauen, das Leser*innen, Zuschauer*innen und Nutzer*innen jenen Informationen entgegenbringen, die von journalistischen Medien

³⁹⁹ Siehe BVerfGE 57, 295 (323).

⁴⁰⁰ Ausführlich zur Pflicht zur „Risikoerkennung, -abschätzung und -überwachung“: *Klafki, Risiko und Recht* (2017), S. 35 ff.

präsentiert werden.⁴⁰¹ Ohne diese besondere Verlässlichkeit journalistisch-redaktioneller Inhalte ist die Meinungsbildung in einer Mediendemokratie schlicht nicht praktikabel. Sie ermöglicht die nötige Effizienz des Meinungsbildungsvorgangs, da das Publikum nicht darauf angewiesen ist, jede einzelne Information selbst zu verifizieren, sondern diese Tätigkeit dem entsprechenden Medium anvertrauen kann.

Es gibt jedoch eine gleich doppelt gefährliche Kehrseite dieses besonderen Vertrauens. Erstens führt mediale Falschberichterstattung deutlich breiter zu Fehlbewertungen in der Meinungsbildung des Publikums, als es beispielsweise durch Äußerungen in der direkten Kommunikation möglich wäre. Ein Gerücht aus unzuverlässiger Quelle vermag am Stammtisch eine Handvoll Zuhörer*innen erreichen, in den 7-Uhr-Nachrichten im Deutschlandfunk hingegen erreicht es auf einen Schlag Tausende. Zweitens – und dies ist auf lange Sicht deutlich gefährlicher – besitzen Fehler vermeintlich glaubwürdiger Medien das Potenzial, das grundsätzliche Vertrauen des Publikums ins Mediensystem und die Mediendemokratie als Ganzes zu untergraben. Wo keine gemeinsame Diskussionsgrundlage entstehen kann, weil niemand mehr auf die massenmediale Berichterstattung vertraut, kann keine substantielle Willensbildung über Themen nationaler Tragweite mehr stattfinden.

Es liegt daher nahe, dieses besondere Vertrauen in journalistisch-redaktionelle Inhalte, das öffentliche Meinungsbildung erst ermöglicht, zu schützen. Vor diesem Hintergrund ist die journalistische Sorgfaltspflicht zu sehen, die – wie das Bundesverfassungsgericht bereits früh ausführte – nicht nur dem Schutz des Persönlichkeitssrechts dient, über die journalistisch berichtet wird. Vielmehr beinhaltet diese Sorgfaltspflicht auch Elemente zum Schutz der Meinungsbildung:

„Sie ist zugleich in der Bedeutung der öffentlichen Meinungsbildung im Gesamtorganismus einer freiheitlichen Demokratie begründet. Nur dann, wenn der Leser – im Rahmen des Möglichen – zutreffend unterrichtet wird, kann sich die öffentliche Meinung richtig bilden. Die Presse ist daher um ihrer Aufgabe bei der öffentlichen Meinungsbildung willen gehalten, Nachrichten und Behauptungen, die sie weitergibt, auf ihren Wahrheitsgehalt zu prüfen.“⁴⁰²

Beater spricht von ihr als „Korrelat zur öffentlichen Aufgabe der Medien“⁴⁰³. In anderen Worten: Meinungsbildung mit Hilfe von Medien ist nur möglich, wenn ich mich auf die Qualität der Berichterstattung verlassen kann. Hierbei, wie Ladeur deutlich macht, geht es „nicht um die politische Funktionalisierung der [Medien]freiheit, sondern um die Herausbildung von gesellschaftlichen Institutionen, die

⁴⁰¹ So am Beispiel des Hamburger Pressegesetzes *Weyhe*, in: HH-Ko/MedienR⁴, HbgPrG § 6 Rn. 4 m. w. N. Siehe auch bereits oben unter Teil 2 A. IV., S. 44 ff.

⁴⁰² BVerfGE 12, 113 (130). Ähnlich und weiter etwa BVerfGE 99, 185 (197 f.).

⁴⁰³ Beater, Medienrecht (2016), Rn. 1199. Siehe auch Schulz, Kommunikationsverfassung, Kommunikationsgrundrechte, Staatsfreiheit – Staatsfreiheit als Gestaltungsprinzip (2013), S. 465.

„Erfahrungsgüter“ erzeugen und erhalten, die das Funktionieren sowohl des Marktes als auch der Politik erst ermöglichen“⁴⁰⁴.

Daher finden sich entsprechende Sorgfaltspflichten sowohl in den Pressegesetzen der Bundesländer als auch im Medienstaatsvertrag; dort gleichermaßen für den Rundfunk (§ 6) und für Telemedien (§ 19). Während es mit Bezug auf die Presse heißt, sie habe „alle Nachrichten vor ihrer Verbreitung mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt auf Wahrheit, Inhalt und Herkunft zu prüfen“⁴⁰⁵, beziehen sich die Regeln für Berichterstattung und Informationssendungen im Rundfunk sowie für journalistisch-redaktionell gestaltete Angebote in Telemedien auf die „anerkannten journalistischen Grundsätz[e]“⁴⁰⁶. Letzterer Bezug ist bereits ein Hinweis darauf, dass es keine Legaldefinition des Sorgfaltspflichtenkanons gibt, sondern sich die Regelungen vielmehr auf bestehende berufsethische Normen beziehen,⁴⁰⁷ wie sie etwa im Pressekodex des Deutschen Presserates festgehalten sind.

Hierin zeigt sich eine regulatorische Parallele zum oben dargestellten Vielfaltschutz, nämlich die bisherige regulatorische Unterscheidung zwischen Presse und Rundfunk: Während private Rundfunksender der direkten Aufsicht durch die Medienanstalten unterstehen,⁴⁰⁸ bestehen für die Presse keine solche staatlichen Aufsichtskompetenzen. Die Einrichtung des Presserats 1956 wird deshalb als erfolgreicher Versuch der damaligen Verleger*innen gewertet, staatliche Aufsichtsinstanzen für die Presse abzuwenden.⁴⁰⁹ Statt einer staatlichen Aufsicht setzt nun der Presserat im Rahmen der Selbstregulierung die im Pressekodex enthaltenen Sorgfaltspflichten bei seinen Mitgliedern durch.⁴¹⁰

Somit bleibt die staatliche Durchsetzung der Sorgfaltspflichten auf private Rundfunkveranstalter beschränkt, außerdem auf bestimmte Telemedien mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten – allerdings nur auf solche, die sich wiederum nicht der Selbstregulierung des Presserates⁴¹¹ unterwerfen. In anderen Worten: Im Bereich der Presse und der meisten journalistisch-redaktionell gestalteten Telemedien setzt der Staat bei der Durchsetzung der journalistischen Sorg-

⁴⁰⁴ Rechtliche Möglichkeiten der Qualitätssicherung im Journalismus, S. 448, dort bezogen auf die Pressefreiheit.

⁴⁰⁵ § 6 S. 1 PresseG HA, ähnlich in den übrigen Pressegesetzen.

⁴⁰⁶ § 6 Abs. 1 S. 1, § 19 Abs. 1 S. 1 MStV.

⁴⁰⁷ Fiedler, in: Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR, MStV § 6 Rn. 2 ff.

⁴⁰⁸ Für öffentlich-rechtliche Sender sind im Rahmen der Programmaufsicht die sendereigenen Gremien sowie für die Rechtsaufsicht die entsprechenden Landesregierungen zuständig.

⁴⁰⁹ Siehe Schmidt, Die Selbstregulierung der Presse im Wandel (2018), S. 1461.

⁴¹⁰ Dass „durchsetzen“ in diesem Zusammenhang möglicherweise zu hoch gegriffen ist, lässt sich bereits daran erkennen, dass der Presserat mit keinerlei Exekutivgewalt ausgestattet und zur Durchsetzung seiner Aufsicht auf die Kooperation der betroffenen Mitglieder angewiesen ist.

⁴¹¹ Oder einer anderen „anerkannten Einrichtung der Freiwilligen Selbstkontrolle“, § 109 Abs. 1 S. 4 Nr. 3 MStV.

faltpflichten auf „das zivil- und ggf. auch strafrechtliche Sanktionsmodell“⁴¹². Sorgfaltspflichtverstöße sind nur ahndungsfähig, wenn sie die Rechte einer Person verletzen und diese auf dem Klagegehege dagegen vorgeht. Dies darf als Hinweis verstanden werden, dass der Gesetzgeber zum Schutz des Vertrauens in journalistisch-redaktionelle Presseinhalte die Möglichkeiten des Individualrechtsschutzes zur Durchsetzung des Persönlichkeitsrechts als ausreichend erachtet. Er verzichtet damit auf eine Absicherung dieses Vertrauens auch ohne individualrechtlichen Anknüpfungspunkt – und damit auf einen zusätzlichen Grundrechtseingriff in die Pressefreiheit.⁴¹³

Jedoch deutet sich im Medienstaatsvertrag eine Verschiebung dieser Abwägung zur Schutzmechanik an. Dass den Medienanstalten inzwischen zumindest in Fällen, in denen sich „geschäftsmäßig angebotene, journalistisch-redaktionell gestaltete Telemedien, in denen regelmäßig Nachrichten oder politische Informationen enthalten sind“, eine Aufsichtspflicht zukommt, zeigt einen gewissen Zweifel des Gesetzgebers daran, dass das System „Sorgfalt durch Selbstkontrolle“ auch im Internet zukunftsfähig ist. Einst stand der Presserat – wie ein kollektives Ehrenwort der Verlagsbranche – für das Versprechen *medialer Qualität durch Berufsethos*. Angesichts tausender unabhängiger Publikationen im Netz ohne zentrale Organisationsstruktur wird jedoch die Übersicht erschwert, wer eigentlich noch wen kontrollieren kann und soll. Diese Verschiebung macht deutlich, dass mit Blick auf journalistisch-redaktionelle Inhalte der Gesetzgeber durchaus in der Lage ist, angesichts des Medienwandels regulatorisch nachzusteuern.

In Anbetracht dieser nachlassenden Selbstregulierungsstärke im Pressebereich – der Presserat wirbt bereits implizit mit der eigenen Nachlässigkeit um neue Mitglieder⁴¹⁴ – erscheint die vorsichtige regulatorische Anpassung eine geeignete Reaktion des Gesetzgebers, um das Vertrauen auch in „neue“ journalistische Medien zu erhalten.

Eine Lockerung der Sorgfaltspflichten ist jedenfalls – auch im Rundfunk – nicht angezeigt. Denn im Gegensatz zum Mangel an Empirie im Bereich der Vielfaltssicherung zeigen Studien zu Medienvertrauen, dass in den vergangenen Jahren zwar

⁴¹² Lent, Paradigmenwechsel bei den publizistischen Sorgfaltspflichten im Online-Journalismus (2020), S. 597. Indes zeigt etwa der Beitrag von Ladeur, dass es weitere Ansätze gäbe, auch die Presse etwa über neue Haftungsregeln an gewisse Qualitätsstandards – auch: prozeduraler Art – zu binden (*Ladeur, Rechtliche Möglichkeiten der Qualitätssicherung im Journalismus*, S. 452 ff.).

⁴¹³ Der Verzicht auf eine staatliche Presseaufsicht stellt derweil keinen verfassungsrechtlichen Automatismus dar. Eine regulierte Selbstregulierung wäre in diesem Zusammenhang durchaus denkbar, hierzu ausführlich *Klausa, Staatlicher Zahnersatz für den Presserat* (2021). Siehe auch *Schmidt, Die Selbstregulierung der Presse im Wandel* (2018), S. 1465 f.

⁴¹⁴ Mit Blick auf die neuen Regeln für journalistisch-redaktionell gestaltete Telemedien heißt es auf der Website des Presserats: „Eine Alternative ist die freiwillige Selbstregulierung durch den Deutschen Presserat und die Anerkennung des Pressekodex.“ Siehe auch *Klausa, Staatlicher Zahnersatz für den Presserat* (2021).

die Skepsis nicht bedeutend zugenommen hat, jedoch: „Die Frage des Medienvertrauens hat die Öffentlichkeit zunehmend gespalten [und] diese Polarisierung [hat sich] über die Jahre ,verfestigt‘“⁴¹⁵.

Vor diesem Hintergrund erscheinen die aufgezeigten Maßnahmen zur Qualitätssicherung journalistisch-redaktioneller Inhalte als tauglicher Ansatz, das Vertrauen in Medien zu sichern – und auf diese Weise die Funktionsfähigkeit der freien Meinungsbildung in unserer Mediendemokratie zu schützen.

4. Zwischenfazit: Schutzpflichterfüllung mit Nachschärfungsbedarf

Es ist aufgezeigt worden, dass die bisherigen Ansätze der Medienregulierung von Presse und Rundfunk zum Schutz freier Meinungsbildung geeignet sind, jedoch insbesondere mit Blick auf die Schaffung der nötigen Informationsgrundlage einer Nachschärfung bedürfen. Die Frage überdies, ob die genannten Maßnahmen ausreichen, um eine entsprechende Schutzpflicht mit Blick auch auf die neue Medienlandschaft *insgesamt* zu erfüllen, ist damit jedoch noch nicht beantwortet. Ihr wird insbesondere am Beispiel sozialer Netzwerke noch nachzugehen sein.⁴¹⁶ An dieser Stelle bleibt zunächst festzuhalten: Bisherige Maßnahmen der Medienregulierung fügen sich problemlos in ein auf staatliche Schutzpflichten zugunsten der Meinungsbildung ausgerichtetes dogmatisches Modell.⁴¹⁷ Dies ist nicht nur mit Blick auf eine zukunftsfähige Entwicklung des Medienverfassungsrechts von Bedeutung.⁴¹⁸ Vielmehr zeigt sich hierin ein Vorteil des Schutzpflichtkonzepts, das auf diese Weise der Kritik an einer an die Rundfunkfreiheit anknüpfenden Ausgestaltungsdogmatik begegnen kann, wie noch gezeigt werden soll.⁴¹⁹

⁴¹⁵ Blöbaum et al., Medienskeptikerinnen und Medienskeptiker im Spiegel quantitativer Studien (2020), S. 47. Siehe zu kritisierten Fehlleistungen auch *Mede/Brucklachner/Heim*, Versagen des Journalismus? (2020), S. 97 ff.

⁴¹⁶ Siehe unten unter Teil 4 A. II., S. 244 ff.

⁴¹⁷ Im Ergebnis ebenso, wenn auch nur unter exklusiver Betrachtung der Rundfunkfreiheit: Davis, Die „dienende“ Rundfunkfreiheit im Zeitalter der sozialen Vernetzung (2019), S. 186 ff., zusammenfassend S. 193.

⁴¹⁸ Zwar erwähnt auch Pille die Schutzpflichtdogmatik in einem eigenen Unterkapitel – jedoch nur als mögliches Ordnungsmodell staatlicher Gewährleistungsverantwortung und ohne sie auf ihre Anwendbarkeit im Rahmen der Medienregulierung zu prüfen (Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke, S. 212 f.).

⁴¹⁹ Siehe unten unter Teil 3 C. VI., S. 220 ff.

V. Rechtfertigung des Schutzeingriffs und Status des Opfers

Zunächst sind jedoch mit Blick auf das oben bereits dargestellte Stufenmodell der Schutzwichtpflicht⁴²⁰ noch dessen letzten beiden Elemente zu prüfen: die Rechtfertigung des Schutzeingriffs zulasten Dritter⁴²¹ sowie das subjektive Recht des Opfers auf Schutz.

Während bei der staatlichen Beobachtungspflicht im Sinne eines Auftrags zur Medienwirkungsforschung⁴²² bereits ein Eingriff in die Medienfreiheit ausgeschlossen ist, sind Maßnahmen der Vielfaltsicherung⁴²³ sowie Vorgaben zur journalistischen Sorgfalt⁴²⁴, die teils tief in Struktur und Tätigkeiten der Medien eingreifen, zweifellos als Eingriffe zu qualifizieren – und dementsprechend an der Schranke des Art. 5 Abs. 2 GG zu messen.⁴²⁵

Mit Blick auf Regeln zum Glaubwürdigkeitsschutz journalistischer Inhalte, vor allem also die Festschreibung bestimmter journalistischer Sorgfaltspflichten, darf allerdings von *zulässigen* Eingriffen auszugehen sein. Dies gilt schon deshalb, weil entsprechende Sorgfaltspflichten bereits auf objektivrechtlicher Ebene im Verfassungsrecht eng mit der Freiheit der Medien verbunden sind.⁴²⁶ So verweist das Bundesverfassungsgericht etwa explizit darauf, dass journalistische Sorgfaltspflichten „als Ausdruck der Schutzwichtpflicht angesehen werden, die aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgt“⁴²⁷. Ein weiteres Indiz für Sorgfaltspflichten als zulässigen Eingriff ist die Tatsache, dass die Pressegesetze der Länder, die entsprechende Sorgfaltspflichten enthalten, seit mehreren Jahrzehnten der verfassungsrechtlichen Überprüfung standhalten.⁴²⁸

Dass die vorigen Beispiele sich ausschließlich auf die Pressefreiheit beziehen, bedeutet im Übrigen nicht, dass entsprechendes nicht auch für den Rundfunk (und potenziell weitere Mediengattungen) gälte. Zwar erfahren entsprechende Eingriffe in die Rundfunkfreiheit, die etwa auf journalistische Sorgfaltspflichten abzielen, keine Rechtfertigungsprüfung durch das Verfassungsgericht. Das liegt jedoch daran, dass

⁴²⁰ Siehe oben, S. 182.

⁴²¹ Siehe hierzu umfassend *Davis*, Die „dienende“ Rundfunkfreiheit im Zeitalter der sozialen Vernetzung (2019), S. 202 ff. m. w. N.

⁴²² Siehe oben unter Teil 3 C. IV. 1., S. 207 f.

⁴²³ Siehe oben unter Teil 3 C. IV. 2., S. 208 ff.

⁴²⁴ Siehe oben unter Teil 3 C. IV. 3., S. 211 ff.

⁴²⁵ Siehe nur *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, Art. 5 Rn. 337, 351 f. m. w. N.

⁴²⁶ Siehe hierzu nur *Kaiser*, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 251 m. w. N.

⁴²⁷ BVerfGE 99, 185 (198). Siehe auch BVerfGE 114, 339 (353 f.).

⁴²⁸ Siehe etwa, mit Blick auf den Gegendarstellungsanspruch in § 11 HbgPrG: BVerfGE 97, 125 (146). Siehe auch *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, Art. 5 Rn. 141, die auf die enge Verbindung des verfassungsrechtlichen Pressebegriffs und der Sorgfaltspflichten hinweisen.

gemäß der etablierten Ausgestaltungsdogmatik⁴²⁹ die entsprechenden Vorschriften des Gesetzgebers per Definition die Rundfunkfreiheit lediglich ausgestalten und daher keine Eingriffe in die Freiheit darstellen können, die entsprechende Prüfung also entbehrlich ist. Sofern man, wie vorliegend, Medienregulierung insgesamt als Eingriffe – und nicht im Rahmen der Rundfunksonderdogmatik als Ausgestaltung – betrachtet, besteht jedoch kein Grund, warum man mit Blick auf verschiedene Medien mit ähnlichem Professionalisierungsgrad zu unterschiedlichen Rechtfertigungsergebnissen kommen sollte. In anderen Worten: Wenn journalistische Sorgfaltspflichten für die Presse als gerechtfertigte Eingriffe in die Pressefreiheit gelten, sollten entsprechende Pflichten auch im Bereich des Rundfunks problemlos möglich sein.

Geht es um Vielfaltschutz, ergibt sich mit Blick auf die Presse eine ähnliche Einschätzung. Bereits im *Spiegel*-Urteil hatte das Bundesverfassungsgericht ange deutet, angesichts des Instituts Freie Presse „ließe sich etwa auch an eine Pflicht des Staates denken, Gefahren abzuwehren, die einem freien Preszewesen aus der Bildung von Meinungsmonopolen erwachsen könnten“⁴³⁰. Dass Maßnahmen gegen die Gefahren der Pressekonzentration zulässige Eingriffe in die Pressefreiheit sein können, ist jedenfalls unstrittig: „Es kommt allein auf die Art der Regelung an, die als allgemeines Gesetz im Sinne des Art. 5 Abs. 2 meinungsneutral sein, die wirtschaftlichen Konsequenzen der Presseunternehmerschaft beachten und dem Gleichheitssatz entsprechen muss.“⁴³¹ Diese deutliche Einschätzung bei der Presse ist (auch) der Tatsache geschuldet, dass die Eingriffstiefe sich auf die Verhinderung von Pressekonzentration beschränkt, sich also im Rahmen „klassischer“ kartellrechtlicher Methoden bewegt⁴³² und daher Organisationsstruktur und Abläufe der Presse selbst größtenteils unberührt lässt. Darüber hinaus gelten regulatorische Maßnahmen gegen Pressekonzentration gar als Teil einer staatlichen Schutzwilheit zugunsten der Pressefreiheit selbst.⁴³³

Mit Blick auf den Rundfunk stellt sich das Bild erneut anders dar. Das liegt zum einen an der Ausgestaltungsdogmatik, die – wie schon bei Sorgfaltspflichten – einen Eingriff auch bei der Vielfaltsicherung gewissermaßen konzeptionell unmöglich macht.⁴³⁴ Zum anderen jedoch erscheint es im Gegensatz zur Presse auch dann schwieriger, *Rundfunk*-Vielfaltregulierung zu rechtfertigen, wenn man sie als Freiheitseingriff und nicht als Ausgestaltung betrachtet – zumindest dann, wenn man am

⁴²⁹ Siehe hierzu im Detail den folgenden Teil 3 C. VI., S. 220 ff.

⁴³⁰ BVerfGE 20, 162 (176).

⁴³¹ Starck/Paulus, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, Art. 5 Rn. 157, m. w. N.

⁴³² Siehe etwa die pressespezifischen Regeln in § 38 Abs. 3 GWB.

⁴³³ Siehe nur Kaiser, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 200 m. w. N. Dort folgend auch zu ähnlichen Fragen wie Presse-Subventionen und öffentlich-rechtlichen Presseanstalten, auf die im Rahmen der vorliegenden Ausarbeitung nicht näher eingegangen werden soll. Siehe auch BVerfGE 20, 162 (175 f.).

⁴³⁴ Siehe hierzu bereits oben, S. 216, sowie ausführlicher im folgenden Teil 3 C. VI., S. 220 ff.

derzeitigen Modell der Vielfaltsicherung im Rundfunk festhält. Dieses nämlich beruht nicht nur mit Blick auf die öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter auf Binnenpluralismus. Auch privaten Rundfunkvollprogrammen schreibt der Medienstaatsvertrag vor, sie „sollen zur Darstellung der Vielfalt im deutschsprachigen und europäischen Raum mit einem angemessenen Anteil an Information, Kultur und Bildung beitragen“⁴³⁵. Während mit Blick auf Vielfalt bei der Presse „klassische“ Fusionskontrolle greift, um wirtschaftliche oder auch Meinungsmacht einzelner Medienunternehmen zu zügeln, und Tendenzfreiheit auch die inhaltliche Unausgewogenheit einzelner Publikationen sichert, greift die Regulierung beim Rundfunk deutlich stärker in den Inhalt ein:

Private Programme haben „inhaltlich die Vielfalt der Meinungen im Wesentlichen zum Ausdruck zu bringen. Die bedeutsamen politischen, weltanschaulichen und gesellschaftlichen Kräfte und Gruppen müssen in den Vollprogrammen angemessen zu Wort kommen; Auffassungen von Minderheiten sind zu berücksichtigen. [...] Ein einzelnes Programm darf die Bildung der öffentlichen Meinung nicht in hohem Maße ungleichgewichtig beeinflussen“⁴³⁶.

Die entsprechenden korrigierenden Maßnahmen setzen ebenfalls am Programminhalt an und betreffen beispielsweise Sendenzeiten für unabhängige Dritte und die Einrichtung eines Programmbeirats (§ 65 f. MStV). Untermauert wird diese einfachgesetzliche Regulierung durch das Bundesverfassungsgericht, das bereits 1986 feststellte, privaten Veranstaltern müsse mindestens „ein ‚Grundstandard‘ gleichgewichtiger Vielfalt“⁴³⁷ auferlegt werden. Gleichzeitig, so das Gericht in derselben Entscheidung, schütze die Rundfunkfreiheit „nicht nur vor unmittelbaren Einflüssen auf Auswahl, Inhalt und Gestaltung der Programme, sondern ebenso vor einer Einflußnahme, welche die Programmfreiheit mittelbar beeinträchtigen könnte“⁴³⁸. Somit steht die Vielfaltsicherung im Rundfunk vor der Herausforderung, Einfluss auf das Programm zu nehmen, ohne Einfluss auf das Programm zu nehmen – der der Gesetzgeber mit der Aufsicht über den Privatfunk durch die staatsfernen Medienanstalten begegnet.

Mag sich eine solche Konstruktion im Rahmen einer ausgestaltenden Regelung mangels Rechtfertigungzwang noch halten lassen, sieht sich der inhaltliche Einfluss der Vielfaltregulierung als Grundrechtseingriff hingegen höheren Hürden gegenüber. Dies gilt umso mehr, als die befürchtete Konsequenz mangelnder Binnenvielfalt – jene unumkehrbare Fehlentwicklungen, vor denen das Bundesverfassungsgericht warnt⁴³⁹ – an rechtfertigender Überzeugungskraft verliert, wenn diese Befürchtung nicht empirisch untermauert wird.⁴⁴⁰ Diese Kritik ist nicht neu, sodass an dieser Stelle

⁴³⁵ § 51 Abs. 2 MStV.

⁴³⁶ § 59 Abs. 1, 2 MStV.

⁴³⁷ BVerfGE 73, 118 (159 f.); siehe auch E 83, 238 (316).

⁴³⁸ BVerfGE 73, 118 (183).

⁴³⁹ Siehe BVerfGE 57, 295 (323).

⁴⁴⁰ Siehe hierzu bereits oben unter Teil 3 C. IV. 1., S. 207.

auf die bestehenden Ausführungen verwiesen werden kann, denen zufolge „die vom Verständnis der Pressefreiheit grundverschiedene Konzeption der privaten Rundfunkfreiheit als einer dem Gemeinwohl dienenden bzw. dienlich zu machenden Freiheit im Sinne einer öffentlichen Aufgabe ohne wesentliche individuelle Freiheit einer verflossenen Epoche angehört“⁴⁴¹. Damit ist nicht gesagt, dass Vielfaltsicherung mit Blick auf privaten Rundfunk als Eingriff nicht gerechtfertigt werden könnte. Jedoch gilt es, hierfür zukünftig neue Regulierungsansätze und Maßnahmen zu finden als einen „Binnenpluralismus light“, der tief in die Programmautonomie der Sender eingreift, während deren Außenpluralismus angesichts der Digitalisierung längst keine durch Technik oder Wirtschaftlichkeit vorgegebene Begrenzung mehr kennt.⁴⁴²

So bleibt als letztes zu prüfendes Tatbestandsmerkmal der Schutzpflicht schließlich noch der Status des Opfers, sein subjektives Recht auf Schutz. Allerdings gestaltet es sich mit Blick auf staatlichen Schutz vor medialen Risiken regelmäßig schwierig, einzelne Begünstigte herauszugreifen und nachzuweisen, dass gerade die Meinungsbildung jener Personen von negativen medialen Auswirkungen betroffen ist. Jedoch bestehen die Schutzpflichten als objektive Pflichten grundsätzlich unabhängig von einzelnen, subjektiven Ansprüchen. Die Verbindung der Schutzpflicht zum subjektiven Recht liegt vielmehr im betroffenen Schutzgut, gegen dessen Beeinträchtigung ein Grundrechtsträger einen Abwehranspruch hat. Vor diesem Hintergrund kommt es „für die staatliche Schutzpflicht nicht darauf an, ob ein bestimmter Mensch, sondern darauf, daß überhaupt jemand gefährdet ist“⁴⁴³. In den Worten des Bundesverfassungsgerichts: „Das Grundgesetz begründet eine Schutzpflicht nicht nur gegenüber dem Einzelnen, sondern auch gegenüber der Gesamtheit aller Bürger.“⁴⁴⁴ Das räumliche und das zeitliche Ausmaß der Schutzpflichten möge sich darüber hinaus als Aufhänger juristischer Diskussion eignen, im vorliegenden Fall (Schutzpflicht der Meinungsbildung lebender Personen in Deutschland) geben sie jedoch keinen Anlass zur Problematisierung.⁴⁴⁵

⁴⁴¹ Wendt, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 5 Rn. 94. Siehe auch Bullinger, Private Rundfunkfreiheit auf dem Weg zur Pressefreiheit (2007), S. 342 f. Anderer, der Linie des BVerfG zustimmenden Ansicht wohl Kaiser, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 102; stärker zuvor Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Art. 5 Abs. 1–2 Rn. 270 ff., jeweils m. w. N.

⁴⁴² Wie solche Regulierungsansätze mit Blick auf digitale Intermediäre aussehen können, dazu folgend unter Teil 4 B., S. 278 ff.

⁴⁴³ Murswieck, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik (1985), S. 207. Ebenso Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten (2005), S. 116 f.

⁴⁴⁴ BVerfGE 46, 160 (165).

⁴⁴⁵ Siehe zur Diskussion dieser Punkte ausführlich Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten (2005), S. 117 ff.

VI. Ausgestaltung

Mit Hilfe des Schutzwicht-Ansatzes lässt sich eine weitere dogmatische Herausforderung entschärfen, die sich im Kontext der Auslegung des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG stellt: ein vermeintlicher Ausgestaltungsauftrag der Rundfunkfreiheit an den Staat, der für das Medium eine „positive Ordnung“ zu schaffen habe, „welche sicherstellt, daß die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk in möglichster Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet und daß auf diese Weise umfassende Information geboten wird“⁴⁴⁶. Jene Gesetze, die der Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit dienen, können denklogisch keinen Eingriff in selbige darstellen und sind daher auch nicht an der Schranke des Art. 1 Abs. 2 GG zu messen.⁴⁴⁷ Ausgestaltungsbedarf bei Grundrechten ist nun zwar nicht außergewöhnlich und erprobte Verfassungspraxis, etwa beim Eigentum.⁴⁴⁸ Eine Herausforderung ist die Ausgestaltungsdogmatik im Bereich des Rundfunks aber deshalb, weil sie „nicht aus der rechtlichen oder sogar faktischen Unterstützungsbedürftigkeit und Staatsangewiesenheit der grundrechtlich garantierten Freiheit selbst begründet wird [, wie eben im Rahmen der Eigentumsfreiheit,] sondern aus der Implementierung einer freiheitsfremden Zielvorgabe in den Gewährleistungsinhalt“⁴⁴⁹. In anderen Worten: Im Gegensatz etwa zum Eigentum ist Rundfunk als Freiheitsobjekt nicht per se auf rechtliche Ausgestaltung angewiesen. Er kann auch ohne Zutun des Staates, ohne dessen Gewährleistung existieren. Somit hängt nicht die Existenz des Rundfunks und der dazugehörigen Freiheit von einer Ausgestaltung des Grundrechts ab, sondern lediglich die auf ein bestimmtes Ziel gerichtete *Funktionsweise* des Rundfunks – im Sinne des Bundesverfassungsgerichts: sein der Meinungsbildung zugute kommenden „Dienen“.⁴⁵⁰

Damit setzt die Ausgestaltungsdogmatik der Rundfunkgesetzgebung eine trennscharfe Unterscheidung zwischen Ausgestaltungsgesetzen einerseits und Schrankengesetzen andererseits voraus. Ab wann wird eine Funktionsvorgabe, die die Betätigung als Rundfunkbetreiber*in zweifellos beeinträchtigt, von einer bloßen Ausgestaltung der Freiheit zu einem Eingriff? Eine solche Differenzierung hat sich in sowohl Theorie als auch Praxis als schwierig bis unmöglich erwiesen:⁴⁵¹ Zwar be-

⁴⁴⁶ BVerfGE 57, 295 (320); siehe auch E 83, 238 (296); 90, 60 (88); st. Rspr.

⁴⁴⁷ Siehe, statt vieler, *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 154 ff.; *Kaiser*, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 191; *Schüller*, Die Auftragsdefinition für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk nach dem 7. und 8. Rundfunkänderungsstaatsvertrag (2007), S. 68 ff., jeweils m. w. N.

⁴⁴⁸ Siehe statt vieler *Wendt*, in: Sachs, GG, Art. 14 Rn. 60 ff.

⁴⁴⁹ *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte (2005), S. 164.

⁴⁵⁰ Anhänger*innen des dienenden Ausgestaltungsmodells würden wohl einwenden, ein nicht der Meinungsbildung dienender Rundfunk sei gar kein Rundfunk im Sinne des Grundgesetzes.

⁴⁵¹ Treffend *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte (2005), S. 94: „Bethge beschrieb diese Abgrenzung 1983 als eine noch zu leistende ‚ungemein schwierige‘ Aufgabe, und man kann nicht sagen, daß die seinerzeit ausstehenden Antworten bis heute gefunden worden wären.“

stimmte das Bundesverfassungsgericht bereits im dritten Rundfunkurteil die Ausgestaltungsbedürftigkeit der Rundfunkfreiheit⁴⁵², jedoch blieben die folgenden Erklärungen, wie zwischen Ausgestaltung und Eingriff zu differenzieren sei, ausgesprochen vage. So sind dem vierten Rundfunkurteil zufolge Ausgestaltungsgesetze solche, „welche der Sicherung der Rundfunkfreiheit dienen und allein dienen dürfen“, Schrankengesetze hingegen seien „Regelungen, welche die Rundfunkfreiheit beschränken“⁴⁵³. Die Literatur hat sich eingehend mit dem Themenkomplex beschäftigt, schließt jedoch – sofern sie nicht das Ausgestaltungskonzept ohnehin ablehnt – ebenfalls meist mit der Erkenntnis, die Suche nach einem „restlos tiefscharfen, vollständigen und abschließenden Plan aller zulässigen Ausgestaltungsmöglichkeiten“⁴⁵⁴ müsse vergeblich bleiben. Im Zentrum der Kritik am Ausgestaltungsmodell steht die künstliche Unterscheidung zwischen Ausgestaltungs- und Schrankengesetz. Denn während Rundfunkgesetze sowohl als Ausgestaltung als auch als Beschränkung der Freiheit grundsätzlich praktisch identische Konsequenzen haben können, führen sie zu zwei sehr unterschiedlichen Kontrollmaßstäben, da sie als Ausgestaltung lediglich nicht „außer Verhältnis“⁴⁵⁵ zum Ausgestaltungsziel stehen dürfen – als Eingriffe jedoch einer ausführlichen Rechtfertigungs- und Verhältnismäßigkeitsprüfung unterliegen.⁴⁵⁶ Der ausführliche Meinungsstreit zum Thema Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit soll und kann an dieser Stelle nicht umfassend wiedergegeben werden – stattdessen sei auf die bestehende Literatur, insbesondere die Ausführungen in der Habilitationsschrift von Cornils, verwiesen.⁴⁵⁷

In ihrer Essenz ist jedoch eines für die vorliegende Untersuchung relevant: Dass im Hinblick auf eine bestimmte demokratische Funktionsverpflichtung des Rundfunks (hier: aller Medien) die Ausgestaltungsdogmatik mit all ihren Kontroversen nicht alternativlos ist.⁴⁵⁸ Vielmehr besteht eine besondere konzeptionelle Nähe zwischen der Ausgestaltungsdogmatik und der zuvor dargestellten staatlichen Schutzwicht. Die eine wirkt gewissermaßen wie eine Beweislastumkehr für die andere: „Im Sinne eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses ist in der normalen Schutzwichtendogmatik der Verzicht auf schützende Handlungen die Regel. Der Ausgestaltungsauftrag der dienenden Freiheit dagegen [...] ist ganz und gar vor-

⁴⁵² Siehe BVerfGE 57, 295 (319 f.).

⁴⁵³ BVerfGE 73, 118 (166).

⁴⁵⁴ Rossen, Freie Meinungsbildung durch den Rundfunk (1988), S. 316.

⁴⁵⁵ BVerfGE 121, 30 (64). Siehe auch Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 860; Kaiser, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 191 m. w. N.

⁴⁵⁶ Siehe etwa Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 224 ff.; Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte (2005), S. 106 ff.

⁴⁵⁷ Siehe Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte (2005), S. 96 ff., zur Kritik an der Abgrenzung siehe insbesondere S. 104 ff. Weitere Zusammenfassungen und zahlreiche Verweise bei Heidke, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 205 ff.; Bremer, Freiheit durch Organisation? (1995), S. 314 ff.; Ruck, Zur Unterscheidung von Ausgestaltungs- und Schrankengesetzen (1992), S. 544 ff.

⁴⁵⁸ Siehe etwa Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte (2005), S. 164.

beugend gedacht und stellt gerade eine Abkehr vom Regel-Ausnahme-Verhältnis dar.⁴⁵⁹ Diese beiden Perspektiven in der Auslegung führen wiederum zu ähnlichen Konsequenzen im Ergebnis, weshalb manche Autor*innen sowohl Ausgestaltungsauftrag aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG als auch Schutzpflicht aus S. 1 nebeneinander existieren lassen – beiderseits auf das Normziel des Abs. 1 insgesamt ausgerichtet⁴⁶⁰ – während andere zur Einschätzung gelangen, die Ausgestaltungsverantwortung sei schlicht eine Schutzpflicht unter anderem Namen⁴⁶¹. Damit ermöglicht es die Konzeption einer Schutzpflicht, das liberale Grundrechtsverständnis mit jenen engen Regulierungsanforderungen zu versöhnen, für die das Bundesverfassungsgericht wiederum die Ausgestaltungsdogmatik im Rahmen einer „dienenden Rundfunkfreiheit“ bemüht.⁴⁶²

Diese Nähe des Dienens zum Ausgestalten führt darüber hinaus zu einem weiteren Vorteil des Schutzpflicht-Ansatzes: Er fügt sich ebenfalls an die oben dargelegte Position an, dass eine Freiheit nicht bereits aufgrund rein funktionaler Überlegungen in ihrer Reichweite begrenzt werden kann.⁴⁶³ Vielmehr stellt die Schutzpflicht das Ausgestaltungsmodell vom Kopf auf die Füße, indem sie den Zielpunkt der vermeintlichen Ausgestaltung (die funktionierende Meinungsbildung) zum Ausgangspunkt der dogmatischen Figur macht.⁴⁶⁴ Damit ermöglicht sie gleichzeitig einen besseren Schutz der Medienfreiheit: Diese wird nicht bereits im Rahmen ihrer Reichweite durch *Ausgestaltung* des Gesetzgebers begrenzt, sondern erfordert als „echte“ Freiheit für den medienregulatorischen *Eingriff* des Gesetzgebers eine Rechtfertigung. Pille spricht in diesem Zusammenhang von der „Re-Subjektivierung der Rundfunkfreiheit“⁴⁶⁵.

⁴⁵⁹ Hartl, Suchmaschinen, Algorithmen und Meinungsmacht (2017), S. 142. Ähnlich und ausführlich auch Grunenberg, Suchmaschinen als Rundfunk (2017), S. 146: „Die Dogmatik des Bundesverfassungsgerichts und die damit einhergehende Ausgestaltungspflicht läuft somit parallel zur Schutzpflicht des Gesetzgebers“. Ebenso Kellner, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären (2019), S. 125 f., allerdings unter der Bezeichnung „Gewährleistungsverantwortung“ statt „Schutzpflicht“; Davis, Die „dienende“ Rundfunkfreiheit im Zeitalter der sozialen Vernetzung (2019), S. 195; Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 215 f.

⁴⁶⁰ Siehe etwa Dörr, Die Kabelbelegungsregelungen in den Landesmediengesetzen und der Anspruch auf unentgeltliche Durchleitung des Fernsehprogramms PREMIERE zu den angegeschlossenen Haushalten (1997), S. 360. Schoch spricht in diesem Kontext von der Schutzpflicht als „verwaltungsrechtliche[n] Ausgestaltung einer staatlichen Regulierungsverantwortung“ (Schoch, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung (1998), S. 206 Fn. 237).

⁴⁶¹ Siehe Lücke, Die „allgemeinen“ Gesetze (1998), S. 16. Eine Einschätzung, die Bumke als problematische sprachliche Konvention kritisiert (Bumke, Ausgestaltung von Grundrechten, S. 45 f.).

⁴⁶² Siehe Grunenberg, Suchmaschinen als Rundfunk (2017), S. 147.

⁴⁶³ Siehe oben, Teil 3 B. II., S. 162 ff.

⁴⁶⁴ Siehe auch Davis, Die „dienende“ Rundfunkfreiheit im Zeitalter der sozialen Vernetzung (2019), S. 191, 195.

⁴⁶⁵ Siehe Meinungsmacht sozialer Netzwerke, S. 240 m. w. N.

Auf diese Weise eröffnet eine Schutpflicht zur Medienregulierung schließlich auch einen Ausweg aus dem Dilemma, das Befürworter*innen der dienenden Rundfunkfreiheit, allen voran Hoffmann-Riem, für das Ende der Dogmatik des „Dienens“ und der Ausgestaltung befürchten: Enthielte Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG tatsächlich ein subjektives Recht zur Rundfunkveranstaltung, lautet die Befürchtung,

„so müßte die These von der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bei der Festlegung der Rundfunkstruktur und der Wahl unterschiedlicher Modelle revidiert werden: Für den Gesetzgeber bliebe kaum etwas zu gestalten, wenn es ein verfassungsumittelbares subjektives Recht auf (privatwirtschaftliche) Rundfunkveranstaltung gäbe“⁴⁶⁶.

Tatsächlich gibt es für den Gesetzgeber auch ohne die Ausgestaltungsdogmatik eine Menge Möglichkeiten, zu gestalten – gemäß der hier dargelegten Position sogar vielmehr: die Pflicht, das zu tun. Es besteht lediglich der Unterschied, dass sich diese nicht aus der „zu gestaltenden“ (besser wohl: einzuschränkenden) Medienfreiheit ergibt, sondern vielmehr aus einem Schutzauftrag zugunsten der Meinungsbildung.⁴⁶⁷ Insofern tut Böckenförde dieser Reformbewegung Unrecht, wenn er ihnen vorwirft, sie täten

„vom Ansatzpunkt her das gleiche, was sie dem Bundesverfassungsgericht vorhalten. Sie postulieren die Rundfunkfreiheit zunächst als Individualgrundrecht, scheuen sich aber dann vor den Konsequenzen einer solchen Freiheitsgewähr und schaffen gesetzliche Regelungs- und Eingriffsbefugnisse“⁴⁶⁸.

Denn mit der Schutpflicht werden gerade keine zusätzlichen Regelungs- und Eingriffsbefugnisse geschaffen, sondern nur jene genutzt, die als Schranke bereits in der Verfassung verankert sind.⁴⁶⁹ Von einer Scheu vor den Freiheitskonsequenzen kann bei Befolgung einer Schutpflicht unter Verzicht auf die Ausgestaltungssonderdogmatik somit nicht die Rede sein.

VII. Schutpflicht vs. Drittirkung

Neben der Ausgestaltung sei eine weitere dogmatische Figur an dieser Stelle kurz erwähnt, die insbesondere bei großen Machtgefällen zwischen Grundrechtsträger*innen häufig Erwähnung und Anwendung findet: die mittelbare Drittirkung der Grundrechte. Mit diesem Begriff ist die Frage angesprochen, in welchem Maße Grundrechte sich über Generalklauseln auch in privatrechtlichen Vorschriften ent-

⁴⁶⁶ Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheit und Chancengleichheit (1990), S. 48.

⁴⁶⁷ Siehe hierzu auch bereits Hain, Rundfunkfreiheit als dienende Freiheit? (2011), S. 68, der mit Blick auf die Annäherung von Ausgestaltungs- und Eingriffsprüfung darauf verweist, die Ausgestaltungskonstruktion drohe „– sozusagen vom Ende her gedacht – ihrer Sinnhaftigkeit verlustig zu gehen“.

⁴⁶⁸ Böckenförde/Wieland, Die „Rundfunkfreiheit“ – ein Grundrecht? (1982), S. 81.

⁴⁶⁹ So hierzu bereits Gersdorf, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für den grenzüberschreitenden privaten Rundfunk (1993), S. 41.

falten. Der herrschenden Meinung zufolge hat die staatliche Gewalt „den Einfluss und die Bedeutung der Grundrechte in all ihren Erscheinungsformen bei der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts zu beachten“⁴⁷⁰. Diese Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht in jüngerer Zeit insbesondere mit Blick auf private Akteure ausgebaut, die im Rahmen ihres privatwirtschaftlichen Handelns dem öffentlichen Leben in seinen Ausdrucksformen wie Versammlungen und Meinungsaustausch, kurz: dem öffentlichen Diskurs, eine Plattform bieten. So stellte es in der *Fraport*-Entscheidung fest, dass privatwirtschaftliche Unternehmen in öffentlicher Hand unmittelbar an die Grundrechte gebunden seien und daher Versammlungen in ihrem ansonsten öffentlich zugänglichen Bereich nicht ohne weiteres unterbinden dürfen.⁴⁷¹ Darauf aufbauend stellte es in seinem *Bierdosen-Flashmob*-Beschluss klar, dass auch die mittelbare Drittirkung der Grundrechte gegenüber Privaten einer staatlichen Bindung nahe- oder sogar gleichkommen könne.⁴⁷² Nachdem das Gericht eine Übertragung dieses Ansatzes auch auf den digital-medialen Raum im *Dritter-Weg*-Beschluss bereits angedeutet hatte,⁴⁷³ schärfe es explizit mit Blick auf die Bedeutung digitaler Plattformen für den öffentlichen Diskurs in *Recht auf Vergessen I* noch einmal nach:

„Je nach Umständen, insbesondere wenn private Unternehmen in eine staatsähnlich dominante Position rücken oder etwa die Bereitstellung schon der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation selbst übernehmen, kann die Grundrechtsbindung Privater einer Grundrechtsbindung des Staates im Ergebnis vielmehr nahe- oder auch gleichkommen“⁴⁷⁴.

Vor diesem Hintergrund scheint die Dominanz großer Medienkonzerne nicht allzu weit entfernt vom Einfluss großer sozialer Netzwerke zu sein. Jedoch eignet sich die Drittirkung der Grundrechte dennoch nicht für den Schutz der Meinungsbildung gegen unerwünschten medialen Einfluss. Denn damit Grundrechte mittelbar eine Drittirkung entfalten können, bedarf es eines Privatrechtsverhältnisses zwischen eben jenen *Dritten* – vorliegend also Publikum und Medien. Ein

⁴⁷⁰ Sauer, in: Dreier, GG⁴, Vorb. vor Art. 1 Rn. 108, siehe auch die umfassenden Nachweise dort sowie bei Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 1 Rn. 52 ff.; Rüfner, in: HStR³ IX, § 197 Rn. 83 ff. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts grundlegend bereits in BVerfGE 7, 198, (205 f.). Grundlegend zur Bedeutung mittelbarer Drittirkung im Kontext der Kommunikation in der digitalen Gesellschaft siehe Heldt, Intensivere Drittirkung (2023), S. 9 ff.

⁴⁷¹ Siehe BVerfGE 128, 226.

⁴⁷² Siehe BVerfG, 1 BvQ 25/15 v. 18.07.2015, Rn. 6: „Je nach Gewährleistungsinhalt und Fallgestaltung kann die mittelbare Grundrechtsbindung Privater einer Grundrechtsbindung des Staates 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 und damit in Funktionen eintreten, die früher in der Praxis allein dem Staat zugewiesen waren.“

⁴⁷³ „Gerade für die Verbreitung von politischen Programmen und Ideen ist der Zugang zu [Facebook als] nicht ohne weiteres austauschbare[m] Medium von überragender Bedeutung.“ (BVerfG, 1 BvQ 42/19 v. 22.05.2019, Rn. 19).

⁴⁷⁴ BVerfGE 152, 152 (191).

solches Verhältnis mag zwischen einem sozialen Netzwerk und seinen Nutzer*innen bestehen⁴⁷⁵ – für die überwiegende Zahl der Medien gilt dies jedoch gerade nicht. Somit eignet sich die Drittirkungsdoktrin möglicherweise für „Regulierungsmöglichkeiten sozialer Netzwerke“⁴⁷⁶, bietet jedoch wenig Aufschluss für eine grundsätzliche, zukunftsfähige Medienregulierung.

Außerdem legt die mittelbare Drittirkung meist einen Fokus auf das bestehende Machtungleichgewicht zwischen den Beteiligten, das sie durch das Einziehen grundrechtlicher Wertungsmaßstäbe ins Privatrecht zu korrigieren sucht.⁴⁷⁷ Jedoch geht auch dieser Ansatz mit Blick auf Medienregulierung fehl. Denn die Herausforderung für die Meinungsbildung ergibt sich zwar *auch* aus der Gefahr medialer Monopolstellungen – aber eben *nicht nur*. Wie oben dargestellt,⁴⁷⁸ spielen Fragen etwa des Medienvetrauens und medialer Qualitätsstandards für einen funktionierenden demokratischen Diskurs eine ebenso große Rolle wie der Schutz medialer Vielfalt.

Somit mag die mittelbare Drittirkung der Grundrechte als interessantes Konzept für den (richter-)rechtlichen Umgang mit bestimmten, *auch* medienspezifischen Herausforderungen sein. Als Alternative zur schutzpflichtbasierten rechtlichen Ausrichtung der Medienregulierung *insgesamt* hingegen eignet sie sich nicht.⁴⁷⁹

D. Die Meinungsfreiheit, ihre Schutzpflicht und das Unionsrecht

Es sind vor allem globale Akteure – Suchmaschinen, soziale Netzwerke, digitale Plattformen und weitere –, die in Zeiten des Internets mediale Innovationen vorantreiben und jene Entwicklung prägen, die wir als Medienkonvergenz bezeichnen. Angesichts dieser internationalen Dimension erscheinen Regulierungsbestrebungen auf nationalstaatlicher Ebene (ganz zu schweigen vom Medienföderalismus der Bundesländer) zunehmend als realitätsferne Begrenzung. Mögen sich deutsche Rechtsakte wie das NetzDG und der MsTV zwar internationalen Playern auch auf

⁴⁷⁵ Siehe mit Blick auf die Drittirkungsproblematik etwa Michael, in: Stern/Sodan/Möstl, StaatsR I, § 28 Rn. 32 f.

⁴⁷⁶ So untersuchen es etwa Heldt, Intensivere Drittirkung (2023) und Knebel, Die Drittirkung der Grundrechte und -freiheiten gegenüber Privaten (2018).

⁴⁷⁷ Das Gericht spricht etwa von „gestörter Vertragsparität“ (BVerfGE 89, 214 (233 f.)). Kritisch zu diesem Ansatz etwa Sauer, in: Dreier, GG¹, Vor Art. 1 Rn. 113 f., der explizit auf die alternative Schutzpflichtdogmatik verweist.

⁴⁷⁸ Siehe oben unter Teil 3 C. IV. 3., S. 211 ff.

⁴⁷⁹ Für die umgekehrte Perspektive – den Blick auf Schutzpflichten zur Sicherung der Meinungsbildung aus Sicht einer Befürworterin der mittelbaren Drittirkung – siehe Heldt, Intensivere Drittirkung (2023), S. 59 f., deren Ansicht nach „[e]in solcher Eingriff in die Grundrechte der Diensteanbieter [...] auf Anhieb unverhältnismäßig“ erscheint.

nationaler Ebene widmen, zeigt sich doch ein deutlicher Trend, die Regulierung von für die Meinungsbildung einflussreichen Akteuren auf der Europäischen Ebene voranzutreiben und zu vereinheitlichen. Hinweise hierauf sind etwa die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (AVMD-Richtlinie)⁴⁸⁰, der noch junge Digital Services Act (DSA)⁴⁸¹ sowie aktuell die Pläne der Kommission für einen European Media Freedom Act⁴⁸².

Zwar fußen alle diese Rechtsakte auf der Zuständigkeit der EU für die Sicherung des Wettbewerbs im Binnenmarkt, während die Medienregulierung in der Regulierungsdomäne der Mitgliedsstaaten verbleibt. Jedoch macht insbesondere der DSA deutlich, dass die Sicherung des Digitalen Binnenmarktes, etwa im Bereich sozialer Netzwerke, große Überschneidungen mit der Sicherung der Meinungsvielfalt in den Mitgliedsstaaten aufweist.⁴⁸³

Grundsätzlich orientiert sich die vorliegende Arbeit an den Grundrechten des GG. Auch wenn diese im Verhältnis zu jenen der GRCh nur nachrangig anzuwenden sind, liegt auf ihnen der Fokus, da „sich zwischen GG und GRCh beim Schutz [...] keine relevanten Wertungsunterschiede auftun und da die deutsche Grundrechtsdogmatik für verschiedene einschlägige Konstellationen ein besonders ausdifferenziertes Instrumentarium entwickelt hat“⁴⁸⁴.

Doch auch in diesem Rahmen hängt die Zukunftsfähigkeit einer mediengrundrechtlichen Schutzpflichtdogmatik davon ab, dass diese nicht nur aus deutscher verfassungsrechtlicher Sicht überzeugt. Vielmehr muss sie auch im Rahmen der EU-Grundrechtecharta bestehen können. Denn auch wenn der EU die Zuständigkeit für Medienrecht und Vielfaltsicherung fehlt: Zwingendes oder vollharmonisierendes Sekundärrecht mit Binnenmarktbezug kann unter Umständen der Medienregulierung auf mitgliedsstaatlicher Ebene (gegebenenfalls unbeabsichtigt) Grenzen setzen.

⁴⁸⁰ Richtlinie (EU) 2018/1808 vom 14.11.2018 zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten, ABl. L 303 vom 28.11.2018, S. 69 (zitiert als AVMD-Richtlinie).

⁴⁸¹ Verordnung (EU) 2022/2065 vom 19.10.2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste), ABl. L 277 vom 27.10.2022, S. 1 (zitiert als DSA).

⁴⁸² Vorschlag für eine Verordnung zur Schaffung eines gemeinsamen Rahmens für Mediendienste im Binnenmarkt (Europäisches Medienfreiheitgesetz) und zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU vom 16.09.2022, COM(2022) 457 final (zitiert als EMFA).

⁴⁸³ Hinweis hierauf sind etwa die Regelungen zu Transparenzberichten (Art. 15, 24, 42 DSA), zur Auskunft über die Funktion der Empfehlungssysteme für Inhalte (Art. 38 DSA) sowie zur Erkennung möglicher „etwaige tatsächliche oder vorhersehbare nachteilige Auswirkungen auf die [...] Meinungs- und Informationsfreiheit“ (Art. 34 Abs. 1 lit. b) DSA).

⁴⁸⁴ So zu Recht *Wischmeyer*, Informationssicherheit (2023), S. 123 Fn. 9 unter Berufung auf *Krönke*, Öffentliches Digitalwirtschaftsrecht (2020), S. 70 Fn. 175, zwar nicht explizit bezogen auf Art. 5 Abs. 1 GG, die Bewertung hält jedoch auch für die hier zur Diskussion stehenden Grundrechte.

Wenn das Bundesverfassungsgericht jedoch, wie in seiner *Recht-auf-Vergessen-II*-Entscheidung⁴⁸⁵ begründet, im Rahmen einer Prüfung von zwingendem und vollharmonisierendem Sekundärrecht die Grundrechtecharta unmittelbar anwendet, muss diese das vorliegend vertretene Schutzwichtmodell ebenfalls zulassen. Gleichzeitig können nationale Schutzmaßnahmen zugunsten etwa der pluralen Meinungsbildung in unionsrechtlich garantie Grundfreiheiten etwa der Medienunternehmen eingreifen – wodurch ein weiterer europäischer Bezug deutlich wird. Diese europarechtliche Dimension der Dogmatik und ihre mögliche Kompatibilität sollen daher im folgenden kurz dargestellt werden.

Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung zwar mit Blick auf die Grundfreiheiten die Existenz staatlicher Schutzwichtungen anerkannt und dargelegt.⁴⁸⁶ Jedoch steht in Bezug auf die Grundrechtecharta eine entsprechende Rechtsprechung noch aus. Das muss jedoch nicht heißen, dass der Gerichtshof Schutzwichtungen der Mitgliedsstaaten oder Union ablehnend gegenübersteht – im Gegenteil, wie folgende drei Anhaltpunkte zeigen sollen:

Erstens liegen die „klassischen“ Schutzwicht-auslösenden Grundrechte (insbesondere das Grundrecht auf Leben) in mitgliedsstaatlicher Gesetzgebungskompetenz, sodass sich aus Perspektive der Unionsorgane ohnehin wenig Anlässe bieten, einer möglichen Schutzwicht unterworfen zu sein.⁴⁸⁷

Zweitens hat der EuGH durchaus, auch und gerade mit Blick auf die Meinungsfreiheit, eine objektivrechtliche Dimension der Charta-Grundrechte bejaht, und in diesem Zusammenhang das dogmatische Tor zur Schutzwicht aufgestoßen.⁴⁸⁸ So entschied er in der Rs. *Collectieve Antennevoorziening Gouda*, die Aufrechterhaltung eines pluralistischen Rundfunkwesens könne „einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen, der eine Beschränkung des Dienstleistungsverkehrs rechtfertigt. Die Aufrechterhaltung [...] steht nämlich in einem Zusammenhang mit der durch Artikel 10 der Konvention zum Schutze der Men-

⁴⁸⁵ BVerfGE 152, 216 ff.

⁴⁸⁶ So grundlegend EuGH 9.12.1997 – C-265/95 Rn. 30 ff. – Kommission/Frankreich; siehe auch *Kingreen*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV⁶, Art. 51 Rn. 34; *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker, EuArbRK⁴, GRC Art. 51 Rn. 61; *Callies*, in: HGR II, § 44 Rn. 17; *Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzwichtungen im deutschen und europäischen Recht (2002), S. 627 ff.; sowie bereits *Suerbaum*, Die Schutzwichtdimension der Gemeinschaftsgrundrechte (2003), S. 394 ff. Siehe zusammenfassend vor dem Hintergrund der Meinungsfreiheit hierzu *Cole/Ukrow/Etteldorf*, Zur Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten im Mediensektor: Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung medienvielfaltsbezogener Maßnahmen (2020), S. 205 f.

⁴⁸⁷ So bereits *Kingreen*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV⁶, Art. 51 Rn. 35.

⁴⁸⁸ So etwa *Schindler*, Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten (2001), S. 153 ff.; ebenso bereits *Kokott*, Der Grundrechtsschutz im europäischen Gemeinschaftsrecht (1996), S. 611.

schenrechte und Grundfreiheiten garantierten Meinungsfreiheit, die zu den von der Gemeinschaftsrechtsordnung geschützten Grundrechten gehört“⁴⁸⁹.

Wenige Jahre später stellte der Gerichtshof in *Familiapress* fest, Medienvielfalt trage zur Wahrung der Meinungsfreiheit bei und könne daher „ein zwingendes Erfordernis darstellen, das eine Beschränkung des freien Warenverkehrs rechtferigt“⁴⁹⁰. Es sind solche Andeutungen des EuGH, die einen Willen zur pluralistischen Schutzwirkung zugunsten der Meinungsfreiheit erkennen lassen.⁴⁹¹

Ein dritter Hinweis auf die Bedeutung der Schutzwirkung dogmatik auch auf unionsrechtlicher Ebene ist die Spruchpraxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.⁴⁹² Da gemäß Art. 6 Abs. 3 EUV die Grundrechte der EMRK und ihre Interpretation durch den EGMR auch für den EuGH zu den „allgemeinen Grundsätzen“ des Unionsrechts gehören, lässt sich diese Praxis insoweit übertragen – und dem EGMR sind Schutzpflichten alles andere als fremd. Gerade in der Auslegung von Art. 10 EMRK hat der Gerichtshof explizit und ausführlich die Schutzwirkung betont:⁴⁹³

„Genuine, effective exercise of this freedom does not depend merely on the State’s duty not to interfere, but may require positive measures of protection, even in the sphere of relations between individuals“⁴⁹⁴.

Somit skizziert der Gerichtshof die staatliche Pflicht, einfachgesetzliche Schutzmaßnahmen zugunsten der Meinungsfreiheit zu entwickeln, und formuliert diese in seiner Entscheidung *Manole and Others v. Moldova*⁴⁹⁵ weiter aus. Dort betont er eingangs die Bedeutung des Pluralismus für die Demokratie und erläutert sodann (ganz ähnlich dem Bundesverfassungsgericht) die Gefahr der besonderen Suggestivkraft audiovisueller Medien. Um dieser Gefahr zu begegnen, so stellt der EGMR fest, muss der Staat deshalb nicht nur *eigene* Eingriffe in die Meinungsfreiheit unterlassen – ihm fällt möglicherweise auch die Pflicht zu, im Rahmen seiner Gesetzgebung explizite Schutzmaßnahmen zu ergreifen. Der Staat hat demnach im Rahmen seiner Mediengesetzgebung eine Rolle als höchster Garant für Pluralismus

⁴⁸⁹ EuGH, Urt. v. 25.07.1991, C-288/89, ECLI:EU:C:1991:323, Rn. 23 – Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda/Commissariaat voor de Media.

⁴⁹⁰ EuGH, Urt. v. 26.06.1997, C-368/95, ECLI:EU:C:1997:325, Rn. 18 – *Familiapress*.

⁴⁹¹ So bereits *Gersdorf*, Funktionen der Gemeinschaftsgrundrechte im Lichte des Solange II-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts (1994), S. 414. Zustimmend *Schindler*, Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten (2001), S. 155.

⁴⁹² Siehe hierzu etwa *Callies*, in: HGR II, § 44 Rn. 16.

⁴⁹³ Hierzu umfassend und m. w. N. *Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht (2002), S. 837 ff.

⁴⁹⁴ EGMR, Urt. v. 16.03.2000, 23144/93, CE:ECHR:2000:0316JUD002314493, Rn. 43 – Özgür Gündem v. Turkey.

⁴⁹⁵ EGMR, Urt. v. 17.09.2009, 13936/02, CE:ECHR:2009:0917JUD001393602, Rn. 95 ff. – *Manole and Others v. Moldova*.

(„ultimate guarantor of pluralism“) zu erfüllen.⁴⁹⁶ Anknüpfend leitet der EGMR daraus in einem jüngeren Urteil konkret die staatliche Pflicht her, in einem so sensiblen Bereich wie audiovisuellen Medien einen rechtlichen Rahmen zu schaffen, der effektiv Pluralismus garantiert.⁴⁹⁷ Die Rechtsprechung des EGMR etabliert somit die Sicherung der Meinungsfreiheit nicht nur als mögliche Berechtigung für staatliche Freiheitseingriffe zulasten der Medien, sondern explizit auch als Schutzauftrag zu eben solchen Eingriffen.⁴⁹⁸

Vor diesem Hintergrund lässt sich mit Szczechalla „die einigermaßen gesicherte Behauptung [aufstellen], dass es sich bei der Schutzpflicht um ‚europäisches Ge meingut‘ handelt, m. a. W.: um eine gemeinsame Grundrechtsfunktion“⁴⁹⁹. Dies gilt, wie gezeigt worden ist, insbesondere im Bereich der Meinungsfreiheit – wodurch auch aus europarechtlicher Perspektive eine auf einer Schutzpflicht fundierte Medienregulierung die bessere Alternative zur tradierten dienenden Sonderdogmatik darstellt.

E. Zwischenfazit: Schutzpflicht als Ausweg aus dem Sonderdogmatik-Dilemma

Das vorige Kapitel hat zweierlei deutlich gemacht. Zum einen ist das überwiegend funktionale Verständnis einer „dienenden“ Freiheit im Rahmen der Mediengrundrechte juristisch nicht haltbar. Was das Bundesverfassungsgericht und Teile der Literatur als Sonderdogmatik für die Rundfunkfreiheit zwischen Dienen und Ausgestalten entwickelt haben, stößt nicht nur an grundrechtssystematische Grenzen, sondern scheitert, auch beim eher großzügigen Verständnis des „Dienens“ im übertragenen Sinne, bereits an einer sorgfältigen Auslegung der Grundrechtsnorm.

Zum anderen bietet das Konzept einer grundrechtlichen Schutzpflicht zugunsten der Meinungs(bildungs)freiheit einen konzeptionellen Ausgangspunkt für Medienregulierung, der sowohl den bestehenden Bedenken vor medialen Risiken Rechnung trägt und sie in rechtfertigungsfähige Regulierung übersetzen kann, als auch Hin-

⁴⁹⁶ Zustimmend Klein, Die Rundfunkfreiheit als europäische Rechtsgarantie (2007), S. 18.

⁴⁹⁷ EGMR, Urt. v. 07.06.2012, 38433/09, CE:ECHR:2012:0607JUD003843309, Rn. 134 – Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy: „in such a sensitive sector as the audiovisual media, [...] the State has a positive obligation to put in place an appropriate legislative and administrative framework to guarantee effective pluralism“.

⁴⁹⁸ Ebenso Eifert, Die Rundfunkfreiheit (2015), S. 361. Ähnlich bereits Dörr, Ein Grundrecht der Medienfreiheit (2013), S. 12.

⁴⁹⁹ Szczechalla, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht (2002), S. 1056. Siehe daneben für eine Einordnung im Rahmen der Solange-Judikatur des Bundesverfassungsgerichts Cole/Ukrow/Etteldorf, Zur Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten im Mediensektor: Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung medienvielfaltsbezogener Maßnahmen (2020), S. 207.

weise darauf bietet, an welcher Stelle die bestehende Regulierungsarchitektur dem Stand der Technik nicht mehr gerecht zu werden vermag.

Die Erläuterung einer möglichen Schutzpflicht hat überdies aufgezeigt, dass ein (auch verfassungsrechtliches) Anknüpfen der Medienregulierung unmittelbar an der Meinungsbildung es ermöglicht, staatliche Maßnahmen in den Dienst des Schutzbuts zu stellen und nicht „über Umwege“ aus den abstrakten Risiken einzelner Mediengfreiheiten für deren Einschränkung zu argumentieren.

Zwar ist bereits deutlich geworden, wo geänderte technische Voraussetzungen bereits mit Blick auf die etablierten Medienregulierungsstrukturen von Rundfunk und Presse entsprechende Anpassungen erfordern. Offen geblieben ist jedoch bisher, welche Konsequenzen sich aus der geänderten dogmatischen Grundlage für die Regulierung jener neuen, digitalen Medien ergeben. Deren Risiko für die Meinungsfreiheit besteht gerade nicht in den „altbekannten“ Schutzaufgaben zugunsten von Angebotsvielfalt und journalistischem Vertrauen. Vielmehr stellen sie die Meinungsbildung vor grundsätzlich neue Herausforderungen. Diese sollen, anhand des Beispiels sozialer Netzwerke, im folgenden Teil 4 dieser Arbeit analysiert und mögliche Lösungen dargestellt werden.

Teil 4

Schutzpflicht zur Intermediärsregulierung: Umfang und Inhalt

Der abschließende Teil dieser Arbeit weitet angesichts des Zeitalters digitaler Vernetzung die Perspektive: Nach der bisherigen Neubetrachtung des Status quo – Schutzpflicht statt dienender Freiheitsdogmatik – rücken mit der Digitalisierung nun technologische Entwicklungen ins Blickfeld, die nicht nur eine dogmatisch-theoretische Neubewertung der Situation nötig machen, sondern eine Aktualisierung auch der medienrechtlichen Praxis erfordern.

Diese nötige Aktualisierung zeigt sich anhand neuer, digitaler Akteure auf dem Medienmarkt: den „Intermediären“. Hinter diesem Begriff verbirgt sich die klassische Selektions- und Vermittlungsfunktion zwischen Inhalten und Publikum der Medien in neuem Gewand. Anbieter von Suchmaschinen und sozialen Netzwerken prägen jenen digitalen Informationsraum mit, in dem sich im 21. Jahrhundert zu großen Teilen unsere Meinungsbildung vollzieht.

Facebook, Twitter, Google & Co haben eine digitale Kommunikationsinfrastruktur geschaffen, die weit über eine bloße Bereitstellung technischer Infrastruktur hinausgeht. Sie kuratieren für ihre Nutzer*innen geradezu deren digitale Wahrnehmung der Wirklichkeit: Wer bei der Google-Suche „wichtigste Partei in Deutschland“ an erster Stelle steht;¹ welche Inhalte zur Klimakrise in meiner Facebook-Timeline landen; welche Hashtags vorn bei den Twitter-Trends auftauchen – all diese inhaltlichen Entscheidungen treffen Intermediäre für ihr Publikum und haben somit unzweifelhaft zunehmenden Einfluss auf dessen Bild von der Welt.

Wie „damals“ beim Rundfunk, so fehlen allerdings auch heute bei digitalen Intermediären die Erfahrungswerte, um die zukünftige Entwicklung der Mediengattung und ihren Einfluss auf unseren öffentlichen Diskurs und damit unsere Demokratie verlässlich zu prognostizieren. Zwar liegt zwischen dem Aufkommen von Fernsehen und Facebook mehr als ein halbes Jahrhundert, doch die – tatsächlichen wie rechtlichen – Herausforderungen der zur jeweiligen Zeit „neuen“ Medien weisen zumindest Ähnlichkeiten auf.

Damit eignen sich digitale Intermediäre als aktueller Erprobungsfall für die in den vorigen Kapiteln neu ausgerichtete medienverfassungsrechtliche Dogmatik. Diese gilt es, auf den folgenden Seiten gleich doppelt anzuwenden: *einerseits*, um mit ihrer

¹ In diesem Falle bezieht sich Google übrigens auf die Wikipedia-Liste politischer Parteien in Deutschland und weist sie in absteigender Zahl der jeweiligen Bundestagsmandate aus.

Hilfe die Risiken der neuen Akteure im digitalen Medienraum zu analysieren und mögliche Handlungspflichten des Staates herauszuarbeiten; *andererseits*, um den Umgang des Gesetzgebers mit ihnen an eben diesem Maßstab zu messen.

Dementsprechend gliedert sich dieser Teil in zwei Kapitel: Das erste Unterkapitel² widmet sich Intermediären als neuen medialen Akteuren: ihrer Entstehung, verfassungsrechtlichen Einordnung, den ihnen innenwohnenden Risiken für die Meinungsbildung sowie ihrer Eigenschaft als Grundrechtsträger. Wie zu zeigen sein wird, ergibt sich auch aus dem durch sie potenziell verursachten Schaden an der Meinungsbildung eine staatliche Schutzpflicht.

Inwieweit der Gesetzgeber mit den bisher ergriffenen Regulierungsmaßnahmen dieser Schutzpflicht nachkommt und welche darüber hinausgehenden Optionen ihm zur Verfügung stehen, um die Risiken digitaler Intermediäre zur minimieren, steht im Zentrum des zweiten Unterkapitels.³ Anhand einer Reihe verschiedener Regulierungsansätze soll deutlich werden, dass der Gesetzgeber erst am Anfang eines möglichen Regulierungsprogramms steht, die Meinungsbildung im digitalen Raum zu sichern.

A. Digitale Intermediäre – Charakter, Risiko, Schutzpflicht?

Ließen sich jahrzehntelang die rechtlich zu fassenden Medien am Katalog des Art. 2 Abs. 1 S. 2 GG – Presse, Rundfunk, Film – abzählen, haben die Digitalisierung im Allgemeinen und das Internet im Besonderen die Tür zu neuen Medienräumen und -arten aufgestoßen. Dabei haben einige Autor*innen, nicht nur in der frühen Entstehungsphase des Netzes, den bequemen aber irreführenden Schluss gezogen, das Internet sei als eigenes Medium, gewissermaßen als weitere Nummer der Artikel-Fünf-Liste zu betrachten,⁴ und gar für eine eigene Internetdienstefreiheit⁵ im Rahmen der Medienfreiheit(en) von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG plädiert.

Doch schon länger ist deutlich zu erkennen, dass „das Internet nicht selbst in diesem Sinn Medium ist, sondern verschiedene Medien über das Internet verbreitet werden“⁶. Während der Ausdruck „Rundfunk“ *einerseits* die Übertragungstechnik und *andererseits* das mit ihrer Hilfe verbreitete Massenmedium bezeichnet,⁷ so

² Teil 4 A., S. 232 ff.

³ Teil 4 B., S. 278 ff.

⁴ So wohl *Davis*, Die „dienende“ Rundfunkfreiheit im Zeitalter der sozialen Vernetzung (2019), S. 6 ff.; mit Einschränkung auch *Stern/Sachs/Dietlein*, in: *Stern*, Staatsrecht IV/2, S. 99 ff.

⁵ Siehe oben, S. 106.

⁶ *Grabenwarter*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2, Rn. 650.

⁷ Hierbei handelt es sich um eine Abgrenzung, die gar die Gesetzgebungszuständigkeit zwischen Bund und Ländern teilt, so in seiner Auslegung des Art. 73 Nr. 7 GG das Bundesverfassungsgericht: „Das ‚Post- und Fernmeldewesen‘ umfasst nur den sendetechnischen

beschreibt der Begriff Internet hingegen ausschließlich die *technische* Komponente des digitalen Kommunikationsnetzes. Auf diesem weltweiten digitalen Netz als Infrastruktur setzen wiederum verschiedene, (nicht nur) mediale Angebote, Dienste und Medien auf – von Individualkommunikation per E-Mail über Blogs und Webseiten bis zu Videoplattformen und Streaming-Angeboten.

Dennoch verknüpft die medienverfassungsrechtliche Literatur mit der Entwicklung und zunehmenden Verbreitung der neuen Technologie „Internet“ vor allem zwei Trends und juristische Probleme, wie bereits ausführlich dargelegt wurde:⁸ die Medienkonvergenz sowie ein Verwischen von Individual- und Massenkommunikation.⁹ Zwar sind diese faktischen Entwicklungen zweifellos belegt – die sich daraus ergebenden juristischen Probleme hingegen sind in großen Teilen nur „vermeintlicher“ Art. Das lässt sich unter Verweis auf die vorliegend vertretene einheitliche Medienfreiheit und eine sich daraus möglicherweise ergebende Schutzpflicht des Staates anstelle einer dienenden Sonderdogmatik darlegen. Denn aus dieser Perspektive erübrigt sich die zwanghafte Abgrenzung der konvergierenden Medien Presse und Rundfunk. Nicht ein bestimmtes Medium ist Anknüpfungspunkt für Rechtsfolgen, sondern das dadurch verursachte Risiko für die Meinungsbildung.

Aus dieser Sicht kann es keinen Unterschied machen, ob Bewegtbild-Inhalte online von der BILD-Zeitung oder der Tagesschau angeboten werden; ebensowenig spielt eine Rolle, ob ein journalistischer Text auf der Website des Tagesspiegel oder der von ntv erscheint. Mögliche regulatorische Eingriffe als Rechtsfolge hängen schlicht davon ab, welches Risiko die jeweils gewählte Form für die Meinungsbildung birgt. Und wenn es sich dabei um faktisch identische Angebote aus unterschiedlicher Quelle handelt, erschließt sich nicht, warum diese regulatorisch grundsätzlich unterschiedlich behandelt werden sollten.¹⁰

Die unmittelbaren Risiken entsprechender Angebote sind im Übrigen ebenfalls nicht besonders neu oder aus anderen Gründen unbekannt. Das Betrachten der Tagesschau um 20:00 Uhr im linearen Fernsehen oder um 21:00 Uhr asynchron im Online-Stream birgt keine unterschiedlichen Risiken, sondern höchstens unterschiedliche „LagerfeuerMentalität“ der gemeinsamen linearen Programm-Erfahrung. Bei letzterer handelt es sich jedoch um eine überkommene, romantische Re-

Bereich des Rundfunks unter Ausschluss der Studiotechnik, nicht aber den Rundfunk als Ganzes.“ (BVerfGE 12, 205 (225)). Siehe auch oben, S. 148.

⁸ Siehe oben unter Teil 2 E. II. 1., S. 95 ff., m. w. N.

⁹ Dazu, dass auch die Kommunikationswissenschaft ihre Mühe mit der richtigen Erfassung der neuen Medientypen hat, siehe nur Beck/Donges, Vermittlung: Begriffe und Modelle für die Kommunikationswissenschaft (2020), S. 21 ff.

¹⁰ Dass vor diesem Hintergrund schwerlich daran festgehalten werden kann, dass Medienanstalten das Onlineangebot privater Rundfunksender beaufsichtigen, während optisch kaum zu unterscheidende Angebote von Presseverlagen ausschließlich der Selbstkontrolle durch den Presserat unterliegen, soll hier lediglich am Rand notiert werden. Siehe auch Schulz, Kontrolle vorherrschender Meinungsmacht – Dekonstruktion eines medienrechtlichen Schlüsselbegriffs (2017), S. 378.

zeptionsvorstellung aus der „Wetten, dass ...?“-Vergangenheit, deren besonderer Einfluss zwar regelmäßig erwähnt, empirisch allerdings unbelegt ist.¹¹

Auf der Suche nach neuen Risiken digitaler Medien ist vor diesem Hintergrund festzuhalten: Die Kombination verschiedener bereits existierender Inhaltstypen allein stellt schwerlich ein zusätzliches Risiko für den öffentlichen Diskurs dar. In dieser Hinsicht ist die bloße Konvergenz der Medien eben *nicht* mehr als die Summe ihrer Teile. Um einen neuen Risikotatbestand zulasten der Meinungsbildung – und damit möglicherweise eine neue Schutpflichtreaktion des Staates – zu begründen, müsste sich vielmehr ein gänzlich *neues Risiko* ergeben: entweder durch Veränderungen eines existierenden Medientyps beziehungsweise seiner Rezeption oder durch die Entstehung eines bisher unbekannten Mediums mit grundsätzlich neuer Funktionsweise. Ein solches neues Medium mit genuin eigenem Risiko für die Meinungsbildung, so soll folgend gezeigt werden, sind Intermediäre.

Auf den folgenden Seiten soll es daher zunächst darum gehen, das Aufkommen und vor allem die Wirkungsweise dieser neuen medialen Akteure nachzuzeichnen und die Begriffsbildung abzuschließen: Was sind Intermediäre?¹² Darauf aufbauend gilt es, intermediäre Gefahren und Risiken für die Meinungsbildung zu untersuchen, die potenziell eine Schutpflicht des Staates begründen. Ziel des folgenden Kapitels ist somit die Beantwortung der Frage: Trifft den Staat eine Pflicht zum Schutz der Meinungsfreiheit zulasten digitaler Intermediäre – und welchem Maßstab muss diese mit Blick auf deren Risikonatur genügen?¹³

I. Von Massenmedien zu Intermediären

„Klassische“ Massenmedien, so ist bereits dargelegt worden,¹⁴ erfüllen eine Rolle als Informations-Selektor und -Verbreiter. Zu ihrer Selektionsfunktion gehört dabei stets nicht nur die *Auswahl* bestimmter Informationen, sondern auch deren entsprechende *Aufbereitung*. Teil medialer Arbeit bei Rundfunk und Presse ist immer auch die Erzeugung der eigentlichen verbreiteten Inhalte. In anderen Worten: Es genügt nicht, dass ein*e Journalist*in ein relevantes Ereignis für ihre Berichterstattung in Text, Wort oder Bild auswählt – sie muss auch den entsprechenden Artikel verfassen oder den entsprechenden Rundfunkbeitrag erstellen. Die Überführung von Informationen in mediale Inhalte war und ist ein Schwerpunkt „klassischer“ medialer Arbeit.

¹¹ Siehe Neuberger/Lobigs, Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltssicherung (2010), S. 21; Neuberger, Medienrecht und Medienwandel aus kommunikationswissenschaftlicher Sicht (2009), S. 539.

¹² Siehe folgend unter Teil 4 A. I., S. 234 ff.

¹³ Siehe Teil 4 A. II., S. 244 ff.

¹⁴ Siehe oben unter Teil 2 A. IV., S. 44 ff.

1. Inhalte-Distribution statt -Produktion

Die Produktion medial verbreiteter Inhalte jedoch hat sich durch den Erfolg digitaler Technologien und des Internets enorm gewandelt. Im Gegensatz etwa zum frühen Rundfunk scheitert Online-Vielfalt heute nicht an *zu wenig* Inhalten, sondern an *zu vielen*. Im Jahr 2023 kann jede*r Nutzer*in ihre Meinung veröffentlichen und die ganze Welt darauf zugreifen – allerdings hat niemand die Kapazitäten, all diese Inhalte auch zu rezipieren. Nicht das Angebot ist der Flaschenhals der Meinungsbildung, sondern die Aufmerksamkeit der Nutzer*innen wie auch die Auffindbarkeit der Inhalte. Nicht umsonst sprechen daher manche statt von Zugangsregulierung bereits von „Aufmerksamkeitsregulierung“ und „Auffindbarkeitsregulierung“.¹⁵

Damit gewinnen im Digitalzeitalter die Auswahl und Relevanzbewertung von Inhalten an Bedeutung, von manchen als „Kuratierung“¹⁶ von Inhalten bezeichnet. An die Seite klassischer Massenmedien sind neue Akteure wie Suchmaschinen und soziale Netzwerke getreten. Ihre Dienstleistung ist es, aus der schier unendlichen Zahl bereits veröffentlichter digitaler Inhalte – seien diese journalistischer oder auch anderer Natur – für ihre Nutzer*innen eine Auswahl zu treffen, in der Regel mit Hilfe algorithmisch-automatisierter Prozesse. Sie wählen, wie Suchmaschinen, aus der unüberschaubaren Menge verfügbarer Internetseiten jene aus, die ihrer Meinung nach am besten zum vorgegebenen Suchbegriff passen; sie ordnen, wie soziale Netzwerke, Massen nutzer*innengenerierter Inhalte nach von ihnen ermittelte Relevanz; sie empfehlen, wie Videoplattformen, zu jedem Inhalt eine Fülle weiterer, die „dir auch gefallen könnten“.

Statt der doppelten medialen Funktion, die sowohl die *Produktion* in Form von Aufbereitung von Informationen zu Inhalten als auch deren *Distribution*, also die Vermittlung der Inhalte ans Publikum, beinhaltet,¹⁷ erfüllen die neuen Akteure ausschließlich letztere Distributionsfunktion.¹⁸ In dieser gehen sie jedoch über eine rein technische Übermittlungsebene hinaus, indem sie durch die Vermittlung mit-

¹⁵ Siehe auch oben, S. 120. Zu den Begrifflichkeiten etwa *Cornils*, Vielfaltssicherung bei Telemedien (2018), S. 386; *Mengden*, Zugangsfreiheit und Aufmerksamkeitsregulierung (2018), S. 65 f., 215 ff., 253 ff.; *Ingold*, Meinungsmacht des Netzes (2020), S. 85. Siehe auch *Paal/Hennemann*, Meinungsbildung im digitalen Zeitalter (2017), S. 643.

¹⁶ Siehe hierzu ausführlich *Mafi Gudarzi*, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken (2022), S. 64 ff.

¹⁷ Siehe *Rossen*, Freie Meinungsbildung durch den Rundfunk (1988), S. 49 sowie oben, S. 102.

¹⁸ Ähnlich *Tief*, Kommunikation auf Facebook, Twitter & YouTube (2020), S. 13 f.; ebenso, wenn auch kritischer dem Begriff gegenüber, *Mafi Gudarzi*, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken (2022), S. 60 ff. Dreyer/Schulz schlüsseln diese Funktion weiter auf, indem sie vom Filtern, Priorisieren, Klassifizieren, Assoziieren und Personalisieren sprechen (*Dreyer/Schulz*, Künstliche Intelligenz, Intermediäre und Öffentlichkeit, S. 8 f.).

telbar Einfluss auf Kontext und „Sinngehalte“ der jeweiligen Inhalte nehmen.¹⁹ In anderen Worten: Intermediäre sind keine bloßen Telefonleitungen.

Wie die Presse einst den Informationsraum ihrer Leser*innen „weit über das selbst unmittelbar Erlebte hinaus“²⁰ erweitert hatte, so ermöglichen die neuen Akteure es ihren Nutzer*innen, sich in diesen inzwischen unendlichen Weiten ihres digitalen Informationsraums auch zurechtzufinden. „Insofern nehmen Internetintermediäre eine Stellung ein, die mit der der herkömmlichen Massenmedien vergleichbar ist“²¹.

2. Begriffsbildung „Intermediär“

Um diese Funktionsverschiebung auch begrifflich zu erfassen, hat sich für diese neuen Akteure der Ausdruck „Intermediäre“ etabliert. Begibt man sich auf die Suche nach den Wurzeln dieses Begriffes, stößt man auf den digital-juristischen Diskurs der 00er-Jahre. Damals spielte der Ausdruck jedoch nicht auf die *mediale* Vermittlungsfunktion an, sondern knüpfte schlicht an *Haftungs*-Chancen im Netz im Sinne einer Störerhaftung der inhaltevermittelnden Dienste an.²²

Dass nach der Jahrtausendwende die Rolle der Inhaltevermittler gewissermaßen stellvertretend in den Fokus rückte, lag daran, dass – meist aufgrund der vermeintlichen Anonymität des Internets – bei rechtswidrigen Inhalten die Rechtsdurchsetzung gegenüber den eigentlichen Verursacher*innen nicht möglich erschien: „Kann man eines direkt Verantwortlichen nicht habhaft werden, muss man Haftungsintermediäre finden. In simplifizierender Anwendung ökonomischer Kriterien sucht man nach dem cheapest cost avoider“²³. Intermediäre kamen nicht aufgrund ihrer medialen Funktion zu ihrem Namen, sondern durch ihre schlichte Verfügbarkeit als Ansprechpartner*innen in Haftungsfragen. Hoeren spricht insofern davon, das Internet mittels der Intermediäre zu repersonalisieren.²⁴

Was genau unter dem Begriff „Intermediär“ zu verstehen ist, ist jedoch – damals wie heute – unklar. Der Medienstaatsvertrag definiert als *Medienintermediär* „jedes Telemedium, das auch journalistisch-redaktionelle Angebote Dritter aggregiert, selektiert und allgemein zugänglich präsentiert, ohne diese zu einem Gesamtangebot

¹⁹ Siehe Beck/Donges, Vermittlung: Begriffe und Modelle für die Kommunikationswissenschaft (2020), S. 42.

²⁰ Paal/Hennemann, Meinungsbildung im digitalen Zeitalter (2017), S. 642.

²¹ Kellner, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären (2019), S. 28.

²² Die technisch vermittelnde Position zwischen Informationsangebot und Informationskonsument*in existierte bereits ein Jahrzehnt zuvor, etwa in Form von Suchmaschinen wie Yahoo, Lycos und Altavista (vgl. Seymour/Frantsvog/Kumar, History Of Search Engines (2011), S. 48).

²³ Hoeren, Das Pferd frisst keinen Garkensalat (2008), S. 2615.

²⁴ Ähnlich Hartmann, Kapitel 1. Telemedienrecht (2014), Rn. 230.

zusammenzufassen²⁵ und knüpft damit explizit an die Vermittlung (auch) journalistisch-redaktioneller Inhalte an.²⁶ Im Regelfall, so ist in der MStV-Begründung zu lesen, seien darunter „Suchmaschinen, Soziale Netzwerke, User Generated Content-Portale, Blogging-Portale und News Aggregatoren“ zu verstehen.²⁷ Etwas enger beziehen Schwartmann et al. den Begriff Medienintermediär auf „Suchmaschinen [...] und Soziale Netzwerke [...] und das umfassende Angebot von Amazon sowie Sprachassistenten [...]. Ob Dienste wie etwa Spotify oder Netflix unter diese Begriffsdefinition oder dem Begriff der Plattform fallen, bleibt zu klären.“²⁸ Dass die Autoren dabei ebenfalls explizit auf *Medienintermediäre* abstellen, liegt vermutlich am Bezug des Textes auf den MStV. Allerdings erläutern sie diese Einschränkung des Intermediärsbegriff, sofern sie denn eine solche darstellen soll, an keiner Stelle. Schulz und Dankert listen unter den Begriff der Informationsintermediäre „Suchmaschinen, Plattformen für nutzergenerierte Inhalte [...], App-Portale, Micro-Blogging-Plattformen und Soziale Netzwerkdienste, wobei diese Liste keinesfalls abschließend ist“.²⁹ Paal schließlich versteht unter (zunächst: nicht nur Medien-) Intermediären „im vorliegenden [medienrechtlichen] Kontext [...] solche Einrichtungen, Institutionen und Dienstleister [...], die den Zugang zu und die Auffindbarkeit von Inhalten, Informationen, Leistungen und Produkten vermitteln“³⁰. Als Legaldefinition schlägt er, anknüpfend an die Meinungsbildungsrelevanz, vor: „Medienintermediär ist jeder telemediale Dienst, der Nutzern meinungsbildungs-relevante Inhalte auf Grund von Auswahlentscheidungen präsentiert.“³¹

3. Relevanz journalistisch-redaktioneller Inhalte?

An diesen Definitionsversuchen zeigt sich die doppelte Herausforderung, die im Zusammenspiel der Begriffe *Medien* und *Intermediäre* liegt. Erstens stellt sich die Frage, ob ausschließlich solche Intermediäre von medienverfassungsrechtlichem Interesse sind, die journalistisch-redaktionelle Inhalte verbreiten, wie es die Definition des MStV nahelegt. Zwar sind journalistische Inhalte und ihre Verbreitung zweifellos meinungsbildungsrelevant und berühren damit den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG. Eine Beschränkung auf jene Inhalte jedoch ergibt nur aus einem

²⁵ § 2 Abs. 2 Nr. 16 MStV.

²⁶ Hierbei handelt es sich freilich um eine Einschränkung ohne besondere praktische Relevanz, da kaum vorstellbar ist, unter welchen Umständen ein Intermediär journalistisch-redaktionelle Inhalte – und sei es nur ein Link zu einem Zeitungsartikel – explizit ausschließen würde.

²⁷ Begründung zum Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland, zu § 2 Nr. 16.

²⁸ Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck, Eine Medienordnung für Intermediäre (2019), 499, Fn. 1.

²⁹ Schulz/Dankert, Die Macht der Informationsintermediäre (2016), S. 22.

³⁰ Paal, Vielfaltssicherung bei Intermediären (2018), S. 567 f.

³¹ Paal, Vielfaltssicherung bei Intermediären (2018), S. 568.

anachronistischen Verständnis des Medienbegriffs Sinn und droht so, zu einem gefährlichen Zirkelschluss zu führen: Wer den begrifflichen Anknüpfungspunkt für moderne Medienregulierung („Medienintermediär“) derart eng fasst, dass er nur bei Inhalten etablierter Medientypen („journalistisch-redaktionelle Inhalte“) greift, schützt nicht die freie Meinungsbildung im Digitalzeitalter, sondern hüllt eine alte Medienwelt in ein neues Gewand.

Zwar war zu analogen Zeiten die öffentliche Reichweite und Meinungsbildungsrelevanz eines Inhalts von dem verbreitenden Medium und dessen redaktioneller Entscheidung abhängig. Genau dieser Zusammenhang ist heute jedoch nicht mehr gegeben. Meinungsbildungsrelevanz besteht auch unabhängig von journalistisch-redaktioneller Arbeit.³² Ein ausgerutschter „Covfefe“-Finger auf Twitter³³ kann den öffentlichen Diskurs stärker anheizen als eine Seite FAZ-Feuilleton. Auch diese Erkenntnis verdeutlicht, warum ein möglicher Staatsauftrag zu Medienregulierung gerade an der Auswirkung von Inhalten auf die Meinungsfreiheit ansetzen sollte – und nicht daran, dass sich ein Inhalt einem bestimmten Medientypen zuordnen lässt.

Überzeugender ist es daher, mit Paal den Begriff Medienintermediär nicht im Sinne eines Intermediärs für mediale Inhalte zu verstehen, sondern als Intermediär mit Meinungsbildungsrelevanz, die sich aus seiner medialen (im Sinne von: vermittelnden) Funktion ergibt.³⁴ Somit rückt der Ausdruck zwar an den Rande der Tautologie, jedoch dient der Zusatz *Medienintermediär* schlicht der Abgrenzung von anderen Intermediären *ohne* jeden Meinungsbildungsbezug, etwa ökonomischen Intermediären wie Online-Marktplätzen (z. B. Amazon) oder Fahrdienstvermittlern (z. B. Uber).³⁵

4. Intermediäre und Medien: Teilmenge oder aliud?

Die zweite Herausforderung des Zusammenspiels der Begriffe *Medien* und *Intermediäre* betrifft die Frage, ob sie zwei unterschiedliche Akteursgruppen bezeichnen, oder ob Intermediäre eine besondere Art, also eine Teilmenge von Medien darstellen.³⁶ Ein Teil der Literatur etwa sieht in Intermediären ein *aliud* und spricht

³² So bereits Dörr, Die regulatorische Relevanz der Organisation massenhafter Individualkommunikation (2019), S. 41 f.; ähnlich kritisch auch Ladeur/Gostomzyk, Das Medienrecht und die Herausforderung der technologischen Hybridisierung (2018), S. 689 f.

³³ Siehe Flegenheimer, What's a 'Covfefe'? (2017).

³⁴ Heidke, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 110 f. spricht ähnlich von Vermittlern meinungsbildungsrelevanter Medien- und Informationsinhalte im Internet.

³⁵ So im Ergebnis wohl auch Cornils, der auf die Definition des Medienstaatsvertrags rekurriert, jedoch auf den journalistisch-redaktionellen Aspekt verzichtet (*Cornils, Designing platform governance* (2020), S. 15 f.). Ähnlich auch Dörr, Regulierung intermediärer Plattformen durch den Medienstaatsvertrag (2022), S. 6.

³⁶ Manche Stimmen der Kommunikationswissenschaft nutzen den Begriff „Intermediär“ stattdessen gar als Oberbegriff für sowohl Medien als journalistische als auch Plattformen als

ihnen eine Medien-Eigenschaft unter Verweis auf ihren *Distributionsfokus* und die fehlende journalistisch-redaktionelle *Produktionsfunktion* ab.³⁷

Der Verzicht auf journalistisch-redaktionelle Inhalte-*Produktion* bedeutet jedoch nicht, dass Suchmaschinen und soziale Netzwerke als vermeintlich „neutralen“, technischen Vermittlern aus medienverfassungsrechtlicher Sicht keine Bedeutung zukäme – im Gegenteil.³⁸ Es liegt vielmehr ein Sein-Sollens-Fehlschluss darin, nur jene Akteure als Medien zu betrachten, die von etablierten journalistisch-redaktionellen Funktionsbeschreibungen und bestehenden Regulierungsansätzen erfasst werden, wie Donges/Jarren deutlich machen:

„Mit der Gleichsetzung von [...] journalistisch-redaktionellen Medien mit allen Medien hat sich die Kommunikationswissenschaft [wie auch die Rechtswissenschaft, Anm. d. Verf.] ein Problem eingehandelt. Denn heute gewinnen in Mediensystemen immer mehr Angebote an Bedeutung, die zwar als publizistisch zu bezeichnen sind, aber nicht journalistisch-redaktionell erstellt wurden“³⁹.

Vor diesem Hintergrund macht es wenig Sinn, die Einordnung als Medium von einer produktiven journalistisch-redaktionellen Tätigkeit abhängig zu machen. Denn auch ohne eine solche zeigt sich die publizistische Relevanz von sozialen Netzwerken, Suchmaschinen und anderen Intermediären.⁴⁰ Die Wahrnehmung meinungsbildungsrelevanter Online-Inhalte hängt heute zu einem erheblichen Maße von Entscheidungen dieser neuen Dienstbetreiber ab.⁴¹ Manche sprechen daher – unter Verweis auf die Rechtsprechung des BVerfG zur möglichen Rundfunkfreiheitsträgerschaft der Landesmedienanstalten⁴² – von einer „übergeordneten (Programm-)Verantwortung“ der Intermediäre.⁴³

automatisiert algorithmische Vermittler, siehe das Schaubild bei *Beck/Donges*, Vermittlung: Begriffe und Modelle für die Kommunikationswissenschaft (2020), S. 46.

³⁷ Siehe *Schulz/Dankert*, Die Macht der Informationsintermediäre (2016), S. 16 f.; *Lent*, Elektronische Presse zwischen E-Zines, Blogs und Wikis (2013), S. 920.

³⁸ Siehe hierzu auch *Mafi Gudarzi*, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken (2022), S. 61, 65 ff.; sowie *Giere*, Grundrechtliche Einordnung sozialer Netzwerke vor dem Hintergrund des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG) (2021), S. 92 ff.

³⁹ *Donges/Jarren*, Differenzierung und Institutionalisierung des Medien- und Kommunikationssystems (2020), S. 29.

⁴⁰ Manche gehen sogar davon aus, soziale Netzwerke besäßen eine „quasi-redaktionelle Endkontrolle“, so beispielsweise *Paal/Hennemann*, Meinungsbildung im digitalen Zeitalter (2017), S. 643. Auch *Mafi Gudarzi* sieht mit Blick auf Intermediäre eine solche „redaktionelle Gestaltung“ (*Mafi Gudarzi*, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken, S. 66).

⁴¹ Die Behauptung, Medien im verfassungsrechtlichen Sinne seien durch den breiten Zugang im Digitalen „egalitär“ geworden, darf damit eher als frommer Wunsch denn als ernst-zunehmende Diagnose betrachtet werden; ähnliches gilt für die Behauptung, „[n]ahezu jeder der ca. 80,6 Millionen Einwohner Deutschlands kann [als Nutzer*in Sozialer Netzwerke] Rundfunk i. S. v. Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GG veranstalten“, so jedoch *Davis*, Die „dienende“ Rundfunkfreiheit im Zeitalter der sozialen Vernetzung (2019), S. 5, 75.

⁴² BVerfGE 97, 298 (312).

Bei Intermediären fällen zwar Algorithmen die Entscheidung über die vermeintliche Relevanz von Inhalten und nicht eine Gruppe von Menschen, wie dies beispielsweise in Redaktionen klassischer Medien der Fall ist.⁴⁴ Diese Form der Automatisierung kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Auswahl der Inhalte gezielt nach von Menschen vorgegebenen Kriterien und allein im Herrschaftsbereich der Unternehmen erfolgt – und dass auch eine solche „nur“ algorithmische Auswahl erhebliche Auswirkungen auf Verbreitung und Einfluss einzelner Inhalte hat und ihr mediale Qualität zukommt.⁴⁵ „Wer den Algorithmus und dessen Reihungskriterien festlegt, trifft damit im Sinne eines ‚Gatekeepers‘ wesentliche Wertungsentscheidungen für die auf dieser Grundlage ausgewählten und angezeigten Inhalte“⁴⁶ – und zwar auch dann, wenn es sich dabei *nur* um die Inhalte Dritter handelt.⁴⁷ Intermediäre mögen keine Presse und kein Rundfunk sein – Medien im Sinne des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG sind sie dennoch.⁴⁸ Auch der BGH hat sich dieser Bewertung angeschlossen.⁴⁹

Die mediale Qualität scheitert auch nicht daran, dass die neuen Akteure Interaktion mit und zwischen Nutzer*innen ermöglichen und damit nicht mehr dem (massen)medialen Idealbild entsprechen. Vielmehr, wie Davis darlegt, handelt es sich bei der vermeintlichen neuen Interaktion um nicht mehr als eine Feedbackmöglichkeit, ähnlich *Dial-in*-Sendungen im linearen Rundfunk, weshalb es sich auch

⁴³ So jedenfalls *Heilmann*, Anonymität für User-Generated Content? (2013), S. 137, der allerdings nicht mit dem Begriff „Intermediäre“ sondern „Plattformbetreiber“ arbeitet.

⁴⁴ Beck/Donges weisen derweil zu Recht darauf hin, dass „auch die redaktionell gestaltete journalistische Vermittlung im Grunde als algorithmisch betrachtet werden [kann], denn die publizistischen Medien bedienen sich ‚manueller‘ (d. h. nicht automatisiert angewendeter) professioneller Regeln des Journalismus“ (*Beck/Donges*, Vermittlung: Begriffe und Modelle für die Kommunikationswissenschaft, S. 44).

⁴⁵ Siehe hierzu auch *Kaiser/Reiling*, Meinungsfilter durch soziale Medien – und das demokratische Ideal der Meinungsvielfalt? (2019), S. 98 f.; *Eifert*, Rechenschaftspflichten für soziale Netzwerke und Suchmaschinen (2017), S. 1451; *Tufekci*, Algorithmic Harms Beyond Facebook and Google: Emergent Challenges of Computational Agency (2015), S. 208; *Laude*, Automatisierte Meinungsbeeinflussung (2021), S. 109 f.; a. A. wohl *Spindler*, Durchbruch für ein Recht auf Vergessen(werden)? (2014), S. 987.

⁴⁶ *Paal/Hennemann*, Meinungsbildung im digitalen Zeitalter (2017), S. 643; ebenso *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 129; a. A. wohl *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 178.

⁴⁷ Auch ohne genuin eigene Inhalte leisten die Intermediäre „durch die Gestaltung der Plattformen in Form der aggregierten Bewertungen, der Kategorien zur Profilbildung, des Like-Buttons sowie der Verifizierung der Identität des Autors einen ausreichenden eigenen inhaltlichen Beitrag“, argumentiert im Ergebnis *Tief*, Kommunikation auf Facebook, Twitter & YouTube (2020), S. 113. Dies gelte umso mehr mit Blick auf die durch den Algorithmus durchgeführte Inhaltekuratierung, s. *Tief*, Kommunikation auf Facebook, Twitter & YouTube (2020), S. 124.

⁴⁸ So auch *Kühling*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR, Art. 5 GG Rn. 99d.

⁴⁹ So spricht das Gericht etwa mit Blick auf ein Bewertungsportal als Intermediär von dessen „Recht [...] auf Meinungs- und Medienfreiheit“ (BGH, VI ZR 93/10 v. 25. 10. 2011, Rn. 25).

bei digitalen Intermediären um eine Form „individualisierter Massenkommunikation“⁵⁰ handeln kann.⁵¹

Vor diesem Hintergrund überzeugt auch nicht das Argument, bei Facebook, Google & Co handele es sich lediglich um die Betreiber neutraler Plattform-Infrastruktur, ähnlich etwa Netzbetreibern.⁵² Denn angesichts des enormen Einflusses der intermediärsgemachten Regeln auf die Sichtbarkeit der von ihnen vermittelten Inhalte kann von Neutralität keine Rede sein. Hierzu passt auch, dass es sich bei der Mār der neutralen Technologieplattform um eine Erzählung handelt, die die Intermediäre selbst gern vorantreiben – nach Ansicht mancher vor allem deshalb, um Regulierung zu entgehen.⁵³

Dass auch Intermediäre⁵⁴ zweifellos als Medien im Sinne des Art. 5 Abs. 1 GG einzustufen sind, „stellt dabei keinen Versuch dar, einem ‚privaten Sektor [...] Grundrechtsschutz aufzuerlegen‘, sondern ist die konsequente Fortführung des staatlichen Kommunikationsschutzes“⁵⁵.

Folgerungen aus dieser verfassungsrechtlichen Medienqualität von Intermediären, etwa mit Blick auf mögliche Regulierungsansätze und Haftungsfragen, sind derweil nicht auf Schutzbereichsebene zu ziehen. Sie stehen richtigerweise erst zur Debatte, wenn es um mögliche Schranken der Freiheit geht, die Intermediären als digitalen Medien zukommen. Hierin liegt im Übrigen ein Fehlschluss mancher

⁵⁰ Davis, Die „dienende“ Rundfunkfreiheit im Zeitalter der sozialen Vernetzung (2019), S. 65.

⁵¹ „So waren schon frühere Fernsehsendungen, bei denen Telefonanrufe in die Sendung zum Abstimmen, Fragenstellen oder Ähnlichem möglich waren, nicht interaktiv im eigentlichen Sinne [...]. Erst wenn die Kommunikation so verlaufen kann, dass sie einem echten Gespräch nahe kommt, handelt es sich schließlich nicht mehr um Massenkommunikation“ (Davis, Die „dienende“ Rundfunkfreiheit im Zeitalter der sozialen Vernetzung (2019), S. 61).

⁵² Umfassend zu „Neutralität als prinzipiell unplausible[m] Maßstab“ sowohl für Intermediäre als auch Technologie insgesamt siehe Schiff, Informationsintermediäre (2021), S. 169 ff.

⁵³ Siehe hierzu umfassend und m.w.N. Napoli/Caplan, Why media companies insist they're not media companies, why they're wrong, and why it matters (2017).

⁵⁴ Folgend soll der Einfachheit halber – und mangels einer Auseinandersetzung mit nicht-medialen Typen wie Fahrdiensteanbietern und Shoppingplattformen – statt von Medienintermediären nur von Intermediären gesprochen werden.

⁵⁵ Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 180. Im Ergebnis ebenso Laude, Automatisierte Meinungsbeeinflussung (2021), S. 110 ff. Mafi Gudarzi spricht insofern von „Kuratierung als Gewährleistungsgehalt der Medienfreiheit“ (Mafi Gudarzi, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken, S. 66 ff.). Mitsch sieht gar die Regelungen zum Rundfunk als „Blaupause“ für die Diskurssteuerung in sozialen Netzwerken (Mitsch, Soziale Netzwerke und der Paradigmenwechsel des öffentlichen Meinungsbildungsprozesses, S. 815 f.). Umfassend hierzu außerdem Giere, Grundrechtliche Einordnung sozialer Netzwerke vor dem Hintergrund des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG) (2021), S. 77 ff., insb. S. 112 ff., derzu folge soziale Netzwerke zwar in den Schutzbereich der Mediengrundrechte fallen, die allerdings noch einmal zwischen Anbietern mit textlichen und solchen mit audiovisuellem Schwerpunkt unterscheidet und diese der Presse- beziehungsweise Rundfunkfreiheit zuordnet.

Stimme der Literatur, die eine verfassungsrechtliche Einstufung von Intermediären als Medien im Sinne des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG mit Verweis auf vermeintliche Konsequenzen auf Rechtsfolgenseite ablehnt.⁵⁶

Statt von vermeintlichen Rechtsfolgen auf eine Definition des Medientyps zu schließen, lässt sich dieser verfassungsrechtlich sauberer in den Unterschieden zu klassischen Massenmedien Presse und Rundfunk herausarbeiten. Diese Unterschiede zeigen sich im Ansatz in der bereits zitierten Definition von Paal: „Medienintermediär ist jeder telemediale Dienst, der Nutzern meinungsbildungsrelevante Inhalte auf Grund von Auswahlentscheidungen präsentiert.“⁵⁷ Es handelt sich demnach zunächst um (1) Telemedien, also vor allem digitale Dienste, die nicht Rundfunk sind, womit ihre potenzielle globale Reichweite und unmittelbare Verbreitung im Internet hervorgehoben werden. Sie (2) präsentieren ihren Nutzer*innen meinungsbildungsrelevante Inhalte, was sowohl ihre Bedeutung und ihren Einfluss auf Meinungsfreiheit und demokratischen Prozess hervorhebt als auch einen argumentativen Anknüpfungspunkt für ihre Regulierung bietet. Zusätzlich (3) findet diese Präsentation aufgrund einer Auswahlentscheidung statt, was die bewusste („Entscheidung“) Selektion bestimmter Inhalte aus einer größeren Menge („Auswahl“) verdeutlicht.

5. Nötige Eingrenzung auf Verbreitung Inhalte Dritter

Was in Paals Definition jedoch fehlt, ist ein Hinweis auf die Herkunft der ausgewählten Inhalte. So fielen beispielsweise auch Zeitungswebseiten unter diese Intermediärsdefinition, da auch spiegel.de ein „telemediale[r] Dienst [ist], der Nutzern meinungsbildungsrelevante Inhalte auf Grund von Auswahlentscheidungen präsentiert“. Aus diesem Grund klammert etwa § 1 Abs. 1 S. 2 NetzDG bereits „Plattformen mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten, die vom Diensteanbieter selbst verantwortet werden“ aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes aus. Um die besondere Stellung von Intermediären als Verbreiter von Inhalten Dritter⁵⁸ – und damit auch ihren besonderen Einfluss auf die Wahrnehmung fremder Inhalte – hervorzuheben, soll vorliegend Paals Definition wie folgt ergänzt werden:

⁵⁶ So wohl *Drexel*, Bedrohung der Meinungsvielfalt durch Algorithmen (2017), S. 536 ff.

⁵⁷ *Paal*, Vielfaltssicherung bei Intermediären (2018), S. 568. Unter Bezugnahme auf automatisierte Verfahren ähnlich *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 111.

⁵⁸ Ebenso *Kellner*, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären (2019), S. 27, dort u.a. mit Verweis auf *Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“*, Dreizehnter Zwischenbericht (BT-Drucksache 17/12542) (2013), S. 16, wo Intermediären jedoch „eine Tätigkeit mit (sehr) geringem Inhaltsbezug“ attestiert wird, was der vorliegend vertretenen Position entgegensteht. Siehe auch *Tief*, Kommunikation auf Facebook, Twitter & YouTube (2020), S. 13 f.

Medienintermediär ist jeder telemediale Dienst, der Nutzer*innen meinungsbildungsrelevante Inhalte Dritter auf Grund von Auswahlentscheidungen präsentiert.

Diese Definition erfasst verschiedene Intermediärtypen gleichermaßen – von Suchmaschinen über soziale Netzwerke bis hin zu Videoplattformen und Kurznachrichtendienste. Doch eine so breite Analysekategorie bringt auch Nachteile mit sich. Denn insbesondere mit Blick auf die Nutzungspraxis unterscheiden sich bereits Suchmaschinen und soziale Netzwerke enorm. Zwar selektieren und vermitteln beide die Inhalte Dritter an ihre jeweiligen Nutzer*innen und übernehmen somit die den Intermediären charakteristische Mittlerposition. Jedoch geschieht dies bei einer Suchmaschine ausschließlich als Reaktion auf eine vorherige, explizite Nutzer*innen-Eingabe – ihre Funktion ähnelt damit einem dynamischen Nachschlagewerk. Soziale Netzwerke hingegen „füttern“ ihren jeweiligen Nutzer*innen einen nie abreißenden Inhalte-Strom („feed“), und zwar gerade *ohne* dass zuvor eine explizite Eingabe nötig wäre.⁵⁹ Spielen diese und weitere Unterschiede aus verfassungsrechtlicher Perspektive keine Rolle?

Wer die verschiedenen Intermediärtypen bereits definitionsseitig unterscheidet, droht, wie an anderer Stelle mit Bezug auf den Rundfunk bereits aufgezeigt,⁶⁰ Schutzbereichs- und Schrankenebene zu vermischen. Denn die Unterschiede im Detail ändern nichts daran, dass die grundlegende Funktionsweise verschiedener Intermediärtypen (und damit auch: ihr gemeinsames Alleinstellungsmerkmal gegenüber anderen Medien) auf denselben Mechanismen beruht, nämlich der Auswahl und Vermittlung der Inhalte Dritter in großem Stil. Zwar können verschiedene Spielarten dieser Mechanismen auch verschieden großen Einfluss auf die Meinungsbildung haben und daher unterschiedliches Risikopotenzial entfalten. Die Betrachtung solcher praktischer Unterschiede hat jedoch nicht im Schutzbereich des Mediums zu erfolgen, sondern spielt gegebenenfalls im Bereich der zulässigen und erforderlichen Schranken eine Rolle⁶¹ – weshalb eine gemeinsame Kategorisierung verschiedener Spielarten von Intermediären angemessen erscheint.

Nichtsdestotrotz ist es bei der Analyse eines neuen Medientyps hilfreich, einen realen Bezugspunkt jenseits der juristischen Definition zu haben. Vor diesem Hintergrund wenden sich zahlreiche Autor*innen für ihre Analysen der Kategorie „Suchmaschine“ zu.⁶² Entgegen diesem Trend konzentriert sich die vorliegende

⁵⁹ Dass die Auswahl der Inhalte hierbei auf meist impliziten, von den Betreibern des sozialen Netzwerks errechneten Präferenzen der Nutzer*innen beruhen, ändert an der unterschiedlichen Nutzungsform nichts.

⁶⁰ Siehe oben, S. 159.

⁶¹ Siehe hierzu unten unter Teil 4 B., S. 278 ff.

⁶² Vergleiche etwa *Hartl*, Suchmaschinen, Algorithmen und Meinungsmacht (2017); *Franzius*, Das Internet und die Grundrechte (2016); *Schuster* et al., Neutralität, Transparenz und Kompetenz (2015); *Dörr/Schuster*, Suchmaschinen im Spannungsfeld zwischen Nutzung und Regulierung (2014); *Korte*, Die dienende Funktion der Rundfunkfreiheit in Zeiten medialer Konvergenz (2014); *Schulz*, Von der Medienfreiheit zum Grundrechtsschutz für Intermediäre? (2008).

Arbeit auf das Beispiel sozialer Netzwerke.⁶³ Grund dafür ist ihre im Vergleich zu Suchmaschinen einflussreichere Vermittler-Rolle, da sie ihren Nutzer*innen einen passiven Medienkonsum in Form von „Berieselung“ mit Inhalten ermöglichen, ganz ohne spezifische Aufforderung in Form eines Suchbegriffes. Dieser Einfluss ist besonders, da Nutzer*innen weniger unmittelbare (oder vielmehr: unmittelbar nachvollziehbare) Einflussmöglichkeiten zur Veränderung der Inhaltszusammensetzung besitzen. „These differences in function also result in very different risk potentials with regard to the influence of these services on information and opinion formation.“⁶⁴ Somit treten bei sozialen Netzwerken, so die Vermutung, die Gefahren und Risiken digitaler Intermediäre für die Meinungsbildung besonders deutlich hervor. Worin diese bestehen, soll das folgende Kapitel zeigen.

II. Intermediäre: Gefahren und Risiken für die Meinungsbildung

Um der Analyse der Gefahren und Risiken von Intermediären Struktur zu geben, ist diese folgend in vier Abschnitte unterteilt. Sie entsprechen jenen Angelpunkten der Meinungsfreiheit, an denen sich Intermediäre potenziell negativ auswirken. Ein erläuternder Hinweis sei einleitend hierzu gegeben. Er gilt der Systematisierung in die verschiedenen Risikotypen. Bestimmte Effekte sozialer Netzwerke, etwa ihr besonderer Einfluss auf Nutzer*innen und Inhalte, spielen hier in gleich mehreren Abschnitten eine Rolle. Dabei handelt es sich jedoch nicht um eine nachlässige, weil nicht disjunkte, Kategoriebildung. Vielmehr ist diese Doppelung gerade sinnvoller Ausdruck der vorliegend gewählten, von der Meinungsbildung (und nicht: den Intermediären) ausgehenden Betrachtungsweise. Denn Ausgangspunkt einer Schutzpflicht zugunsten der Meinungsfreiheit sind eben nicht die potenziell nachteiligen Eigenschaften eines Mediums – sondern die möglichen Schäden an der grundrechtlich garantierten Freiheit. Somit können einzelne mediale Eigenschaften potenziell an verschiedenen Orten Schaden anrichten. Zugleich erlaubt eine solche, an der Meinungsfreiheit orientierte Perspektive, einerseits Parallelen zu bekannten Risiken klassischer Massenmedien aufzuzeigen sowie andererseits jene Auswirkungen digitaler Intermediäre zu erkennen, die in den bekannten medialen Risiken keine Entsprechung finden.

⁶³ Ebenso etwa *Giere*, Grundrechtliche Einordnung sozialer Netzwerke vor dem Hintergrund des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG) (2021); *Kaiser/Reiling*, Meinungsfilter durch soziale Medien – und das demokratische Ideal der Meinungsvielfalt? (2019).

⁶⁴ *Cornils*, Designing platform governance (2020), S. 16.

1. Vielfalt

Bei allen Unterschieden zwischen klassischen Massenmedien und digitalen Intermediären: Bestimmte Funktionsweisen und daraus folgende Bedrohungen der freien Meinungsbildung sind *allen* Medientypen inhärent. Beispiel hierfür ist die Gefahr mangelnder Vielfalt, der die Presse mit Außenpluralismus und der Rundfunk (noch) mit Binnenpluralismus begegnen soll. Welche Bedeutung haben die neuen Akteure mit Blick auf ein pluralistisches Mediensystem? Es herrscht zunächst jedenfalls kein Zweifel daran, dass sie eine große und weiter zunehmende Rolle bei der Meinungsbildung der Bevölkerung spielen: Einerseits nimmt seit Jahren die Bedeutung des Internets für die Meinungsbildung kontinuierlich zu,⁶⁵ andererseits wird gleichzeitig in eben diesem Internet die Rolle von Intermediären im Bereich der informierenden Nutzung ebenfalls immer größer.⁶⁶ Erschien es somit in der Vergangenheit zumindest risikoarm, aufgrund der mangelnden Bedeutung von Intermediären ihre Dysfunktionalität zu dulden, drängt sich inzwischen die Frage auf, „wie groß ihr Beitrag zu Funktionsstörungen in den medialen Kommunikationsforen ist und wie diesen gegengesteuert werden kann“⁶⁷.

Das Marktumfeld bei Intermediären im Allgemeinen sowie sozialen Netzwerken im Besonderen ähnelt hierbei heute dem frühen Rundfunkmarkt, vereinen doch fünf Dienste mehr als 60 Prozent der jungen Zielgruppe (14 bis 29 Jahre) in der informierenden Nutzung auf sich.⁶⁸ Unter diesen Umständen erscheint daher Außenpluralismus aus gleich zwei Gründen nicht als vielfalsichernde Option.⁶⁹ Erstens ist die Zahl der Anbieter zu gering, wie der Hinweis auf ein „bereits ausgebildetes Quasi-Monopol auf dem Markt der sozialen Netzwerke“⁷⁰ zeigt.

⁶⁵ In den entsprechenden Studien werden auf Makroebene nur die Kategorien Fernsehen, Radio, Internet, Tageszeitung und Zeitschriften unterschieden. Hier hat das Internet bereits 2020 das Fernsehen als „Medium“ mit dem höchsten Meinungsbildungsgewicht überholt (s. *Die Medienanstalten*, Medienvielfaltsmonitor 2022-I (2022), S. 28). Hierzu mit eindrücklichen Beispielen auch *Kühling*, Die Verantwortung der Medienintermediäre für den Schutz öffentlicher Kommunikationsräume (2021), S. 90 f.; siehe auch, mit Blick auf soziale Netzwerke, *Heldt*, Intensivere Drittwirkung (2023), S. 153 ff.

⁶⁶ Siehe *Die Medienanstalten*, Intermediäre und Meinungsbildung (2021), S. 21. Ausführlich hierzu auch *Heidike*, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 111 ff., insb. S. 123.

⁶⁷ *Kühling*, Die Verantwortung der Medienintermediäre für den Schutz öffentlicher Kommunikationsräume (2021), S. 91.

⁶⁸ Siehe *Schmiege/Deck*, Make Social Media a Better Place: Sicherung der Medien- und Meinungsvielfalt in Sozialen Medien (2022), S. 38.

⁶⁹ Anderer Ansicht *Kellner*, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären (2019), S. 151 f.

⁷⁰ *Dankert*, Normative Technologie in sozialen Netzwerkdiensten – Neue Machtstrukturen als Anreiz für einen Paradigmenwechsel der Kommunikationsregulierung? (2015), S. 64. Siehe auch *Kellner*, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären (2019), S. 127 f., die allerdings auf den nötigen Zusammenhang zwischen Konzentrationstendenz und inhaltlichem Einfluss hinweist.

Zweitens jedoch würde auch der (realitätsferne) Vergleich einer Vielzahl von Presseorganen und Rundfunksendern einerseits mit einer Vielzahl sozialer Netzwerke andererseits in die Irre führen. Denn die potentielle Erzeugung von Vielfalt – in Form der Auswahl der zu verbreitenden Inhalte – funktioniert auf sozialen Netzwerken anders als in tradierten Medien. Rundfunk- und Presseangebote wählen die zu verbreitenden Inhalte für ihr *gesamtes* Publikum aus, beispielhaft gesprochen: ein 18-jähriger Schüler und eine 87-jährige Rentnerin sehen beide dieselbe Tageszeitung und lesen die gleiche BILD-Zeitung. Der Erfolg von Außenpluralismus hängt im Bereich der klassischen Medien somit davon ab, dass zwischen *einzelnen Angeboten* Unterschiede bei der Inhalts-Auswahl und -Aufbereitung bestehen.

Soziale Netzwerken hingegen wählen für jede*n einzelne*n Nutzer*in personalisierte Inhalte aus. Der Schüler und die Rentnerin bekommen auch von ein und demselben Netzwerk jeweils unterschiedliche Inhalte angezeigt. Ob Nutzer*innen Zugang zu vielfältigen Inhalten haben, hängt somit nicht vorrangig davon ab, ob sie in verschiedenen Netzwerken unterwegs sind, sondern davon, wie die Netzwerke für ihre Nutzer*innen Inhalte kuratieren. Dies hat Auswirkungen auf die Sinnherzeugung zwischen Individuum und Gesellschaft: „nur die Netzwerke selbst können noch einen Sinnhorizont für die Gesellschaft generieren. Das Denken vom Individuum her kann gesellschaftlichen Sinn nicht mehr hervorbringen“⁷¹.

Noch deutlicher wird dieser konzeptionelle Unterschied zwischen *alten* und *neuen* Medien, betrachtet man den (freilich nur theoretischen) überzeichneten „Idealfall“ des jeweiligen Medientyps: In einer aus Sicht der Anbieter*innen⁷² optimal funktionierenden *Presselandschaft* beispielsweise decken verschiedene Presseangebote jeweils unterschiedliche Interessen der Leser*innen ab und erzielen bei den jeweiligen Interessen einen möglichst großen Marktanteil. Die unterschiedlichen persönlichen Präferenzen des Publikums sorgen dafür, dass es unmöglich ist, die *eine* Zeitung zu verlegen, die *allen* Leser*innen gefällt. Aus der Summe der bestehenden Angebote wählt ein*e Leser*in vielmehr entsprechend ihrer Präferenz jene Publikation, die ihre Informationsbedürfnisse am besten befriedigt.

In einer aus Sicht der Anbieter*innen ideal funktionierenden *Landschaft sozialer Netzwerke* hingegen bietet jedes Netzwerk jeder*jedem einzelnen Nutzer*in jeweils genau die Inhalte, die sie sehen möchte. Denn während *die perfekte Zeitung für alle* nicht existiert, ist *der perfekte Personalisierungs-Algorithmus* eben gerade die Zielvorgabe eines jeden Netzwerks. Aus Perspektive der Nutzer*innen bedeutet das: Wenn das Ziel aller sozialen Netzwerke ist, meinen Geschmack perfekt zu treffen, finde ich in allen sozialen Netzwerken dasselbe, für mich höchstpersönlich und

⁷¹ Ladeur, Die Zukunft der Medienvorverfassung (2021).

⁷² Da es sich sowohl bei Presse als auch sozialen Netzwerken um marktwirtschaftlich organisierte Sektoren handelt, ist hier konsequenterweise die Anbieter*innen-Perspektive ausschlaggebend, auch weil es die Anbieter*innen sind, die über die Kuratierung medialer Inhalte bestimmen.

optimal zusammengestellte Angebot vor.⁷³ Hinzu kommen Sozialen Medien inhärente Netzwerk- und *Lock-in*-Effekte, die mit zunehmender Größe des Netzwerks die Anreize für einen Wechsel zu einem anderen Anbieter reduzieren.⁷⁴ Dass vor diesem Hintergrund Außenpluralismus bei Intermediären keine Option darstellt, erklärt sich von selbst, wie auch das Bundesverfassungsgericht diagnostiziert: „Die Digitalisierung der Medien und insbesondere die Netz- und Plattformökonomie des Internets einschließlich der sozialen Netzwerke begünstigen – im Gegenteil – Konzentrations- und Monopolisierungstendenzen bei Anbietern, Verbreitern und Vermittlern von Inhalten.“⁷⁵

Es wäre jedoch verfrüht, angesichts dieser Funktionsunterschiede direkt der Vielfaltsicherung im Netz die Bedeutung abzusprechen.⁷⁶ Denn auch wenn sich der Orientierungspunkt der Vielfalt von der überindividuellen Ausrichtung einzelner Medienangebote auf die personalisierte Inhaltszusammenstellung für einzelne Individuen verschoben hat, findet die Auswahl und Zusammenstellung dieser Vielfalt im Rahmen von Optimierungsentscheidungen der Netzwerke noch immer auf überindividueller Ebene statt – ganz zu schweigen davon, dass die Summe dieser einzelnen Zusammenstellungen die Grundlage eben jener überindividuellen Vielfaltsicherung bildet.⁷⁷

⁷³ Dass sich die Formate – etwa Bild, Text und Video – gegebenenfalls von Netzwerk zu Netzwerk unterscheiden, spielt dabei aus Vielfaltsgesichtspunkten keine große Rolle. Wenn etwa der Algorithmus ermittelt, dass er eine*n bestimmte*n Nutzer*in mit Inhalten über Linksextremismus auf der Plattform hält, wird er diese Inhalte unabhängig davon ausspielen, ob es sich um Fotos oder Texte handelt oder wer die*der Verfasser*in der Inhalte ist.

⁷⁴ Darunter ist das Phänomen zu verstehen, dass mit zunehmender Größe eines sozialen Netzwerks und der damit wachsenden Zahl von Nutzer*innen, die dort erreichbar sind, der Wechsel zu einem Alternativangebot unattraktiver wird: einerseits, weil dort im Zweifel nicht alle bestehenden Netzwerkkontakte erreicht werden können; andererseits, weil die „Mitnahme“ persönlicher Fotos, Videos, Nachrichtenverläufe etc. von einem Netzwerk zu einem anderen sich teils ausgesprochen schwierig gestaltet. Siehe hierzu etwa *Heldt*, Intensivere Drittwirkung (2023), S. 166 ff.; *Savary*, Regulierung von Gatekeeper-Plattformen (2021), S. 118 f.; *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 115 ff.; *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 339 ff.; *Dankert*, Normative Technologie in sozialen Netzwerkdiensten – Neue Machtstrukturen als Anreiz für einen Paradigmenwechsel der Kommunikationsregulierung? (2015), S. 63 f.

⁷⁵ BVerfGE 149, 222 (261).

⁷⁶ So aber mit einer gewissen Skepsis wohl *Ingold*, Meinungsmacht des Netzes (2020), S. 85.

⁷⁷ Insofern geht auch die Unterscheidung zwischen „inhaltsneutralen Sortieren“, das sich nur an den Nutzer*innen-Präferenzen und nicht an den Inhalten selbst orientieren soll, und „inhaltsorientiertem Sortieren“, das anhand der Inhalte selbst unterscheidet, fehl. Denn um die Relevanz einzelner Beiträge für einzelne Nutzer*innen zu ermessen, ist gerade eine Auswertung ihrer inhaltlichen Dimension nötig, auch wenn diese „nur“ algorithmisch erfolgt. So aber *Kühling*, Die Verantwortung der Medienintermediäre für den Schutz öffentlicher Kommunikationsräume (2021); *Kellner*, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären (2019), S. 150 ff.

Bei sozialen Netzwerken hängt der Erfolg von Vielfaltsicherung mithin vom intermediären Binnenpluralismus ab. Dass Intermediäre Inhalte überhaupt nach bestimmten Kriterien kuratieren müssen, liegt allerdings in der Natur der Sache. Denn die Vorstellung demokratischer Meinungsbildung wäre insgesamt zum Scheitern verurteilt, wenn aufgrund des grenzenlosen Inhalte-Überangebots des Internets „niemand die die Meinungsfreiheit sichernden Angebote wahrnimmt oder wahrnehmen kann, selbst wenn sie tatsächlich verfügbar sind“⁷⁸. Karppinen nennt es *naiven Pluralismus* („naive pluralism“), von einer Vielzahl von theoretisch verfügbaren Inhalten auf eine Vielfalt der tatsächlich konsumierten Inhalten zu schließen.⁷⁹ Denn der Flaschenhals der vielfältigen Meinungsbildung⁸⁰ ist längst nicht mehr die verfügbare Menge an Inhalten, sondern die verfügbare Aufmerksamkeitsspanne der Nutzer*innen. Medienkonsum ohne Kuratierung bedeutet vor diesem Hintergrund zwangsläufig Informationsüberlastung der Nutzer*innen.⁸¹

Nach welchen Kriterien *genau* Facebook & Co Inhalte für einzelne Nutzer*innen kuratieren – ihren geradezu sagenumwobenen „Algorithmus“ –, legen die Unternehmen jedoch nur begrenzt offen.⁸² Zwar macht etwa Meta die groben Kategorien öffentlich, die in die Bewertung einzelner Inhalte einfließen,⁸³ und verweist darauf, dass sie bestimmte Inhalte an ihrer Verbreitung hindern, „die möglicherweise [...] von Menschen als anstößig empfunden werden, aber nicht

⁷⁸ Kerssenbrock, Eine konvergenztaugliche Medienordnung? (2017), S. 163.

⁷⁹ Siehe hierzu Karppinen, Rethinking Media Pluralism (2013), S. 13 ff. Zustimmend auch Stark/Stegmann, Vielfaltsicherung im Zeitalter von Medienermittären (2021) m. w. N., die unter Verweis auf Van Aelst et al., Political communication in a high-choice media environment (2017) das *DiversitätsParadox* („diversity paradox“) ansprechen, das eben jenen scheinbaren Widerspruch beschreibt, dass sich aus mehr Angeboten nicht automatisch mehr Vielfalt ergibt. Wohlgemerkt: Dieses Paradox ist kein Kind der Digitalisierung, sondern bereits vor mehr als 20 Jahren in den Medienwissenschaften erkannt worden, siehe Van Cullenburg, On Competition, Access and Diversity in Media, Old and New (1999), S. 196. Hierzu auch unten unter Teil 4 B. V., S. 306 ff.

⁸⁰ Heidtke, Meinungsbildung und Medienermittäre (2020), S. 128 ff. spricht von der „GatekeeperFunktion“ der Intermediäre.

⁸¹ Aus Perspektive der Kommunikationswissenschaft sprechen Lobigs/Neuberger davon, dass Vielfalt auch „zu groß sein [kann], wenn [sie] die Kapazität zur rationalen Verarbeitung auf der (Mikro-)Ebene des einzelnen Rezipienten oder der (Makro-)Ebene der politischen Öffentlichkeit übersteigt“ (Lobigs/Neuberger, Meinungsmacht im Internet und die Digitalstrategien von Mediunternehmen, S. 28 f.). Siehe zu dem dazu passenden Begriff der Aufmerksamkeitsregulierung auch oben, S. 235.

⁸² Siehe etwa Kühling, Die Verantwortung der Medienermittäre für den Schutz öffentlicher Kommunikationsräume (2021), S. 95 ff.; Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck, Transparenz bei Medienermittären (2020), S. 60 ff.; Paal, Vielfaltsicherung bei Intermediären (2018), S. 568.

⁸³ So spielt bei Facebook etwa für die individuelle Relevanzbewertung eines Inhalts eine Rolle, „wer ihn gepostet hat, wie du zuvor mit dieser Person interagiert hast, ob es sich um ein Foto, ein Video oder einen Link handelt und wie beliebt der Beitrag ist, basierend auf bestimmten Faktoren, zum Beispiel, wie vielen deiner Freunde er gefallen hat, welche Seiten ihn erneut geteilt haben“ (Meta, Unser Ansatz für das Ranking (2022)).

unbedingt die Grenze für eine Entfernung gemäß unseren Richtlinien überschreiten“⁸⁴. Konkrete Rückschlüsse auf die Inhaltszusammenstellung lassen sich aus solchen eher allgemeinen Angaben jedoch nicht ziehen. Bei dieser Vagheit handelt es sich einerseits um eine bewusste Entscheidung der Unternehmen,⁸⁵ andererseits erscheint es darüber hinaus auch zweifelhaft, ob eine genauere Auskunft über das Zustandekommen der Relevanzzuschreibungen technisch überhaupt möglich ist, da die Unternehmen nicht mit vorbestimmten Kriterienkatalogen arbeiten, sondern ihre Inhalte vielmehr mit Methoden maschinellen Lernens kuratieren, die eine Nachvollziehbarkeit erschweren, wenn nicht gar unmöglich machen (Stichwort: algorithmische „Black Box“).⁸⁶

In dieser Intransparenz liegt ein erhebliches Missbrauchspotenzial sozialer Netzwerke, ihren Einfluss auf die Inhaltszusammenstellung zulasten „echter“ Meinungsvielfalt zu nutzen.⁸⁷ Denn ihnen ist „die Möglichkeit eröffnet, aus der Vielfalt von Inhalten und Meinungen manche heraus zu filtern oder andere – gleich aus welchen (politischen oder wirtschaftlichen) Gründen – zu bevorzugen“⁸⁸, manche sprechen von privater „Zensur“ von Inhalten.⁸⁹ Und auch ohne die Unterstellung vorsätzlicher Manipulation gibt es Zweifel daran, ob eine durch Algorithmen an Präferenzen der Mehrheit oder jener von ähnlichen Nutzer*innen ausgerichtete Inhaltszusammenstellung nicht eine „Unwucht“ zulasten beliebter aber nicht unbedingt vielfaltsfördernder Inhalte entsteht.⁹⁰ Insbesondere an dieser Stelle tritt das Auseinandergehen von (wirtschaftlichen) Unternehmens- und (vielfältigen)

⁸⁴ *Meta*, Unser Ansatz für das Ranking (2022).

⁸⁵ So weist etwa YouTube auf die Möglichkeit des Missbrauchs genauerer Informationen über seine Algorithmen: „Eine genaue Kenntnis unserer Empfehlungsalgorithmen könnte am Ende von genau jenen Akteuren missbraucht werden, deren Inhalte eigentlich bekämpft werden sollen.“ (*Frank, Mythos „Rabbit Hole“* (2021)).

⁸⁶ Siehe etwa *Lada/Wang/Yan*, How machine learning powers Facebook’s News Feed ranking algorithm (2021) und *Koumchatzky/Andryeyev*, Using Deep Learning at Scale in Twitter’s Timelines (2017).

⁸⁷ Siehe auch unten, Teil 4 A. II. 3., S. 262 ff.

⁸⁸ *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 132 f. Siehe auch *Schwartzmann/Hermann/Mühlenbeck*, Eine Medienordnung für Intermediäre (2019), S. 498.

⁸⁹ Siehe etwa *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 316 ff., der insbesondere soziale Netzwerke einen „stark „zensur geprägten“ Raum“ nennt (*Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 321). Zu dieser Gefahr jenseits staatlicher Zensur siehe auch *Hoffmann-Riem*, Medienregulierung als objektiv-rechtlicher Grundrechtsauftrag (2002), S. 193.

⁹⁰ So die Argumentation von *Paal*, Intermediäre: Regulierung und Vielfaltssicherung (2018), S. 11 unter Verweis auf *Goldman*, Search Engine Bias and the Demise of Search Engine Utopianism (2006). Und auch das BVerfG (BVerfGE 149, 222 (261)) argumentiert entsprechend: Auf der Suche nach Massenattraktivität bestehe insbesondere bei digitalen Intermediären „die Gefahr, dass – auch mit Hilfe von Algorithmen – Inhalte gezielt auf Interessen und Neigungen der Nutzerinnen und Nutzer zugeschnitten werden, was wiederum zur Verstärkung gleichgerichteter Meinungen führt“.

Gemeinwohlinteressen im Rahmen der Inhaltsauswahl deutlich zutage.⁹¹ Dabei ist hervorzuheben, dass es für eine mögliche Schutzpflicht – die aus Perspektive möglicher Schäden an der Meinungsbildung zu prüfen ist – unerheblich ist, ob die Bedrohung inhaltlicher Vielfalt von Intermediären vorsätzlich herbeigeführt wird oder lediglich eine unbeabsichtigte Folge darstellt. Der Schaden an der Meinungsbildung tritt ja in jedem Falle ein.

Zweifelhaft erscheint hingegen die Warnung vor Vielfalteinbußen bei Intermediären dadurch, dass „lediglich diejenigen Inhalte [rezipiert würden], die durch den Algorithmus gut sichtbar platziert, d. h. bei Suchmaschinen in den oberen Reihen der ersten Ergebnistrefferseite und bei Social-Media-Angeboten auf den ersten Plätzen des Newsfeeds angezeigt werden“⁹². Dass die Platzierung der Inhalte enormen Einfluss auf deren Wahrnehmung hat, steht zwar außer Frage. Jedoch unterscheidet sich diese Selektion bestimmter Inhalte für besonders prominente Anzeigeplätze nur marginal von bereits bekannten Praktiken „klassischer“ Medien. So ist auch die Wahrscheinlichkeit, einen Zeitungsartikel zur Kenntnis zu nehmen, deutlich größer, wenn dieser auf der Titelseite abgedruckt und nicht im letzten Buch unter den Aktienkursen versteckt ist.

Will man unbedingt in dieser Sache einen Vergleich zu Presse und Rundfunk ziehen, ermöglicht die Technik sozialer Netzwerke vielmehr einen *Zuwachs* potentiell sichtbarer Vielfalt. Denn in Sozialen Medien gibt es – im Gegensatz zu begrenzten Sendeminuten und Seitenzahlen in Rundfunk und Presse – keine Inhalte, die aus Platzgründen *gar nicht* aufgenommen werden könnten.⁹³

Das Risiko für die Vielfalt ergibt sich somit weniger aus einer vermeintlichen Unauffindbarkeit bestimmter Inhalte als vielmehr aus der zuvor geschilderten Relevanzbewertung insgesamt. Denn sowohl soziale Netzwerke als auch „klassische“, journalistische Medien bewerten zwangsläufig Inhalte nach bestimmten Kategorien, um entscheiden zu können, welche Themen sie am oberen Ende des Newsfeeds beziehungsweise auf der Titelseite platzieren – und welche sie nach hinten sortieren oder gar „aus dem Blatt werfen“. Während sich Soziale Medien dabei jedoch primär an der Popularität eines Inhalts bei den individuellen Nutzer*innen orientieren, gehen bei klassischen Massenmedien auch weitere Kategorien in die Beurteilung des „Nachrichtenwerts“ mit ein, nämlich auch solche, die weniger die Präferenz der Einzelnen als vielmehr die Bedeutung für das soziale System insgesamt in den Blick

⁹¹ Siehe hierzu *Dreyer/Schulz*, Künstliche Intelligenz, Intermediäre und Öffentlichkeit (2019), S. 10.

⁹² *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 133 unter Berufung etwa auf *Paal*, Suchmaschinen, Marktmacht und Meinungsbildung (2012), S. 31 und die „threat of invisibility“ der hinteren Anzeigeplätze bei Facebook (*Bucher*, Want to be on the top? (2012), S. 1171) sowie, m. z. w. N. *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 330 ff.

⁹³ Dass diese technische Möglichkeit besteht, heißt freilich nicht, dass dadurch der Vielfalt genüge getan wäre. Mit Blick auf die anzeigbare Vielfalt weisen soziale Netzwerke daher „denselben eingeschränkten Meinungspolarismus auf, wie er in homogenen sozialen Gruppen der analogen Welt anzutreffen ist“ (*Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 333).

nehmen⁹⁴ – mitunter ist eine entsprechende qualitative Auswahl gar Teil der (auch Selbst-)Regulierung der medialen Klassiker.⁹⁵ Auf diese Weise erfolgt die Auswahl bei Presse und Rundfunk, zumindest im Idealfall, auch jenseits des Tellerrands der personalisierten Eindimensionalität der Relevanzbewertung sozialer Netzwerke.⁹⁶ Skepsis ist ebenfalls bei dem von Pariser eingeführten Begriff der Filterblase („filter bubble“) angebracht, der die Inhalte-Einfalt einer personalisierten Online-Erfahrung bezeichnet, in der Suchmaschinen und soziale Netzwerke jeder*jedem Nutzer*in ihre eigene, eingeschränkte Inhaltewelt kuratieren. Wo alle in ihrer Inhaltskomfortzone sitzen und der Medienkonsum in einem dauernden, individuellen *more of the same* besteht, so die Befürchtung, kann kein gemeinsamer, demokratischer Diskurs entstehen,⁹⁷ wie auch Sunstein für sein Konzept der Echokammern („echo chambers“⁹⁸) argumentiert. Diese These hat mit ihrer theoretischen Überzeugungskraft auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur verfangen,⁹⁹ weckt jedoch – worin sie der ebenfalls beliebten „Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft“ des Rundfunks ähnelt¹⁰⁰ – aus empirischer Sicht erhebliche Zweifel: Demnach verstärken Intermediäre zwar ideologische Standpunkte ihrer Nutzer*innen, allerdings setzen sie sie dabei verstärkt Positionen aus, mit denen die jeweilige Nutzer*innen *nicht* übereinstimmen.¹⁰¹ Zumindest mit Blick auf Such-

⁹⁴ Siehe ausführlich hierzu *Weber*, Nachrichtenwert (2016), S. 116 ff.

⁹⁵ Siehe *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 132.

⁹⁶ Ausführlich hierzu *Stark/Magin*, Neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit durch Informationsintermediäre (2019), S. 384 ff. Dass dank der zunehmenden Digitalisierung und der damit verbundenen „quantitativen Angebotsexplosion“ auch bei tradierten Medien sich die Vielfaltsdiskussion von „der NichtVerfügbarkeit verschiedenster Inhalte eher in Richtung einer qualitätsorientierten Analyse verschoben hat“, sei an dieser Stelle nur am Rande bemerkt (*Kühling*, Die Verantwortung der Medienintermediäre für den Schutz öffentlicher Kommunikationsräume (2021), S. 100). Auf die Frage nach inhaltlichen Qualitätsstandards wird an gegebener Stelle noch einzugehen sein, siehe unten unter Teil 4 A. II. 2., S. 253 ff.

⁹⁷ Siehe *Pariser*, The filter bubble (2011), S. 10 f.

⁹⁸ Siehe etwa *Sunstein*, #Republic (2018), S. 9 ff.

⁹⁹ Siehe etwa *Sorge*, Digitaler Bundestagswahlkampf 2021: Desinformation, „Microtargeting“ und „Social-Bots“ (2022), S. 41; *Kühling*, in: *Gersdorf/Paal*, BeckOK InfoMedienR, Art. 5 GG Rn. 99e; *Kühling*, Die Verantwortung der Medienintermediäre für den Schutz öffentlicher Kommunikationsräume (2021), S. 91 f.; *Kaiser/Reiling*, Meinungsfilter durch soziale Medien – und das demokratische Ideal der Meinungsvielfalt? (2019), S. 87 ff.; *Schemmel*, Soziale Netzwerke in der Demokratie des Grundgesetzes (2018), S. 507; *Hartl*, Suchmaschinen, Algorithmen und Meinungsmacht (2017), S. 69 ff.; *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 331 ff.

¹⁰⁰ Siehe oben, S. 197 f.

¹⁰¹ Siehe bereits *Flaxman/Goel/Rao*, Filter Bubbles, Echo Chambers, and Online News Consumption (2016), S. 298 ff.; ebenfalls die Meta-Auswertung empirischer Studien durch *Stark/Magin/Jürgens*, Maßlos überschätzt. Ein Überblick über theoretische Annahmen und empirische Befunde zu Filterblasen und Echokammern (2021); siehe auch Überblick und Einordnung bei *Stark et al.*, Are Algorithms a Threat to Democracy? (2020), S. 25 f.; *Pörksen*, Die Theorie der Filterblasen ist nicht länger haltbar (2018). Hierzu aus kommunikationswissenschaftlichem Blickwinkel etwa *Lobigs/Neuberger*, Meinungsmacht im Internet und die Digitalstrategien von Medienunternehmen (2018), S. 75 sowie aus juristischer Perspektive

maschinen, so Bruns, scheine aus der Filterblasenidee die Luft raus zu sein – und auch bei sozialen Netzwerken sei das Konzept mindestens umstritten, „with various studies both supporting and denying [its] existence“¹⁰².

Doch wie schon bei dem vermuteten, besser: vermeintlichen Risikopotenzial des Rundfunks tun die empirischen Zweifel der Beliebtheit des Konzepts keinen Abbruch. So konstatieren zahlreiche Autor*innen auch nach Auseinandersetzung mit der fehlenden oder widersprechenden Empirie: „Das Szenario der Filter Bubble ist auf *theoretischer* Ebene plausibel und geht an den Kern des Prozesses öffentlicher Meinungsbildung.“¹⁰³ Und auch das Bundesverfassungsgericht warnt davor: entsprechende „Angebote sind nicht auf Meinungsvielfalt gerichtet, sondern werden durch einseitige Interessen oder die wirtschaftliche Rationalität eines Geschäftsmodells bestimmt“¹⁰⁴.

Auch ohne Filterblasen: Betrachtet man die möglichen Auswirkungen der Inhaltsmechaniken der Intermediäre auf Vielfalt in der öffentlichen Meinungsbildung, so wird deutlich: Diese Mediengattung hat einerseits enormen (und weiter zunehmenden) Einfluss auf die Meinungsbildung, ohne andererseits jedoch binnenpluralistische Sicherungsmechanismen erkennen zu lassen.¹⁰⁵ Dabei ist zwar nicht auszuschließen, dass die derzeitige Inhaltauswahl der Unternehmen binnenpluralistische Züge trägt. Dabei handelt es sich jedoch um nicht mehr als eine bloße

Mafi Gudarzi, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken (2022), S. 122 ff.; *Cornils*, Vielfaltssicherung bei Telemedien (2018), S. 381 m. w. N. Für Lüdemann ist das Filterblasen-Phänomen ein „plastisches Beispiel für den eher schwankenden Umgang mit rechtsexternen Einsichten“ (*Lüdemann*, Warum und wie reguliert man digitale Informationsintermediäre?, S. 15). Ähnliches gilt für die vermeintlichen Effekte sogenannter Social Bots, siehe kritisch hierzu *Klinger*, Social Bots: Realität digitaler Öffentlichkeit (2019); *Gallwitz/Krell*, Die Mär von „Social Bots“ (2019).

¹⁰² *Bruns*, Filter bubble (2019), S. 3 m. w. N. Siehe aus juristischer Perspektive *Ingold*, Meinungsmacht des Netzes (2020), S. 83 f.; *Ingold*, Digitalisierung demokratischer Öffentlichkeiten (2017), S. 509 f.

¹⁰³ *Hartl*, Suchmaschinen, Algorithmen und Meinungsmacht (2017), S. 70, Herv. d. Verf. Ähnlich *Heidtke*, demzufolge Filterblasen „nach derzeitigem Forschungsstand zwar wohl mehr noch abstraktes Gefahrenszenario als gegenwärtige (konkrete) Gefahr, aber zugleich für die Zukunft durchaus plausibel und daher ernst zu nehmen“ sind (*Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre, S. 143).

¹⁰⁴ BVerfGE 149, 222 (261 f.).

¹⁰⁵ Ähnliches Risikopotenzial skizziert auch *Dörr*, Die Meinungsmacht der Intermediäre (2019), ebenso *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages*, Regulierung von Intermediären. Möglichkeiten und Auswirkungen der Regulierung im Hinblick auf Medienvielfalt (WD 10-3000-062/18) (2018). Siehe auch *Mafi Gudarzi*, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken (2022), S. 113 f.; *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 131 ff. *Paal* spricht in Anlehnung an die Rundfunk-Beschreibung des Bundesverfassungsgerichts von Intermediären als „nicht nur Medium, sondern auch Faktor der [...] Meinungsbildung“ und betrachtet zum Schutz der Vielfalt eine „vielfaltssichernde Generalklausel“ als geboten (*Paal*, Vielfaltssicherung bei Intermediären (2018), S. 567, 570). Zur Übertragung der „Medium und Faktor“-Bezeichnung auch auf digitale Medien siehe auch *Wagner*, Kommunikation in sozialen Medien und Grundrechte (2022), S. 862.

Hoffnung: Die Tatsache, dass Phänomene wie Filterblasen und Echokammern in Studien keine empirische Basis finden, bedeutet im Umkehrschluss nicht, dass Intermediäre deshalb eine auf Vielfalt ausgerichtete Inhaltszusammenstellung betreiben oder die öffentliche Meinungsbildung nicht aus anderen Gründen durch sie gefährdet wäre.¹⁰⁶ Vielmehr erschwert die besondere Intransparenz der intermediären Kuratierungsmaßstäbe die Einschätzung zusätzlich.¹⁰⁷

Wie einst beim Rundfunk, so steht auch bei Intermediären ein einerseits potenziell großer und negativer Einfluss auf die Vielfalt der Meinungsbildung einer andererseits ebenso großen Unsicherheit darüber gegenüber, ob sich diese schädlichen Auswirkungen tatsächlich realisieren. Mehr noch als beim Rundfunk jedoch erscheint dabei die Quelle der Unsicherheit selbst als Risiko: Denn durch die Personalisierung gestaltet sich die Bewertung der inhaltlichen Vielfalt schwierig bis unmöglich. Vor der Entscheidung, ob die Gefahr personalisierter Einfalt eine Schutzpflicht des Staates auslöst, erscheint somit in erster Linie ein Eingreifen zum Zwecke der besseren Tatsachenkenntnis vonnöten.¹⁰⁸ Doch nicht nur die *Zusammenstellung* der Inhalte durch Intermediäre bedeutet ein Risiko. Bereits die *Inhalte selbst* können eine Gefahr für die Meinungsbildung darstellen, wie die folgenden Seiten zeigen sollen.

2. Inhaltsqualität

Mit der besonderen Bedeutung der Medien für die Meinungsbildung und ihrer verfassungsrechtlich hervorgehobenen Stellung korrespondieren, wie dargestellt,¹⁰⁹ seit jeher besondere – auch verfassungsrechtliche – Rechte und Pflichten. Gerade mit Blick auf medialen Qualitätsanspruch und journalistische Sorgfalt hat sich hier ein „Sonderrecht für Medien“¹¹⁰ herausgebildet, das medienrechtliche Privilegien an die Sorgfaltspflicht als „Korrelat zur öffentlichen Aufgabe der Medien“¹¹¹ zurückbindet.

Im Bereich digitaler Intermediäre ist ein so deutlicher Zusammenhang zwischen öffentlicher Aufgabe und Sorgfaltspflicht faktisch nicht mehr gegeben.¹¹² Der Grund dafür ist simpel: Bei einem Großteil der mittels Intermediäre verbreiteten Inhalte handelt es sich nicht um Journalismus. Das besondere Potenzial digitaler Intermediäre besteht vielmehr gerade darin, Inhalten Dritter ohne besonderes Ansehen ihrer „Qualität“ oder ihres Ursprungs und allein aufgrund ihrer (algorithmisch vermute-

¹⁰⁶ Im Ergebnis ebenso, wenn auch unter starkem Bezug auf Filterblasen- und Echokamereffekte, *Mafi Gudarzi*, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken (2022), S. 140 ff.

¹⁰⁷ Siehe zu weiteren Risiken der Intransparenz auch unten unter Teil 4 A. II. 3., S. 262 ff.

¹⁰⁸ Siehe hierzu bereits oben unter Teil 3 C. IV. 1., S. 207 f.

¹⁰⁹ Siehe oben unter Teil 2 A. IV., S. 44 ff., sowie Teil 2 E. IV., S. 112 ff.

¹¹⁰ *Beater*, Medienrecht (2016), Rn. 1198.

¹¹¹ *Beater*, Medienrecht (2016), Rn. 1199.

¹¹² Siehe etwa *Lobigs*, Plattform-Revolution der öffentlichen Kommunikation und Krise der Vermittlung aus institutionenökonomischer Perspektive (2020), S. 155, 179.

ten) Relevanz für die*den jeweilige*n Rezipient*in potenziell unbegrenzte Reichweite zu verschaffen.¹¹³

Solche nicht-journalistischen Inhalte können dabei einerseits vollkommen harmlos sein – man denke an Urlaubsfotos oder eine erfolgreiche Disputation. Von manchen geht andererseits eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Meinungsbildung aus – etwa Hassrede oder gar Desinformation, die schlimmstenfalls wiederum den Anschein von Journalismus erweckt. Die Auswirkungen dieser verschiedenen nicht-journalistischen Inhalte auf die Meinungsbildung unterscheiden sich teils erheblich.¹¹⁴ Die Aufmerksamkeitsoptimierung der Algorithmen digitaler Intermediäre jedoch ist für eine solche Unterscheidung grundsätzlich blind.¹¹⁵ In der Folge haben digitale Intermediäre damit zwar einen enormen Einfluss auf Verbreitung und Reichweite einzelner Inhalte, den sie allerdings ganz unabhängig von deren jeweiligem Beitrag zur (oder Gefahr für die) Meinungsbildung ausüben. Der aus den klassischen Massenmedien bekannte Zusammenhang zwischen dem Privileg medialer Öffentlichkeit und journalistischer Sorgfalt geht damit verloren.¹¹⁶

Damit soll nicht gesagt werden, dass sich auf Intermediären *gar keine* qualitätsjournalistischen Inhalte fänden. Jedoch gehören etwa YouTube-Videos öffentlich-rechtlicher Fernsehsender oder Facebook- und Twitter-Posts „klassischer“ Zeitungen nicht zu den ursprünglichen Inhalten auf Intermediären. Sie markieren vielmehr eine Ausweichbewegung klassischer Medien, deren Engagement in sozialen Netzwerken ein Versuch ist, dort das Publikum zu erreichen, das nicht mehr für die Tagesschau den Fernseher anschaltet oder eine Zeitung am Kiosk kauft.¹¹⁷

Dabei täten gerade auf digitalen Intermediären journalistisch-redaktionelle Qualitätsinhalte Not, argumentiert das Bundesverfassungsgericht: Die dortige Verbreitungslogik „führt zu schwieriger werdender Trennbarkeit zwischen Fakten und Meinung, Inhalt und Werbung sowie zu neuen Unsicherheiten hinsichtlich Glaubwürdigkeit von Quellen und Wertungen. Der einzelne Nutzer muss die Verarbeitung und die massenmediale Bewertung übernehmen, die herkömmlich durch den Filter

¹¹³ Siehe hierzu auch *Kühling*, Die Verantwortung der Medienintermediäre für den Schutz öffentlicher Kommunikationsräume (2021), S. 89 f., der argumentiert, aus diesem Grund sei „auch nicht Aufgabe der Medienintermediäre, für ein vielfältiges Angebot zu sorgen, da sie selbst definitionsgemäß nicht primär als Inhalteproduzenten und redaktionelle Steuerer agieren“ (*Kühling*, Die Verantwortung der Medienintermediäre für den Schutz öffentlicher Kommunikationsräume (2021), S. 101).

¹¹⁴ Dazu, dass die Vorstellung der „Internetöffentlichkeit als Idealöffentlichkeit“ ohnehin eine Wunschvorstellung ist, siehe *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 77 ff.

¹¹⁵ Dass die Dienste inzwischen vereinzelt versuchen, gegen bestimmte schädliche Inhalte vorzugehen, ändert dabei nichts an ihrer grundsätzlichen Indifferenz gegenüber Inhalten verschiedener (journalistischer) Qualität. Siehe näher hierzu unten, S. 259.

¹¹⁶ So auch *Paal/Hennemann*, Meinungsbildung im digitalen Zeitalter (2017), S. 641 f.

¹¹⁷ Lobigs spricht insofern von einer „Verdrängung und De-Institutionalisierung des Journalismus“ durch die Intermediäre (*Lobigs*, Plattform-Revolution der öffentlichen Kommunikation und Krise der Vermittlung aus institutionenökonomischer Perspektive).

professioneller Selektionen und durch verantwortliches journalistisches Handeln erfolgt“ sind.¹¹⁸

Gleichzeitig beeinflussen die Mechanismen sozialer Netzwerke auch Aufmachung und Substanz der dort (potenziell) teilbaren journalistischen Inhalte¹¹⁹ – häufig zugunsten einer „Boulevardisierung und Emotionalisierung“¹²⁰ und zum Nachteil ihrer Informationsqualität.¹²¹ Verweigern sich traditionelle Medienakteure hingegen den neuen Distributionslogiken, droht ihnen der Verlust ganzer Altersgruppen ihres Publikums.¹²²

Dass journalistische Qualität kein Kriterium für die Zulassung von Inhalten auf digitalen Intermediären darstellt, heißt derweil nicht, dass die Dienste als Gatekeeper gar keine inhaltlichen Anforderungen stellten oder gar einen „rechtsfreien Raum“¹²³ bildeten. Im Gegenteil: Auch Facebook & Co verwehren – anhand umfassender eigener Standards – bestimmten Inhalten den Zugang zu ihren Plattformen. Diese *virtuellen Hausregeln*, in der Praxis „Community-Richtlinien“¹²⁴, „Regeln und Richtlinien“¹²⁵ oder „Gemeinschaftsstandards“¹²⁶ genannt, bilden die Grenzen des auf Intermediären inhaltlich Zulässigen. Über diese Hausregeln hinaus definiert nur das deutsche (Straf-)Recht, gewissermaßen als Auffangnorm, die Grenzen des online Sagbaren.¹²⁷

¹¹⁸ BVerfGE 149, 222 (262). In dieser Situation, so das Gericht an selber Stelle, wachse etwa die Bedeutung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und seiner Aufgabe, „ein vielfalt-sicherndes und Orientierungshilfe bindendes Gegengewicht zu bilden“. Diese jüngste Rechtsprechung ist insofern bemerkenswert, als sie die neue Verantwortung der Rezipient*innen als Risiko darstellt, die im Digitalen selbst jene Tätigkeiten übernehmen müssen, die in „klassischen“ Medien durch Journalist*innen erfolgt.

¹¹⁹ Siehe etwa *Puppis*, Governance der Vermittlung öffentlicher Kommunikation (2020), S. 194.

¹²⁰ *Jarren/Fischer*, Die Plattformisierung von Öffentlichkeit und der Relevanzverlust des Journalismus als demokratische Herausforderung (2021), S. 374 f.

¹²¹ So unter Auswertungen verschiedener kommunikationswissenschaftlicher Studien *Stark/Magin*, Neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit durch Informationsintermediäre (2019), S. 391 ff.; ebenfalls zur Interaktion zwischen Internet und „traditionellen Massenmedien“: *Hoffmann-Riem*, Regelungsstrukturen für öffentliche Kommunikation im Internet (2012), S. 514 ff.

¹²² Siehe *Jarren/Fischer*, Die Plattformisierung von Öffentlichkeit und der Relevanzverlust des Journalismus als demokratische Herausforderung (2021), S. 374.

¹²³ Eine Feststellung, die auch nach Jahren intensiver regulatorischer Beschäftigung mit dem Thema seitens der Politik offenbar nicht oft genug wiederholt werden kann, siehe etwa *Bundesregierung der Bundesrepublik Deutschland*, Bundesjustizministerin: „Das Internet ist kein rechtsfreier Raum“ (2021). Leider hat er inzwischen auch Eingang in die akademische Literatur gefunden, etwa *Mitsch*, Soziale Netzwerke und der Paradigmenwechsel des öffentlichen Meinungsbildungsprozesses (2019), S. 814.

¹²⁴ *TikTok*, Community-Richtlinien (2022); *YouTube*, Community-Richtlinien (2023).

¹²⁵ *Twitter*, Regeln und Richtlinien (2022).

¹²⁶ *Facebook*, Facebook-Gemeinschaftsstandards (2023).

¹²⁷ Zur Herausforderung der Rechtsdurchsetzung siehe unten unter Teil 4 B. I., S. 282 ff.

Gerade verglichen mit dem Einfluss deutschen Rechts fällt dabei die enorme faktische Bedeutung privater Hausregeln ins Auge: Von den 244 Inhalten beispielsweise, die YouTube im zweiten Halbjahr 2021 im Schnitt *jeden Tag* aufgrund von gemeldeten Verstößen gegen das NetzDG entfernte, löschte das Unternehmen nur acht (also etwa drei Prozent) aufgrund eines Verstoßes gegen deutsches Recht – und 236 unter Berufung auf seine eigenen Community-Richtlinien.¹²⁸ Diese private Rechtssetzung der Unternehmen – sämtliche Community Standards sind Teil der AGB¹²⁹ – unterminiert zwar nicht die Geltung deutscher Gesetze. Doch ihr *tat-sächlicher* Einfluss auf Inhalte und damit auf die Meinungsfreiheit online ist derzeit ungleich größer als jener der staatlich gesetzten Normen.¹³⁰

Wenn sich die selbstgesetzten Regeln der Intermediäre jedoch, wie dargelegt, nicht primär an journalistischer Qualität orientieren: woran dann? Für die Unternehmen steht nicht die Bedeutung einer demokratischen Öffentlichkeit, sondern vielmehr die Geschäftsmodell-getriebene Frage im Vordergrund, welcher kommunikative Mindeststandard nötig ist, um ihren Nutzer*innen eine als möglichst angenehm empfundene Nutzungserfahrung bieten zu können, ohne dabei über Gebühr ihre Äußerungen zu moderieren.¹³¹ Dabei gehen die Hausregeln vor allem in zwei Bereichen über strafrechtlich bewehrte Aussagen hinaus:

Sie betreffen einerseits kommunikative Unflätigkeiten wie etwa Rassismus, Mobbing, Spam sowie Inhalte, die Suizidgeandenken und Selbstverletzung enthalten – sogenannte „*awful but lawful*“-Inhalte, die zwar von der Meinungsfreiheit gedeckt und nach staatlichem Recht legal sind, von denen aber dennoch potenziell mehr Schaden als Nutzen für den Diskurs auf digitalen Plattformen¹³² ausgeht.¹³³ Andererseits wenden sich die Netzwerke in ihren Regeln auch gegen Inhalte, die von einer Gefahr für den öffentlichen Diskurs weit entfernt sind. Dazu gehören etwa rigide

¹²⁸ Quelle: *YouTube*, Entfernungen von Inhalten nach dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz – Google Transparenzbericht (2022); eigene Berechnungen.

¹²⁹ Siehe zuletzt BGH, III ZR 179/20 v. 29.07.2021, Rn. 32 sowie III ZR 192/20 v. 29.07.2021, Rn. 44. Ausführlich hierzu *Lutzi*, Plattformregulierung durch AGB-Kontrolle? (2021).

¹³⁰ Diesen Umstand nutzt etwa *Schwartmann* für den Vorschlag, durch staatlich vorgegebene „MusterAGB“ die inhaltlichen Vorgaben der privat gesetzten Intermediärsregeln mit Hilfe von Haftungsprivilegierungen zu beeinflussen, siehe Muster-AGB für Meinungsneutralität, S. 135 ff. Ähnlich unter dem Begriff „Regulierung durch Privatrecht“: *Ladeur/Gostomzyk*, Das Medienrecht und die Herausforderung der technologischen Hybridisierung (2018), S. 692.

¹³¹ Bei diesem Satz handelt es sich wohlgemerkt um eine Feststellung, nicht um eine Wertung.

¹³² Wobei sich „Schaden für den Diskurs“ aus Plattform-Perspektive schlicht an der Verweildauer der Nutzer*innen und damit an der möglichen Monetarisierung orientieren dürfte.

¹³³ Siehe auch *Knoke/Krüger*, in: *Gersdorf/Paal*, BeckOK InfoMedienR, NetzDG § 3 Rn. 16.

Regeln zu nackter Haut¹³⁴ oder die Einschränkung von Inhalten, die Begriffe wie „Auschwitz“, „LGBTQI“ oder „Sklaven“ enthalten.¹³⁵

Von dieser Praxis privat gesetzter Diskursregeln gehen zwei zusätzliche Gefahren für die Meinungsfreiheit aus. Sie betreffen erstens die Machtstellung der Intermediäre (*dass sie Regeln setzen*) sowie zweitens deren Folgen für die Inhalte (*welche Regeln sie setzen*).

Zunächst weist die einseitige Regelsetzung erneut auf die enorme Machtposition der Intermediäre hin. Diese ist bereits in der Auseinandersetzung mit Vielfaltsfragen aufgezeigt worden.¹³⁶ Sie tritt jedoch mit Blick auf die Hausregeln noch deutlicher in Form eines unmittelbaren Einflusses auf die Meinungsäußerungsfreiheit der Nutzer*innen hervor: Wer bestimmte Inhalte von vornherein vom Diskurs ausschließt, hält auf diese Weise zahlreiche Nutzer*innen unmittelbar von der Ausübung ihrer Meinungsfreiheit ab. Vor diesem Hintergrund haben sich Rechtswissenschaft und Gerichte bereits ausführlich damit auseinandergesetzt, ob sich aus genannter Machtstellung der Intermediäre gegenüber ihren Nutzer*innen nicht eine besondere Verpflichtung in Form einer mittelbaren Drittirkung der Grundrechte ergibt.¹³⁷ Jedoch spielt sich diese Gefahr im individuellen Verhältnis zwischen dem Intermediär und einer einzelnen Nutzer*in ab. Eine solche mögliche Drittirkungsdi-

¹³⁴ Hierzu etwa *Eifert*, Rechenschaftspflichten für soziale Netzwerke und Suchmaschinen (2017), S. 1452, demzufolge sich „Facebook ausdrücklich an eher restriktiven kulturellen Praxen [orientiert]“. So verstießen Malereien von Rubens aufgrund von zu viel Haut lange Zeit gegen Facebooks Nacktheitsregeln (*Költzsch*, Facebook und Nacktheit (2018)).

¹³⁵ Siehe *Eckert* et al., TikTok nutzt in Deutschland Wortfilter (2022). Von den genannten Regeln sind wohlgerne solche Fälle zu unterscheiden, in denen es lediglich zur falschen Anwendung der Regeln kommt. Dabei geht es nicht um jene im Nachhinein korrigierten Fälle, in denen die ohnehin rigiden Regeln fehlerhaft angewendet werden – wenn Facebook etwa ein Foto von Zwiebeln als „eine offenkundig sexuelle Darstellung“ einstuft (*Kennedy*, Peeled back: „Overly sexual“ onions get Facebook reprieve (2020)). Siehe hierzu ausführlich unten unter Teil 4 A. II. 4., S. 268 ff.

¹³⁶ Siehe oben unter Teil 4 A. II. 1., S. 245 ff.

¹³⁷ In zahlreichen Verfahren haben sich bereits diverse Unter- und Instanzgerichte mit der Frage beschäftigt, ob und unter welchen Umständen soziale Netzwerke (meist: Facebook) an die Meinungsfreiheit ihrer Nutzer*innen gebunden sein könnte (siehe etwa im Überblick *Tuchfeld*, Marktplätze, soziale Netzwerke und die BVerfG-Entscheidung zum „III. Weg“ (2019)). Auch das BVerfG hat in seiner *Rechtauf-Vergessen-I*-Entscheidung, bereits mit Bezug auf digitale Intermediäre, deutlich gemacht, dass „[j]e nach Umständen, insbesondere wenn private Unternehmen [...] die Bereitstellung schon der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation selbst übernehmen, [...] die Grundrechtsbindung Privater einer Grundrechtsbindung des Staates im Ergebnis vielmehr nahe- oder auch gleichkommen“ kann (BVerfGE 152, 152 (191)). Der BGH hat zwar in zwei Urteilen unter Verweis auf genannte BVerfG-Entscheidung festgestellt, eine derart herausgehobene Stellung habe Facebook derzeit noch nicht (BGH, III ZR 179/20 v. 29.07.2021, Rn. 59 sowie III ZR 192/20 v. 29.07.2021, Rn. 71; siehe zur Einordnung etwa *Mörsdorf*, Beitragslöschungen und Kontensperrungen nach den „Hausregeln“ sozialer Netzwerke (2021); umfassend zum Drittirkungskontext auf sozialen Netzwerken statt vieler *Friehe*, Löschen und Sperren in sozialen Netzwerken (2020).). Eine entsprechend explizite Entscheidung des BVerfG steht hingegen noch aus.

mension unterscheidet sich damit, wie bereits dargelegt,¹³⁸ von einer sich aus dem Einfluss digitaler Intermediäre auf die Meinungsbildungsfreiheit *insgesamt* ergebenden Schutzpflicht. In den Worten Dankerts: „Der von einem Individualschutz geprägte Ansatz der Grundrechtswirkung könnte zwar im individuellen Verhältnis von Nutzer und Facebook geltend gemacht werden, die tatsächliche Dimension der Macht durch normative Technologie bleibt aber bestehen.“¹³⁹ Bei der vorliegenden Diskussion einer möglichen Schutzpflicht geht es jedoch gerade nicht um die Aspekte des Individualschutzes, sondern um die grundsätzlichen Auswirkungen eben jener „tatsächlichen Dimension der Macht durch normative Technologie“.

Diese grundsätzliche Dimension kommt in der zweiten Gefahr zum Tragen, die sich aus der Hausregelsetzung der sozialen Netzwerke für die Meinungsfreiheit ergibt. Denn der Verzicht auf journalistisch-redaktionelle Qualitätskriterien in den Hausregeln und ihre Optimierung auf Verweildauer und Werbeumsatz¹⁴⁰ führen zwangsläufig zu einer von tradierten Massenmedien fundamental verschiedenen Inhaltauswahl und -qualität – „Qualität“ dabei verstanden als Inhalte, die auf konstruktive, gesellschaftsrelevante Interaktion gerichtet sind.¹⁴¹ Diese mangelnde Qualität, so befürchtet mancher, entwickle sich zu einem strukturellen Problem der Meinungsbildung online, gar zu „Dysfunktionalitäten sozialer Medien“¹⁴², schließlich sei „[i]m Hinblick auf die politische Öffentlichkeit [...] Qualität [...] von zentraler Bedeutung, gilt es doch den Bürger zu befähigen, sachkundig an Wahlen und öffentlichen Auseinandersetzungen teilzunehmen“¹⁴³.

Nun muss nicht jeder mediale Inhalt auf Sachkunde und demokratische Befähigung der Bürger*innen ausgerichtet sein. Der genannten Befürchtung wäre daher schnell begegnet, spräche man sozialen Netzwerken eine schlichte Unterhaltungsrolle am äußersten Rande politischer Öffentlichkeit zu – ähnlich etwa Musikvideos oder romantischen Komödien im Vorabendfernsehen. Jedoch belegt, unabhängig von solchen theoretischen Überlegungen, die Empirie, dass soziale Netzwerke eine zunehmende Bedeutung gerade im Rahmen „informierender Nutzung“ einneh-

¹³⁸ Siehe oben unter Teil 3 C. VII., S. 223 ff.

¹³⁹ *Dankert*, Normative Technologie in sozialen Netzwerkdiensten – Neue Machtstrukturen als Anreiz für einen Paradigmenwechsel der Kommunikationsregulierung? (2015), S. 59. Ebenso *De Gregorio*, Digital Constitutionalism in Europe (2022), S. 30.

¹⁴⁰ Siehe hierzu und zu Fragen der an Emotionalisierung orientierten Anreizsysteme *Mafi Gudarzi*, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken (2022), S. 110 ff.

¹⁴¹ Im Gegensatz zu den tradierten Massenmedien haben sich bei Intermediären „noch keine vergleichbaren institutionalisierten Strukturen der Selbstreflexion und Selbstkontrolle herausgebildet, wie es sie im Journalismus gibt“ (*Schmidt* et al., Zur Relevanz von Online-Intermediären für die Meinungsbildung (2017), S. 30).

¹⁴² So nach einer Analyse verschiedener Funktionsstörungen des Meinungsbildungsprozesses durch soziale Medien: *Wagner*, Kommunikation in sozialen Medien und Grundrechte (2022), S. 864 f.

¹⁴³ *Holznagel*, Meinungsbildung im Internet (2011), S. 209.

men.¹⁴⁴ Angesichts dieses steigenden Einflusses von Intermediären auf den öffentlichen, informierten Diskurs unserer demokratischen Gesellschaft erscheint die fundamentale Veränderung medialer Inhaltsstandards durchaus als Risiko.

Wie sich dieses Risiko schlimmstenfalls verwirklichen kann, zeigt sich am Beispiel der russischen Einmischung in die US-Präsidentenwahl 2016. Die in St. Petersburg ansässige *Internet Research Agency* (IRA), eine „Trollfabrik“ mit Verbindungen zur russischen Regierung, hatte damals im großen Stil Facebook, Twitter, Instagram und YouTube dafür genutzt, gesellschaftliche Konflikte innerhalb der USA zu befeuern, Vertrauen in demokratische Institutionen zu beschädigen und zugunsten des damaligen Präsidentschaftskandidaten Donald Trump Stimmung zu machen.¹⁴⁵ In diesem Kontext hatte somit die ungefilterte Verbreitbarkeit von *lawful but awful* Inhalten auf sozialen Netzwerken potenziell direkte (negative) Auswirkungen auf den öffentlichen Diskurs in der amerikanischen Demokratie.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Siehe bereits oben, Teil 4 A. II. 1., S. 245, sowie *Die Medienanstalten*, Intermediäre und Meinungsbildung (2021), S. 21.

¹⁴⁵ Zur grundsätzlichen Gefahr für die Demokratie etwa *Wagner*, Kommunikation in sozialen Medien und Grundrechte (2022), S. 862; *Kühling*, „Fake News“ und „Hate Speech“ (2021), S. 461 ff.; *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 356 ff. Mit Blick auf die dahinterstehende Frage der Regulierung von Wahrheit und medialem Vertrauen etwa *Hermstrüver*, Wahrheit als Regelungsproblem (2021), S. 151 ff. Vor diesem Hintergrund regte auch die Europäische Kommission im Vorfeld der Europawahlen 2019 einen Aktionsplan gegen Desinformation an, dessen zentraler Bestandteil ein Verhaltenskodex für große Online-Intermediäre bildete (05.12.2018, JOIN(2018) 36 final). Auch deutschen politischen Akteur*innen gab diese Entwicklung Grund zur Sorge, siehe etwa *Künast*, Regeln für Wahlkämpfe im digitalen Zeitalter (2019), S. 63 ff. Zu den US-Fällen im Detail *DiResta et al.*, The Tactics & Tropes of the Internet Research Agency (2019), S. 4 ff.; *Howard et al.*, The IRA, Social Media and Political Polarization in the United States, 2012–2018 (2018), passim, insb. S. 3. Ein demokratisches Risiko kann im Übrigen nicht nur von sozialen Netzwerken ausgehen, sondern sogar von Online-Handelsplattformen, wie Recherchen zur Verbreitung von Verschwörungsliteratur in den Empfehlungssystemen von Amazon zeigen (siehe *Meineck/Laufer*, Desinformation: So penetrant empfiehlt Amazon den Kauf von Verschwörungsliteratur (2020)).

¹⁴⁶ Vor diesem Hintergrund haben nicht zuletzt die sozialen Netzwerke selbst die Verbreitung von Desinformation als Problem erkannt und Maßnahmen zu deren Eindämmung ergriffen. So arbeitet Meta mit verschiedenen externen Faktenchecker*innen zusammen und lässt von ihnen ausgewählte zweifelhafte Inhalte überprüfen, um gegebenenfalls etwa mit einer Kennzeichnung des Inhalts oder dessen reduzierten Verbreitung reagieren zu können (siehe *Meta*, Facebooks Maßnahmen nach der Bewertung durch Faktenprüfer (2022)). Auch Twitter wandte sich bis zur folgenschweren Übernahme durch Elon Musk mit Verbreitungseinschränkungen und Warnhinweisen gegen „irreführende Informationen“ zu bestimmten Themen wie bewaffneten Konflikten oder Covid-19 (siehe *Twitter*, Richtlinie zu irreführenden Informationen über COVID-19 (2021)). YouTube und Google gehen nach eigenen Angaben ebenfalls mit Faktenchecks – in einer Kooperation mit der Deutschen Presse-Agentur – gegen Desinformation vor, sei es durch Löschungen einzelner Videos, Informationstafeln oder eingeschränkte Verbreitung (siehe *Sonnenfeld*, Wie Google und YouTube im Wahljahr gegen Fehlinformationen vorgehen (2021)). Trotz aller Bemühungen der Netzwerke, Maßnahmen gegen irreführende und potenziell gefährliche Inhalte zu ergreifen: In der Bewertung der Effektivität solcher Maßnahmen sind sich Expert*innen uneins, siehe etwa die Überblicke bei

Es wäre jedoch ein Fehler, daraus plump eine direkte kausale Verbindung zwischen Desinformation auf sozialen Netzwerken und demokratischer Destabilisierung zu folgern.¹⁴⁷ Denn das Risiko für die Meinungsbildung ist nicht in erster Linie Desinformation. Diese ist vielmehr „das Symptom und nicht die Ursache“¹⁴⁸ einer viel tiefergreifenden Herausforderung. Das Schädigungspotenzial von Desinformation in sozialen Netzwerken ist eine von vielen Folgen eines systematischen Wandels öffentlicher Kommunikation, der mit einem Bedeutungsverlust alter Gatekeeper (Journalismus in Presse und Rundfunk) und dem Aufkommen neuer Gatekeeper (digitale Intermediäre) einhergeht. Dieser Wandel führt dazu, dass sich elementare Mechanismen des öffentlichen Diskurses, etwa der Fluss von Informationen und die Verteilung von Aufmerksamkeit, durch geänderte Zugangsregeln der neuen Gatekeeper grundlegend verändern und Inhalte aufgrund sinkender und anderer Qualitätsstandards mediale Reichweite erhalten.¹⁴⁹

Die bereits empirisch nachweisbaren Auswirkungen dieses Wandels sind derweil nur die Spitze des Eisbergs. Unter der sprichwörtlichen Wasseroberfläche ruht der größere, wenn auch noch unbekannte Teil der fundamentalen Veränderungen unseres Kommunikationssystems durch die zunehmende Bedeutung digitaler Intermediäre. Und es sind diese systemischen Veränderungen – nicht ihre Symptome wie Desinformation in sozialen Netzwerken –, die die eigentliche Wurzel des Risikos für die öffentliche Meinungsbildung darstellen.¹⁵⁰

Sorge, Digitaler Bundestagswahlkampf 2021: Desinformation, „Microtargeting“ und „Social-Bots“ (2022), S. 43 f.; *Tompkins*, Is fact-checking effective? (2020); *Hegemann*, Faktencheck: Falsch, Mr. President! (2020); *Sängerlaub*, Feuerwehr ohne Wasser? (2018).

¹⁴⁷ Dass eine solche These empirisch ausgesprochen schwierig zu unterlegen ist, sei an dieser Stelle nur am Rande angemerkt, siehe etwa *Jungherr/Rivero/Gayo-Avello*, Retooling Politics (2020), S. 131 sowie die empirische Skepsis zu den tatsächlichen Effekten von Desinformation bei der US-Präsidentenwahl 2016 bei *Eady* et al., Exposure to the Russian Internet Research Agency foreign influence campaign on Twitter in the 2016 US election and its relationship to attitudes and voting behavior (2023). Auch tätigt eine solch pauschale Schlussfolgerung schon dem sonstigen demokratischen Potenzial der Intermediäre Unrecht, deren Einfluss auch konstruktiv, etwa zur Erhöhung der Wahlbeteiligung, genutzt werden kann, siehe etwa die Auswertung entsprechender empirischer Studien bei *Schmidt* et al., Zur Relevanz von Online-Intermediären für die Meinungsbildung (2017), S. 30.

¹⁴⁸ *Jungherr/Schroeder*, Disinformation and the Structural Transformations of the Public Arena (2021), S. 2, Übers. d. Verf.; zustimmend *Iglesias Keller*, Don't Shoot the Message (2021), S. 491 f.

¹⁴⁹ Siehe *Jungherr/Schroeder*, Disinformation and the Structural Transformations of the Public Arena (2021), S. 4. Zur Perspektive neuer staatlicher Qualitätsregeln für den Online-Diskurs siehe umfassend *Schimmele*, Staatliche Verantwortung für diskursive Integrität in öffentlichen Räumen (2020), S. 109 ff.

¹⁵⁰ Dennoch fokussiert sich die öffentliche (und auch: rechtspolitische) Diskussion vor allem auf die genannten Symptome dieser Veränderung. So wandte sich das NetzDG in seiner Urform vor allem gegen bestimmte illegale Inhalte; ähnlich hat der Verhaltenskodex für Desinformation der EU primär den Kampf gegen Desinformation zum Ziel. Hiervor jedoch warnen Jungherr/Schroeder zu Recht. Denn dieser Fokus auf die unmittelbar sichtbaren Auswirkungen „ermöglicht es [...] digitalen Plattformen, einer tiefer gehenden Diskussion

Die hier angesprochenen neuen (nicht nur: Qualitäts-)Standards für die Verbreitung von Inhalten sind dabei ein zentraler Teil dieser systematischen Veränderungen unseres Kommunikationssystems. Gerade diese Verschiebung medialer Funktions- und Verbreitungslogiken – von journalistischen Sorgfaltspflichten zur Aufmerksamkeits-Optimierung – stellt auf digitalen Intermediären unsere Jahrzehntelang verinnerlichten Vorstellungen von medial vermitteltem gesellschaftlichem Diskurs und öffentlicher Meinungsbildung vor extreme Herausforderungen und unter Anpassungsdruck. Das Ausmaß dieser systematischen Herausforderung mag in seiner Gänze schwer zu (er)fassen sein. Die derzeit bekannten empirisch nachweisbaren Auswirkungen dieser Veränderungen – von der Gesundheitsgefährdung Jugendlicher durch soziale Netzwerke¹⁵¹ über die zunehmende Polarisierung bestehender politischer Lager¹⁵² bis zur dargestellten Beeinflussung der US-Wahl – machen jedoch deutlich, dass ihr Schädigungspotenzial nicht nur theoretischer Natur ist. Damit haben die Risiken digitaler Intermediäre den Befürchtungen, die einst dem „neuen“ Medium Rundfunk entgegengebracht wurden, etwas Entscheidendes voraus: Sie sind in Teilen bereits eingetreten.

Insofern erscheint der Ausdruck „Risiko“ für die Auswirkungen digitaler Intermediäre auf die Meinungsfreiheit aus Perspektive der Diskursqualität noch sehr zurückhaltend gewählt, lassen sich doch Teile des verursachten Schadens bereits praktisch feststellen. Der dem Risikobegriff innenwohnende Unsicherheitsfaktor ergibt sich vielmehr daraus, dass bisher nur einzelne, aber nicht *alle* Auswirkungen des Wandels unseres Kommunikationssystems (über die genannten Beispiele wie die leichtere Verbreitung von Desinformation hinaus) bereits ersichtlich oder zumindest bekannt sind. Dass die mangelnden Qualitätsstandards jedoch *insgesamt* negative Folgen für die Meinungsbildung haben, kann nach den obigen Ausführungen als gegeben vorausgesetzt werden.

Dieses neue, grundsätzliche Schadenspotenzial digitaler Intermediäre für eine konstruktive Funktion öffentlicher Meinungsbildung hat verfassungsrechtliche Konsequenzen: Zumindest erfordert diese Erkenntnis staatlicherseits ein Bemühen um Aufklärung darüber, welche Auswirkungen solche nicht primär an funktionierender Meinungsbildung orientierten Qualitätsstandards der Intermediäre für eben jene öffentliche Meinungsbildung besitzen.

darüber auszuweichen, wie ihre Praktiken und Governance-Prozesse den Informationsfluss und die Aufmerksamkeitssteuerung im öffentlichen Diskurs unterstützen oder beeinträchtigen“ (*Jungherr/Schroeder, Disinformation and the Structural Transformations of the Public Arena*, S. 4; ebenso *Iglesias Keller, Don't Shoot the Message* (2021), S. 492).

¹⁵¹ Siehe *Kühl*, Instagram-Studie (2021).

¹⁵² Siehe *Jungherr/Rivero/Gayo-Avello*, Retooling Politics (2020), S. 121 f.

3. Machtasymmetrie und Intransparenz

Welche enorme Auswirkung die virtuellen Hausregeln der Intermediäre auf die Zusammenstellung und die Sichtbarkeit von Inhalten besitzen, ist soeben ausgeführt worden.¹⁵³ Zwar gibt es auch in Presse und Rundfunk geschriebene (z. B. Redaktionsstatute) und ungeschriebene (z. B. Chefredaktions-Entscheidungen) Regeln, die direkten Einfluss auf die Zusammenstellung der medial verbreiteten Inhalte haben. Jedoch wiegt der Einfluss der Intermediäre in diesem Zusammenhang vor allem aus zwei Gründen schwerer als jener der klassischen Medien und birgt damit weitere Risiken für die Meinungsbildung: Machtasymmetrie und Intransparenz.

Auch wenn Zeitungen und Fernsehsendern im Rahmen ihrer Inhaltauswahl eine besondere Machtstellung gegenüber dem Publikum zukommt, ist ihr jeweiliges Gegenüber stets das Publikum – oder gar: die Gesellschaft – *als Ganzes*: Alle Fernsehzuschauer*innen können sich ein Bild davon machen, mit welchen Inhalten die Redaktion der Tagesschau ihre 15 Minuten Sendezeit füllt. So kann sich gesellschaftliche Empörung über die entsprechende Auswahl formieren; die Veröffentlichung einer bestimmten Sendung oder eines bestimmten Textes ermöglicht gleichzeitig eine öffentliche Kontrolle der ursprünglichen Auswahlentscheidung selbst, und sei es durch die mediale Konkurrenz: „The open market [of old mass media] guarantees some degree of transparency and a level playing field. Market participants can evaluate the behavior of competitors simply by ‚walking over and having a look‘“¹⁵⁴. Hingegen sehen bei Intermediären nur individuelle Nutzer*innen die für sie personalisiert ausgewählten Inhalte. Eine öffentliche Kontrolle der Auswahlentscheidungen ist unter enormem Aufwand möglich und hängt zudem davon ab, dass Nutzer*innen auf individueller Ebene Zugang zu ihren personalisierten Daten und Inhalten gewähren, um mit Hilfe einer großen Anzahl dieser Mikrodaten Rückschlüsse auf die Zusammenstellung auf Makroebene zu ermöglichen. Die Mühe eines solchen „Reverse Engineering“ der Inhaltszusammenstellung sozialer Netzwerke ist somit ungleich größer als das soeben skizzierte „Rübergehen und Nachschauen“ der alten Medienwelt.¹⁵⁵

In ihrer Extremform ermöglicht es diese Personalisierung den Intermediären, einzelne Nutzer*innen gänzlich vom Zugang zu bestimmten Informationen und damit vom öffentlichen Diskurs abzuschneiden.¹⁵⁶

¹⁵³ Siehe oben, Teil 4 A. II. 2., S. 253 ff.

¹⁵⁴ Stark et al., Are Algorithms a Threat to Democracy? (2020), S. 48.

¹⁵⁵ Den Versuch eines solchen Reverse Engineerings unternahm die Redaktion des ZDF Magazin Royal mit Blick auf die Werbeschaltung deutscher Parteien auf Facebook im Vorfeld der Bundestagswahl 2021, siehe *ZDF Magazin Royale*, TargetLeaks (2021).

¹⁵⁶ Hierin verwirklicht sich das Risiko, dem die kommunikative Chancengleichheit als objektivrechtliche Dimension der Medienfreiheit eigentlich entgegenwirken soll. Siehe oben unter Teil 2 D. II., S. 85 ff. Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 314 nennt es unter Berufung auf Wiedemann „ein von den Betreibern oktroyiertes System der ‚Disziplinierung und Kontrolle‘“ und spricht von einem „[s]trukturelle[n] Ungleichgewicht zwischen Nutzern und Betreibern“ (Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 334).

Noch perfider wird diese Praxis dadurch, dass Nutzer*innen von einer solchen Sperre teils gar nichts bemerken. So gehört es zur Praxis der Intermediäre, bestimmte Inhalte nicht vollständig zu löschen, sondern nur in der Reichweite zu begrenzen („Downranking“) oder sie einfach nicht mehr zu verbreiten – ohne jedoch die*den entsprechende*n Nutzer*in davon in Kenntnis zu setzen („Shadowbanning“). Diese Beeinflussung von Inhalten (beziehungsweise ihrer Verbreitung) macht deutlich, dass der besondere Einfluss von Intermediären auch darin besteht, nicht nur binär über Toleranz oder Löschung eines Inhalts zu entscheiden, sondern das komplette Kontinuum zwischen diesen beiden Extremen auszunutzen, was den Nachweis dieser Praktiken naturgemäß ausgesprochen schwierig macht: Von außen ist es nahezu unmöglich, zu erkennen, warum einzelne Inhalte einen bestimmten Verbreitungsgrad (nicht) erreichen.¹⁵⁷

So führt diese Form der Inhalte- und Nutzer*innen-Diskriminierung zu einem Missbrauch der den Intermediären zukommenden Meinungsmacht.¹⁵⁸ Bereits in dieser einzelnen Spielart der Machtasymmetrie liegt damit eine zusätzliche Gefahr für den demokratischen Diskurs, da sie Misstrauen in die neuen Medien schürt und – zu Unrecht – verschwörungstheoretische Narrative unterstützt.¹⁵⁹

Besonders riskant ist diese Asymmetrie eingedenk der umfassenden Persönlichkeitsprofile, die soziale Netzwerke mittels der persönlichen Daten ihrer Nutzer*innen von diesen erstellen und die im Ausdruck des „Surveillance Capitalism“¹⁶⁰ als gefährliches Phänomen der digitalen Wirtschaft Bekanntheit erlangt haben. Die wohl größtmögliche Gefahr für die öffentliche Meinungsbildung liegt dabei in einer Kombination aus solchem *Microtargeting* und politischer Werbung, die politische Botschaften personalisiert und ausschließlich auf individueller Ebene ausspielt.¹⁶¹ Die Existenz irreführender Inhalte – mit oder ohne politischem Bezug – gehört zwar wohl zur tragischen Wirklichkeit *jeder* Mediennutzung. Die Auswirkungen der

¹⁵⁷ Siehe zur Bedeutung dieser changierenden Form der Inhaltsbeeinflussung ausführlich *Gillespie, Do Not Recommend?* (2022).

¹⁵⁸ Siehe *Schneiders, Keine Meinungsmacht den Medienintermediären?* (2021), S. 483. Ähnlich auch *Heidike, Meinungsbildung und Medienintermediäre* (2020), S. 137 ff.

¹⁵⁹ „The combination of these two forms of secrecy has contributed to a large, deep public distrust of social media services and their content moderation practices. Many users who believe they have been shadowbanned have likely not been shadowbanned, and instead simply have unpopular content“ (*Nicholas, Shedding Light on Shadowbanning* (2022), S. 36).

¹⁶⁰ Siehe hierzu das inzwischen wohl als Standardwerk zu bezeichnende *The age of surveillance capitalism* (2019) von *Zuboff*.

¹⁶¹ Auf diese Weise kreieren Intermediäre als Teil ihres Geschäftsmodells „Gesellschafts- bzw. auch Markt-Beeinflussungs-Rechte [...], die ordnungspolitisch gewünschte Vermittlungsleistungen klassischer Institutionen sowohl der freiheitlich-demokratischen Grundordnung wie auch der [...] sozialen Marktwirtschaft (partiell) unterlaufen bzw. aushebeln können, um hierfür zahlenden [...] Akteuren Macht- bzw. Marktvoorteile zu übertragen, die ordnungspolitisch so gerade nicht gewünscht sind und eigentlich einer demokratischen Regelung bedürften“, so eindrücklich *Lobigs, Plattform-Revolution der öffentlichen Kommunikation und Krise der Vermittlung aus institutionenökonomischer Perspektive* (2020), S. 177 f.

Personalisierung und Inhaltauswahl durch Intermediäre spielen bei ihrem Gefährdungspotenzial allerdings eine besondere Rolle:¹⁶² Entsprechendes politisches Microtargeting würde es nicht nur erlauben, Werbung ausschließlich den Anhänger*innen der eigenen politischen Position anzugeben, sondern im Extremfall an verschiedene Zielgruppen einander widersprechende Botschaften zu richten. Ein solcher Online-Diskurs, der es politischen Akteur*innen erlaubt, jeder*jedem einzelnen Nutzer*in nach dem Mund zu reden, würde das Ideal eines demokratischen, öffentlichen Meinungsaustauschs pervertieren – und eine öffentlicher Kontrolle radikaler politischer Positionen unmöglich machen.¹⁶³

Darüber hinaus besitzen Intermediäre nicht nur die Macht, einzelnen ihrer Nutzer*innen bestimmte Inhalte vorzuenthalten, sondern auch die Nutzer*innen durch Sperrung des Kontos auf individueller Ebene vom Zugang zu Inhalten *insgesamt* auszuschließen.¹⁶⁴

Auf diese Weise verstärkt die besondere Asymmetrie zwischen Intermediären und Nutzer*innen das Risiko, das ein Machtmissbrauch durch die Anbieter für die freie Meinungsbildung bedeuten würde und auf das bereits in der Diskussion um intermediäre Vielfalt hingewiesen wurde.¹⁶⁵ So weist dieser Aspekt der Machtasymmetrie zwar Ähnlichkeiten zum Vielfaltrisiko der Intermediäre auf, geht jedoch darüber hinaus.¹⁶⁶ Denn er betrifft nicht nur den Einfluss der Unternehmen auf die Inhaltsdimension des öffentlichen Diskurses, sondern vor allem die mögliche – oder vielmehr: unmögliche – gesellschaftliche Kontrolle dieses Einflusses.¹⁶⁷ Dass diese Machtasymmetrie an die Inhaltszusammenstellung individueller Nutzer*innen anknüpft, tut ihrer kollektiven Dimension keinen Abbruch. Es geht eben nicht (nur) um die Gefahr für die Rechtsposition Einzelner, sondern um strukturelle Fragen, die die demokratische Kommunikation und Meinungsbildung als Ganzes betreffen.

¹⁶² Siehe hierzu etwa *Maréchal/Roberts Biddle, It's Not Just the Content, It's the Business Model* (2020), S. 13 ff.

¹⁶³ Wie diese Gefahr im Detail aussieht – und dass sie ebenfalls bereits in den USA Wirklichkeit geworden ist –, zeigen etwa *Jaurisch, Regeln für faire digitale Wahlkämpfe* (2020) sowie *Maréchal/Roberts Biddle, It's Not Just the Content, It's the Business Model* (2020), S. 26 ff. Zur Herausforderung der „Datensammelwut“, die „im Fall der – gar nicht mal so klaren – Ausbeutung der Konsumenten ein viel geringeres Schädigungspotenzial auf[weist] als im Fall der Unterminierung der Demokratie“ siehe auch *Kühling, Die Verantwortung der Medienintermediäre für den Schutz öffentlicher Kommunikationsräume* (2021), S. 104. Für einen Blick auf Microtargeting im Bundestagswahlkampf siehe *Sorge, Digitaler Bundestagswahlkampf 2021: Desinformation, „Microtargeting“ und „Social-Bots“* (2022), S. 48 ff. m.w.N.; als Beispiel für einen Versuch des Aufschlüsselns entsprechenden Targetings siehe *ZDF Magazin Royale, TargetLeaks* (2021).

¹⁶⁴ Siehe *Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke* (2016), S. 314 ff.

¹⁶⁵ Siehe oben unter Teil 4 A. II. 1., S. 245 ff.

¹⁶⁶ Siehe *Kühling, Die Verantwortung der Medienintermediäre für den Schutz öffentlicher Kommunikationsräume* (2021), S. 100 ff.

¹⁶⁷ Siehe, mit Blick auf die Vereinigten Staaten, *Maréchal/Roberts Biddle, It's Not Just the Content, It's the Business Model* (2020), S. 6.

Überdies wird deutlich, dass der Einfluss digitaler Intermediäre anderen Funktionslogiken unterliegt als jener, der bei etablierten Medien wie dem Rundfunk zu Meinungsmacht führen kann. Aus diesem Grund erscheint auch die Behauptung gewagt, klassische Indikatoren von Meinungsmacht „müssten lediglich netzwerkadäquat übersetzt werden“¹⁶⁸.

Dass einzelne Stimmen der Literatur überdies argumentieren, „Selektivität und Interaktivität des Internets sind geeignet, die Asymmetrie zwischen Anbieter und Nutzer zu reduzieren“¹⁶⁹, wirkt in diesem Zusammenhang eher wie eine optimistische Hoffnung denn wie eine Realitätsbeschreibung. Denn in der personalisierten Asymmetrie zeigt sich eine besondere Diskrepanz zwischen dem durch die Intermediäre propagierten Bild vermeintlicher Nutzer*innen-Autonomie und der tatsächlichen Machtverteilung auf digitalen Plattformen. Allen Beteuerungen eines offenen digitalen Diskursraumes zum Trotz:

„Zwar bieten die technischen Möglichkeiten dem Nutzer ein Mehr an Möglichkeiten medialer Teilhabe verglichen mit klassischen Medien, gleichzeitig unterwirft er aber jede Selektions- und Interaktionshandlung der normativen Technologie eines potenziell mächtigen Plattformanbieters. Während die scheinbaren Freiheiten in der virtuellen Welt wachsen, wächst die Gestaltungsmacht der Betreiber über ein Vielfaches der klassischen Plattformanbieter hinaus.“¹⁷⁰

Diese Machtasymmetrie hängt eng mit einem weiteren Risiko digitaler Intermediäre für die Meinungsfreiheit zusammen, nämlich der Intransparenz ihrer Mechanismen und Abläufe. Diese mangelnde Transparenz verschärft die dargestellte Machtasymmetrie zusätzlich, ist es doch „weder für Nutzer noch den Regulierer oder die Aufsicht erkennbar [...], ob und inwieweit beziehungsweise in welcher Weise sich die potentiellen [vom Intermediär vorgegebenen] Einflussfaktoren tatsächlich im jeweils präsentierten Inhalt realisieren“¹⁷¹. Diese Intransparenz entfaltet ihre

¹⁶⁸ So jedoch *Mafí Gudarzi*, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken (2022), S. 103, der gar selbst darauf hinweist, wie „schwerlich diese [klassischen Meinungsmacht-]Kriterien auch fassbar und empirisch belegbar sein mögen“, sie dann allerdings dennoch auf soziale Netzwerke überträgt.

¹⁶⁹ So jedenfalls *Neuberger/Lobigs*, Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltssicherung (2010), S. 22. Etwas abgeschwächt weisen allerdings auch dies. inzwischen darauf hin, dass sich „aus der algorithmischen Möglichkeit, individuell auf jeden Nutzer einzugehen, ein neues Machtpotenzial [ergibt], weil dies zur Optimierung von Wirkungsbedingungen beitragen kann“ (*Neuberger/Lobigs*, Meinungsmacht im Internet und die Digitalstrategien von Medienunternehmen, S. 51).

¹⁷⁰ *Dankert*, Normative Technologie in sozialen Netzwerkdiensten – Neue Machtstrukturen als Anreiz für einen Paradigmenwechsel der Kommunikationsregulierung? (2015), S. 62. Ähnlich *Kellner*, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären (2019), S. 132 f. Siehe auch *Davis*, Die „dienende“ Rundfunkfreiheit im Zeitalter der sozialen Vernetzung (2019), S. 57 ff., der überzeugend argumentiert, dass allein durch Interaktionsmöglichkeiten der Nutzer*innen noch nicht die Einordnung als Massenmedium hinfällig wird.

¹⁷¹ *Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, Transparenz bei Medienintermediären (2020), S. 60.

Wirkung auf zwei Ebenen, die folgend skizziert werden sollen: einerseits auf Ebene individueller Nutzer*innen, auf der es darum geht, ob und inwieweit die*der Einzelne über den Einfluss der Intermediäre auf die ihr angezeigten Inhalte Bescheid weiß, um souverän damit umzugehen; andererseits auf kollektiver Ebene, wo die Intransparenz die gesellschaftliche Kontrolle der neuen Medienakteure erschwert.

Auf individueller Ebene hat der Transparenzmangel zwei Stufen. Einerseits fehlt den Nutzer*innen häufig die sogenannte „algorithm awareness“ *als solche*, also die Kenntnis von Einfluss und Funktionsweise der von Intermediären eingesetzten Algorithmen.¹⁷² Dienste wie Intermediäre, die zentral auf algorithmischer Selektion aufbauen, mögen also zu objektiven und subjektiven Wirklichkeitskonstruktionen der Individuen beitragen.¹⁷³ Dieser Einfluss auf die Meinungsbildung findet jedoch überwiegend von den Nutzer*innen unbemerkt statt, wodurch die Frage „Warum wird mir Inhalt X angezeigt?“ gegebenenfalls gar nicht erst aufkommt.

Die zweite Dimension der Intransparenz auf individueller Ebene besteht darin, dass selbst bei Bewusstsein des *Ob* des Algorithmeneinflusses meist kein Verständnis des *Wie* vorhanden ist, weil die Unternehmen die Funktionsweise ihrer Auswahlalgorithmen nur ausgesprochen oberflächlich veröffentlichen.¹⁷⁴ Dies liegt einerseits daran, dass die Unternehmen „aus geschäftlichen Überlegungen keine vollständige Transparenz herstellen können und wollen“, andererseits aber auch an der „berechtigte[n] Sorge [...], dass bei völliger Transparenz der algorithmischen Systeme die Ergebnisse leichter manipuliert werden könnten“¹⁷⁵. Zu dieser individuellen Herausforderung, die Gründe für die personalisiert angezeigten Inhalte nachzu vollziehen, kommt als weiterer „Orientierungsmangel“ hinzu, dass ein*e einzelne*r Nutzer*in keine Möglichkeit hat, herauszufinden, welche Inhalte ihr *nicht* angezeigt wurden oder wie ihre Auswahl im Vergleich zu jener der anderen Nutzer*innen aussieht.¹⁷⁶ Folge dieser Intransparenz ist auf individueller Ebene eine „Entmündigung der Nutzer, indem ihnen der Geltungsanspruch auf selbstbestimmte Entscheidung und Souveränität schon systembedingt abgesprochen wird“¹⁷⁷. In anderen Worten: „Der Akt der Meinungsbildung ist in diesem Umfang partiell fremdbestimmt.“¹⁷⁸

¹⁷² Siehe im Detail und unter Auswertung empirischer Untersuchungen hierzu Schmidt et al., Zur Relevanz von Online-Intermediären für die Meinungsbildung (2017), S. 29 f.

¹⁷³ Siehe Just/Latzer, Governance by algorithms (2017), S. 246.

¹⁷⁴ Siehe oben, S. 248 f. Hierzu auch Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck, Transparenz bei Medienintermediären (2020), S. 61 f. m. w. N.

¹⁷⁵ Schmidt et al., Zur Relevanz von Online-Intermediären für die Meinungsbildung (2017), S. 29. Ebenfalls mit dieser Argumentation, für YouTube, Frank: „Eine genaue Kenntnis unserer Empfehlungsalgorithmen könnte am Ende von genau jenen Akteuren missbraucht werden, deren Inhalte eigentlich bekämpft werden sollen.“ (Frank, Mythos „Rabbit Hole“).

¹⁷⁶ Siehe Stark et al., Are Algorithms a Threat to Democracy? (2020), S. 48.

¹⁷⁷ Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck, Transparenz bei Medienintermediären (2020), S. 62.

¹⁷⁸ Mengden, Zugangsfreiheit und Aufmerksamkeitsregulierung (2018), S. 139.

Dass mehr Transparenz automatisch zu weniger Machtasymmetrie führt, erscheint zwar eher als frommer Wunsch denn als rationale Erwartung.¹⁷⁹ Dass die derzeitige Intransparenz das bestehende Machtungleichgewicht zwischen Intermediären und Nutzer*innen allerdings zumindest manifestiert, wenn nicht gar verschärft, erscheint nach den bisherigen Ausführungen offensichtlich.

Wie dargestellt hat Intransparenz somit bereits auf Ebene der Nutzer*innen Auswirkungen, die im Rahmen der Machtasymmetrie eine kollektive Dimension annimmt, die über die individuelle Entmündigung hinausgeht. Neben diese tritt nun ein weiteres Risiko der Intermediärs-Intransparenz: die erschwerete bis unmögliche regulatorische Kontrolle auf kollektiver Ebene. Denn Transparenz macht nicht nur bestimmte interne Vorgänge der Intermediäre – oder zumindest deren Ergebnis – explizit. Durch eine solche Erklärung und (begrenzte) Offenlegung der Funktionslogiken ihrer Systeme und Algorithmen binden sich die Intermediäre gewissermaßen selbst und ermöglichen dadurch „die Kontrolle der transparent gemachten rechtlichen Grundlagen und Funktionsweisen durch Staat und Aufsicht und damit [ein] wesentliches Mittel zur Schaffung und zum Erhalt von Rechtskonformität“¹⁸⁰.

Ohne diese Form der Transparenz ist es unmöglich, das wahre Gefahrenpotenzial und die Praxis digitaler Intermediäre zu erkennen. Das ist nicht nur mit Blick auf die Durchsetzung etwaiger staatlicher Regeln problematisch, sondern bereits bei der Entstehung derselben. Eindrückliches Beispiel in diesem Zusammenhang ist das NetzDG und dessen Änderungen. Denn bereits die Ursprungsfassung des Gesetzes verpflichtete die Unternehmen zur regelmäßigen Veröffentlichung von Transparenzberichten, die zum ersten Mal (begrenzten) Aufschluss über die Inhaltemoderation auf sozialen Netzwerken gab. Im Rahmen dieses ersten Schrittes in Richtung Transparenz ergaben sich für den Gesetzgeber weitere Regulierungsbedarfe, die einerseits neue substanzelle Pflichten mit Blick auf die Inhaltemoderation bedeuteten (z. B. Gegenvorstellungs- und Schlichtungsverfahren), sowie andererseits dazu führten, die Transparenzpflichten nachzuschärfen.¹⁸¹

Auf diese Weise beeinflusst Intransparenz die Machtverteilung zwischen Staat und Intermediären zugunsten der Unternehmen. Sie erschwert es, die Gefahren der neuen Medientypen – und damit gegebenenfalls: Regulierungsbedarf – überhaupt zu erkennen. So wird kollektive Risiko-Kontrolle nicht nur durch die Machtasymmetrie zwischen Intermediären und individuellen Nutzer*innen unmöglich, sondern zu-

¹⁷⁹ Siehe etwa die Einordnung bei *Gorwa/Garton Ash*, Democratic Transparency in the Platform Society (2020), passim, insb. S. 303 ff. sowie die kritischen Stimmen zu Transparenz als vermeintlichem Allheilmittel bei *Rieder/Hofmann*, Towards platform observability (2020) und *Ananny/Crawford*, Seeing without knowing (2018).

¹⁸⁰ *Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, Transparenz bei Medienintermediären (2020), S. 72.

¹⁸¹ Gesetz zur Änderung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (Netzwerkdurchsetzungsgesetzänderungsgesetz – NetzDGÄndG) i. d. F. der Bekanntmachung vom 9. Juni 2021 (BGBI. I S. 1436). Siehe hierzu umfassend *Niggemann*, Hasskriminalität in sozialen Netzwerken (2022), S. 136 ff.

sätzlich durch die fehlende Fachkenntnis des Staates als Organisationsform des Kollektivs demokratischer Öffentlichkeit.

Daher erscheint staatlicherseits ein Eingreifen geboten: Einerseits, um – wie bereits mehrfach hervorgehoben – Wirkungszusammenhänge der Intermediäre und ihre konkreten Schäden an der Meinungsbildung erkennen zu können; andererseits, um in den durch Intermediäre zur Verfügung gestellten Kommunikationsräumen den Einfluss der Nutzer*innen zu stärken, um im Interesse kommunikativer Chancengleichheit ihre jeweiligen Interessen an einem konstruktiven Diskurs auch gegen die (scheinbar) übermächtigen Unternehmen durchsetzen zu können.

Bevor allerdings auf die möglichen Maßnahmen eingegangen werden soll, mit denen diese staatlichen Schutzpflichten zu erfüllen sind, gilt es, mit der praktischen Umsetzung intermedialer Inhaltemoderation in großem Stil auf eine letzte Risikoquelle der neuen medialen Akteure einzugehen.

4. Moderationsfehler und Masse der Inhalte

Eng verbunden mit der soeben dargestellten Machtasymmetrie ist ein weiteres Risiko vieler digitaler Intermediäre, das sich ebenfalls aus ihrem Einfluss speist, wenn auch aus einer anderen Form: die beispiellose Menge an Inhalten, gegen die Intermediäre „Maßnahmen ergreifen“.¹⁸² Allein Facebook hat nach eigenen Angaben im ersten Quartal 2022 in mehr als 3,5 Milliarden Fällen aufgrund von Verstößen einzelner Inhalte gegen seine Hausregeln eingegriffen.¹⁸³ In anderen Worten: jede Sekunde geht Facebook gegen 450 Inhalte auf seiner Plattform vor. Rund ein Prozent dieser moderierten Inhalte wird allerdings später wiederhergestellt,¹⁸⁴ die Moderation wird also aufgrund eines erkannten Fehlers wieder zurückgenommen.¹⁸⁵ Damit sperrt allein Facebook jede Sekunde ungerechtfertigt rund fünf Inhalte und greift damit in die Meinungsfreiheit einer*r Nutzer*in ein. Unklar bleibt dabei, wie groß die Dunkelziffer ist – wie viele weitere Inhalte also ungerechtfertigt gesperrt werden, ohne dass der Fehler überhaupt im Nachhinein auffällt. Als Hinweis darf gelten, dass Facebooks CEO Mark Zuckerberg 2018 feststellte, die Moderationsteams seines Netzwerks machten in mehr als zehn Prozent der Fälle Fehler.¹⁸⁶ Hinzu kommt, dass ein Großteil von Facebooks Moderations-Mitarbeiter*innen ausschließlich Inhalte

¹⁸² Bei Meta etwa kann „Maßnahmen ergreifen“ unter anderem bedeuten, dass „wir einen Inhalt von Facebook oder Instagram entfernen, Fotos oder Videos mit einem Warnhinweis verdecken, wenn sie für bestimmte Zielgruppen verstörend sein könnten, oder dass wir Konten deaktivieren“ (*Meta*, Inhalte, gegen die wir Maßnahmen ergriffen haben (2022)).

¹⁸³ *Meta*, Community Standards Enforcement Report (2022); eigene Berechnungen.

¹⁸⁴ *Meta*, Community Standards Enforcement Report (2022); eigene Berechnungen.

¹⁸⁵ Siehe *Meta*, Wiederhergestellte Inhalte (2022).

¹⁸⁶ „[O]ur review teams make the wrong call in more than 1 out of every 10 cases“ (Zuckerberg, A Blueprint for Content Governance and Enforcement (2018)).

des englischen Sprachraums moderieren,¹⁸⁷ sodass die Quote der Fehlmoderationen bei nichtenglischen Posts deutlich höher liegen dürfte. Vor diesem Hintergrund liegt es daher nahe, auch mit Blick auf deutsche Inhalte von einer höheren Fehlrate als dem sich aus den offiziellen weltweiten Zahlen ergebenen einen Prozent auszugehen.

Dieser kurze empirische Exkurs macht deutlich, wie fehleranfällig die Urteile Facebooks sind, wenn es Inhalte seiner Nutzer*innen an seinen eigenen Regeln misst. Überträgt man diese Erkenntnis auf weitere Dienste wie Instagram, YouTube, Twitter und Reddit – und dass der dortige Umgang mit Inhalten meinungsfreiheitsschonender wäre, ist nicht ersichtlich –, gewinnt das Phänomen zusätzliche Ausmaße.

Zwar ist es keine Überraschung, dass bei tausenden Moderationsentscheidungen täglich den Intermediären zwangsläufig Fehler unterlaufen – insbesondere auf dem Feld des Meinungsäußerungsrechts: Man führe sich nur vor Augen, dass sich im Rahmen gerichtlicher Prozesse ganze Kammern teils über Monate hinweg mit Fragen der Interpretation und Auslegung einer einzelnen Äußerung beschäftigen. Dass entsprechende Bewertungen privater Unternehmen, die diese in industriellem Ausmaß innerhalb weniger Tage oder gar Stunden treffen müssen, fehleranfälliger sind, erklärt sich somit von selbst.¹⁸⁸ Und auch der zunehmende Einsatz vermeintlicher „künstlicher Intelligenz“ durch die Netzwerke lässt zwar die Zahl und Geschwindigkeit der Moderationsentscheidungen rapide steigen, geht allerdings auf Kosten nuancierter Abwägungen im Einzelfall.¹⁸⁹ Gewissermaßen notgedrungen bewegen sich die Moderationsbemühungen der Intermediäre „damit zwischen Versagen und Zensur“¹⁹⁰.

Eine solche Einsicht der Unvermeidlichkeit bedeutet jedoch nicht, dass die Auswirkungen der prozentual geringen und doch absolut enormen Zahl an Fehlentscheidungen im Rahmen der Inhaltemoderation unbedenklich oder hinzunehmen wären. Zunächst bedeutet jede dieser Fehlentscheidungen auf *individueller* Ebene eine Einschränkung der Meinungsfreiheit der*des jeweiligen Nutzer*in. Bereits dies böte gegebenenfalls im Rahmen mittelbarer Drittirkung Anlass für eine verfassungsrechtliche Abhilfe. Zusätzlich jedoch, und im Fokus der vorliegenden Arbeit, stellt die schlichte Masse der moderierten Inhalte auch auf *kollektiver* Ebene eine Gefahr für die Meinungsfreiheit im Rahmen öffentlicher Meinungsbildung dar. Denn der fehlerhafte – und oftmals: intransparente – Umgang mit von der Meinungsfreiheit

¹⁸⁷ Siehe Scott, Facebook did little to moderate posts in the world's most violent countries (2021).

¹⁸⁸ Siehe hierzu sowie zum Skalierungs-Problem der Inhaltemoderation ausführlich Douek, Governing Online Speech (2021), S. 47.

¹⁸⁹ Siehe hierzu, unter aufschlussreicher Differenzierung zwischen den Begriffen Größe („size“) und Maß („scale“) im Kontext der Inhaltemoderation auf digitalen Intermediären, Gillespie, Content moderation, AI, and the question of scale (2020), S. 2 f.

¹⁹⁰ Puppis, Governance der Vermittlung öffentlicher Kommunikation (2020), S. 204.

gedeckten Inhalten führt dazu, dass eine signifikante Menge einzelner Meinungsbeiträge nicht Teil des öffentlichen Diskurses werden kann.

Vor diesem Hintergrund ist die Fehleranfälligkeit der Moderationsentscheidungen *en masse* „keine unternehmensinterne Privatangelegenheit der Diensteanbieter [mehr], sondern ein gesellschaftspolitisches Problem, dessen Bewältigung über das ‚Ob‘ und ‚Wie‘ der Zulässigkeit jener Diensteangebote zu entscheiden hat“¹⁹¹. Dieses „gesellschaftspolitische Problem“ führt damit zu einem weiteren Risiko digitaler Intermediäre für die Meinungsfreiheit – wobei auch hier der abstrakte Risikobegriff bereits konkrete, messbare Formen angenommen hat, deren Konsequenz im Folgenden zu prüfen sein wird.

III. Zwischenfazit – Schutzpflicht gegen intermediäre Risiken

Um die Ergebnisse der vorigen Kapitel einzuordnen, sei zunächst der zweite Teil dieser Arbeit in Erinnerung gerufen. Dort ist ausführlich eine staatliche Pflicht zum Schutz der Meinungsfreiheit vor negativen Auswirkungen neuer Medientypen hergeleitet worden.¹⁹² Eine solche Pflicht, so wurde herausgearbeitet, kann sich aufgrund der potenziellen *Höhe* des Schadens für die Demokratie auch ohne genaue Kenntnis der Schadenseintrittswahrscheinlichkeit ergeben.¹⁹³ Sie ist derweil zwar nicht gleichbedeutend mit einer Eingreifpflicht des Staates, in jedem Fall aber umfasst sie zunächst eine Beobachtungspflicht, um das Ausmaß des (noch) unbekannten medialen Risikos besser einschätzen zu können.¹⁹⁴

Auf diesen Erkenntnissen aufbauend – und nicht zuletzt im direkten Vergleich mit den schutzpflichtauslösenden Risiken trtierter Massenmedien Presse und Rundfunk – macht die Betrachtung des Schädigungspotenzials von Intermediären nun deutlich: Das destruktive Potenzial der neuen digitalen Medienakteure geht an vielen Stellen über jenes der „Klassiker“ hinaus.

Herausforderungen für die Vielfalt und ihre Sicherung etwa sind bei Suchmaschinen und sozialen Netzwerken noch größer als bei Presse und Rundfunk: Denn der heutige Intermediärmarkt ähnelt nicht nur dem einstigen Informationsoligopol der frühen Rundfunklandschaft. Zusätzlich spielt Vielfalt im Ideal des personalisierten Geschäftsmodells der Intermediäre keine Rolle. Wo die Inhaltszusammenstellung individuell auf jede*r einzelne*n Nutzer*in (und deren Verweildauer) optimiert wird, ist gesellschaftlicher Pluralismus – wenn überhaupt – nur ein zufälliges Ne-

¹⁹¹ Kühling, Die Verantwortung der Medienintermediäre für den Schutz öffentlicher Kommunikationsräume (2021), S. 105.

¹⁹² Siehe oben, Teil 3, S. 134 ff., insbesondere Teil 3 C. III. 3., S. 194 ff.

¹⁹³ Derzeit (noch) skeptisch ist Heidtke, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 144 f.

¹⁹⁴ Im Detail hierzu Teil 3 C. IV. 1., S. 207 ff.

benprodukt.¹⁹⁵ Hinzu kommt, dass einige der möglichen negativen Auswirkungen von Intermediären nicht nur theoretisch begründete Befürchtungen sind, wie es einst mit Blick auf die umstrittene Zulassung privater Rundfunkveranstalter noch der Fall war. Auch wenn sich ein Nachweis von Kausalität schwierig gestaltet: Vieles spricht dafür, dass der – aufgrund der Verbreitung von Drittinhaltenden strukturell bedingte – Verzicht auf inhaltliche Qualitätssicherung bei Intermediären, wie dargelegt,¹⁹⁶ bereits heute zu einer nachweisbaren Gefahr für den öffentlichen Diskurs und demokratische Prozesse führt.

Darüber hinaus gehören Verletzungen der Meinungsfreiheit erwiesenermaßen zum strukturellen Alltag digitaler Intermediäre. Die im industriellen Maßstab durchgeführte Inhaltemoderation führt dazu, dass zulässige Meinungsäußerungen entfernt, gesperrt und unterdrückt werden.¹⁹⁷ Machtasymmetrie und Intransparenz zwischen den Unternehmen und ihren Nutzer*innen beziehungsweise der Gesellschaft als Ganzes¹⁹⁸ führen überdies dazu, dass Ausmaß und Wahrscheinlichkeit der möglichen Schäden schwer bis gar nicht abzusehen sind, wenn staatlicherseits nicht regulierend eingegriffen wird.

In dieser kritischen¹⁹⁹ Gesamtschau wird klar, dass das destruktive Potenzial digitaler Intermediäre für die Meinungsfreiheit bereits deutlich konkreter ist als ein bloß theoretisches Risiko. Ihre negativen Folgen lassen sich bereits empirisch nachweisen, sodass es unzureichend erscheint, die Reaktionspflicht des Staates lediglich auf Sachverhaltaufklärung und grundlegende Vorsorge zu beschränken.²⁰⁰

Wie dargestellt, bringen individualisierte politische Werbung und die Beschädigung demokratischer Institutionen mittels Desinformation die Mechanismen unserer freien, öffentlichen Meinungsbildung und den konstruktiven demokratischen Diskurs bereits nachweisbar ins Wanken. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob sich unser demokratisches Gemeinwesen aus verfassungsrechtlicher Sicht noch weitere tatsächliche Auswirkungen der neuen medialen Risiken „leisten“ kann,

¹⁹⁵ Siehe oben unter Teil 4 A. II. 1., S. 245 ff.

¹⁹⁶ Siehe Teil 4 A. II. 2., S. 253 ff.

¹⁹⁷ Dargestellt oben unter Teil 4 A. II. 4., S. 268 ff.

¹⁹⁸ Ausführlich hierzu oben unter Teil 4 A. II. 3., S. 262 ff.

¹⁹⁹ Diese Ausführungen mögen in ihrer Beschränkung auf Risiken und Gefahren der neuen Mediendienste einseitig erscheinen, da die Vorteile und positiven Seiten – wenn überhaupt – nur am Rande Erwähnung finden. Als Auslöser einer staatlichen Schutzwicht jedoch kann allein der potentielle Schaden für die Meinungsfreiheit Bezugspunkt der Bewertung sein. Die Abwägung mit möglichen Vorteilen und weiteren Grundrechtspositionen spielen gegebenenfalls auf Rechtfertigungsebene etwaiger Schutzeingriffe eine Rolle, siehe hierzu folgend unter Teil 4 A. IV., S. 273 ff.

²⁰⁰ Bei einer solchen will es hingegen Heidtke bewenden lassen, der lediglich „zur Vermeidung von Fehlentwicklungen im Bereich der Vielfätsicherung bei Medienintermediäre von einer ‚Obliegenheit zur Risikovorsorge‘“ ausgeht (Heidtke, Meinungsbildung und Mediointermediäre, S. 210). Ähnlich, von „Regelungsbedürfnisse[n]“ sprechend, Starck/Paulus, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁷, Art. 5 Rn. 250.

bevor die staatliche „Vorsorge-Obliegenheit sich zur Regulierungspflicht verdichtet“²⁰¹. Dies gilt umso mehr, da die Machtasymmetrie den besonderen systemischen Charakter²⁰² medialer Risiken mit Blick auf digitale Intermediäre zusätzlich verstärkt und damit das Schutzbedürfnis der betroffenen Grundrechtsträger*innen nach „Systemrisikoabwehr“²⁰³ erhöht.

Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen kristallisiert sich eine staatliche Schutzpflicht heraus, derzufolge der Staat die Risiken digitaler Intermediäre nicht nur zunächst im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung beleuchten, sondern konkrete Regulierungsmaßnahmen zu ihrer tatsächlichen Begrenzung ergreifen muss.²⁰⁴

Konkret bedeutet dies: Vonseiten des Gesetzgebers sind regulatorische Maßnahmen nötig, um sich in den soeben skizzierten vier Bereichen schützend vor die öffentliche Meinungsbildung zu stellen.

Als Herausforderung erscheint hierbei, dass in bestimmten Bereichen – etwa Fragen der Vielfalt und Qualität der durch Intermediäre verbreiteten Inhalte – eine unmittelbare, kausale Verbindung zwischen Ursache (Inhalte) und Wirkung (Gefahr für einen funktionierenden öffentlichen Diskurs) auch für digitale Intermediäre nur schwer nachzuweisen ist. Dass ähnliche Hindernisse der Medienwirkungsforschung die Verfassungsrechtsprechung mit Blick auf den Rundfunk nicht davon abhalten, dem Staat dennoch umfassende inhaltsbezogene Regulierungspflichten aufzuerlegen, kann an dieser Stelle kaum als Argument dienen, denselben Fehler bei einem anderen Medium erneut zu begehen. Daher erscheint auf dem Gebiet der inhaltsbezogenen Regulierung, einem ohnehin ausgesprochen grundrechtssensiblen Bereich, Zurückhaltung geboten – jedenfalls zunächst. Denn mit Maßnahmen gegen Machtasymmetrie, Intransparenz und Moderationsfehler bietet sich eine Reihe anderer Ansatzpunkte für Regulierung, bei denen der Zusammenhang mit möglichem Schaden für die Meinungsbildung, wie soeben dargelegt, unmittelbarer zu Tage tritt.

²⁰¹ So die Formulierung mit Blick auf den Rundfunk bei *Schulz*, Kontrolle vorherrschender Meinungsmacht – Dekonstruktion eines medienrechtlichen Schlüsselbegriffs (2017), S. 377.

²⁰² Siehe zur Besonderheit systemischer Risiken die Ausführungen oben, S. 202 ff.

²⁰³ *Kaufhold*, Systemaufsicht (2016), S. 255.

²⁰⁴ So spricht auch *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 344 mit Blick auf „[d]ie in vielen Bereichen des Internets anzutreffend[e] Vermächtungen“ von einer „Notwendigkeit staatlicher Regulierung“. Auch *Hartl*, Suchmaschinen, Algorithmen und Meinungsmacht (2017), S. 241 erkennt speziell für Suchmaschinen „eine Reaktionspflicht des Gesetzgebers gegenwärtig [als] begründet“. *Kellner*, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären (2019), S. 145 f. diagnostiziert mit Blick auf Intermediäre ebenso „eine umfassende Gewährleistungsverantwortung des Staates“, aus der sich „die Pflicht zur gesetzlichen Ausgestaltung durch einfachgesetzliche Bestimmungen ergibt“. Ähnlich *Kühling*, der jedoch statt von einer Schutzpflicht von „einer starken mittelbaren Drittwirkung der Mediengrundrechte“ ausgeht (*Kühling*, Die Verantwortung der Medienintermediäre für die demokratische Diskursvielfalt, S. 534). Auch *Wagner*, Kommunikation in sozialen Medien und Grundrechte (2022), S. 866 ff. kommt zu einer entsprechenden staatlichen Regulierungs pflicht, wenn auch unter Annahme einer „dienenden Freiheit sozialer Medien“.

In diesem Bereich ergibt die Schutzpflicht daher Handlungsbedarf, der über Tat-sachenermittlung hinausgeht und vom Staat entsprechende Maßnahmen erfordert.

Damit ist nicht gesagt, dass künftige Empirie den Staat per Schutzpflicht nicht auch zu inhaltsbezogener Regulierung zwingen kann – im Gegenteil: Es ist deutlich geworden, dass inhaltliche Fragen mit Blick auf die Qualität des demokratischen Diskurses bereits heute eine Rolle spielen. Zwar eignen sich inhaltliche Eingriffe derzeit eher als Regulierungsoption, eine Verdichtung zur Regulierungspflicht ist im Rahmen zukünftiger empirischer Erkenntnisse durchaus denkbar.

Bereits heute zur Pflicht verdichtet sind jedoch *einerseits* Maßnahmen zur Aufklärung dieser neuen medialen Funktionszusammenhänge sowie *andererseits* solche, die sich gegen Machtasymmetrie, Intransparenz und problematische Moderationspraktiken wenden. Es soll dem abschließenden Kapitel obliegen,²⁰⁵ die entsprechenden bestehenden Regulierungsinitiativen zu analysieren, zu bewerten und für mögliche aufgezeigten Lücken Regulierungsoptionen zu entwickeln. Um jedoch zunächst die Analyse der Intermediäre als neue Akteure des Medienverfassungsrechts abzuschließen, sollen folgend im Überblick jene ihrer Grundrechtspositionen dargestellt werden, die von einem Schutzeingriff potenziell betroffen wären.²⁰⁶

IV. Exkurs: Betroffene Grundrechtspositionen der Intermediäre

Geht man, wie vorliegend, davon aus, dass den Staat eine Schutzpflicht zugunsten der Meinungsbildung trifft, sind mit dieser Pflicht Fragen nach der Rechtfertigung des Schutzhandelns verbunden. Denn kommt der Staat seiner Schutzpflicht nach, ist damit in der Regel ein Eingriff in die Rechtspositionen *derjenigen* Grundrechts-träger*innen verbunden, von denen der potenzielle Schaden an der Meinungsbildung ausgeht, in anderen Worten: vor dem geschützt wird.

Zwar ist eine umfassende Prüfung einer möglichen Grundrechtsverletzung durch Schutzeingriff nur im jeweiligen Einzelfall möglich. Um jedoch die möglichen staatlichen Reaktionen im folgenden Unterkapitel nicht völlig ohne Kontext darzustellen, soll vorliegend jedenfalls ein grundsätzliches Panorama der betroffenen Grundrechtspositionen digitaler Intermediäre entfaltet werden.²⁰⁷ Dies kann zugleich verdeutlichen, dass – bei aller Kritik an möglichen Schäden für die Meinungsbildung – digitale Intermediäre in ihrem Handeln ebenso von Grundrechten geschützt sein können.

²⁰⁵ Siehe unten unter Teil 4 B., S. 278 ff.

²⁰⁶ Siehe folgend unter Teil 4 A. IV., S. 273 ff.

²⁰⁷ Zwar sind möglicherweise auch Grundrechte der Nutzer*innen durch einen regulatorischen Schutzmaßnahmen zugunsten der Meinungsbildungsfreiheit betroffen, zum Zweck der fokussierten Analyse soll hierzu jedoch auf andere Untersuchungen verwiesen werden, siehe etwa Heidke, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 281 ff. m. w. N.

Einzugehen ist dabei auf Meinungs- und Medienfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG sowie die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG.²⁰⁸ Die mögliche entsprechende Grundrechtsträgerschaft ausländischer juristischer Personen – zumindest für solche mit Sitz in der EU, was für praktisch alle digitalen Intermediäre unkompliziert gegeben ist – soll im Folgenden mit der ganz herrschenden Meinung vorausgesetzt werden. Für eine genauere Auseinandersetzung mit dem Diskussionsstand sei an dieser Stelle auf die entsprechende Literatur verwiesen.²⁰⁹

1. Meinungsfreiheit

Die Öffnung des Schutzbereichs der Meinungsfreiheit steht und fällt mit der Frage, ob in der Tätigkeit des Intermediärs – vorliegend in erster Linie: Selektion, Anordnung und Präsentation von Inhalten Dritter – eine eigene Meinungsäußerung zu erkennen ist. Die Anordnung von Inhalten im Feed der Nutzer*innen ist den Intermediärsbetreibern jedenfalls zuzurechnen.²¹⁰ Auch, dass es sich bei der Anordnung im Feed um eine bloße Rangliste handelt, tut dem möglichen Grundrechtsschutz keinen Abbruch: Auch das Erstellen solcher Listen kann von der Meinungsfreiheit geschützt sein, da im Rahmen der Rangordnung ein Werturteil über die geordneten Elemente abgegeben wird.²¹¹

Doch gerade eine solch Wertung fehle im Falle der Feeds der Intermediäre, denn „die dem Algorithmus zugrunde liegenden Parameter sind rein technischer Natur“ und eben nicht von einer subjektiven Einstellung geprägt, argumentiert Pille.²¹² Nur, „wenn die Inhalte des News Feeds manuell ausgewählt werden oder die Algorithmen derart engmaschig programmiert sind, dass nur ganz konkrete Inhalte mit einer klaren inhaltlichen Richtung, etwa ausschließlich positive Kommentare zugunsten einer politischen Partei, angezeigt werden“, sei von einer Meinungsäußerung auszugehen.²¹³

²⁰⁸ Zwar mag auch die Eigentumsfreiheit der Betreiber für die grundrechtliche Bewertung eine Rolle spielen, jedoch gehen von ihr im Vergleich zur Berufsfreiheit „jedenfalls keine weitergehenden Anforderungen“ aus, so Krönke, Privatverfahrensrecht in digitalen Grundrechtsnetzwerken (2022), S. 70, weshalb vorliegend nicht eigens auf erstere eingegangen werden soll; ebenso Wischmeyer, Informationssicherheit (2023), S. 123.

²⁰⁹ Siehe statt vieler zur Meinungs- und zur Medienfreiheit BVerfGE 154, 152 (215); Kaiser, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 109 ff.; zur Berufsfreiheit Wollenschläger, in: Dreier, GG⁴, Art. 12 Rn. 57 ff.; Heidtke, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 279 ff., jeweils m. w. N.

²¹⁰ So, unter Verweis auf BGH, NJW 2013, 2348 (2349); NJW 2010, 2731 (2733): Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 178.

²¹¹ So BVerfG, 1 BvR 580/02 v. 07.11.2002, Rn. 9.

²¹² Siehe Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 179.

²¹³ Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 179; zustimmend Adelberg, Rechtspflichten und -grenzen der Betreiber sozialer Netzwerke (2020), S. 48 f. m. w. N.

Das Beispiel der algorithmischen Bevorzugung einer bestimmten Partei jedoch, das wiederum eine Meinungsäußerung darstellen soll, weist auf den dieser Ansicht innewohnenden Fehlschluss hin: Die Tatsache, dass die Auswahl der Inhalte algorithmisch erfolgt, schließt mitnichten eine Meinungsäußerung aus. Schlussendlich lässt sich *jede* algorithmische Auswahl auf eine Entscheidung des Intermediärs zurückführen, eine bestimmte Art von Inhalt höher zu bewerten als eine andere. Dass dabei nicht immer direkt auf etwa eine politische Meinung, sondern auch auf (vermeintlich „nur“) technische Parameter Bezug genommen wird, ändert daran nichts. Denn auch eine Bevorzugung von Inhalten mit beispielsweise einer bestimmten Zahl von „Likes“ ist eine Bewertung²¹⁴ – sie bedeutet etwa die Bevorzugung der Mehrheitsmeinung. Vor diesem Hintergrund erscheint auch die algorithmische Sortierung von Inhalten kein Ausschlussgrund vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit.

Was hingegen eher Zweifel an die Betätigung von Intermediären im Schutzbereich der Meinungsfreiheit weckt, ist die bekannte Herausforderung der Abgrenzung zwischen der Meinungsfreiheit als Individualkommunikationsgrundrecht des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG und der Medienfreiheit des Satzes 2. Die Kritiker des Meinungsfreiheitsschutzes für Intermediäre haben zu Recht ein Störgefühl dabei, die Inhaltsentscheidungen der Intermediäre unter die Meinungsfreiheit zu fassen. Denn die Entscheidung, mit welcher Priorität welche Inhalte auf Facebook, YouTube & Co angezeigt werden, ist zwar zweifelsohne eine Wertung – doch diese Wertung ähnelt wohl eher der Tendenz-Entscheidung einer* eines Zeitungsverleger*in als der Äußerung eines Stammtischgastes. In anderen Worten: In den Sortierentscheidungen der Intermediäre geht es nicht um den Effekt einer einzelnen singulären Meinungsäußerung, sondern um ihre „Funktion, um das Medienprodukt selbst, um seine institutionell-organisatorischen Voraussetzungen und Rahmenbedingungen“²¹⁵.

Somit ist den genannten kritischen Stimmen der Literatur zwar zuzustimmen, dass mit Blick auf die Sortierentscheidungen der Intermediäre die Meinungsfreiheit nicht einschlägig ist. Das jedoch liegt, wie gezeigt, nicht an einer mangelnden Wertungsqualität der intermediären Tätigkeit – sondern vielmehr daran, dass sich darin weniger das „Meinungsbezogene“ sondern vielmehr das spezifisch „Mediale“ der Freiheit realisiert.²¹⁶ Hinter dieser Wertung trüte auch eine mögliche „relative

²¹⁴ So umfassend bereits *Kellner*, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären (2019), S. 95 ff. Ebenso *Starck/Paulus*, in: v. *Mangoldt/Klein/Starck*, GG⁷, Art. 5 Rn. 86; *Milstein/Lippold*, Suchmaschinenergebnisse im Lichte der Meinungsfreiheit der nationalen und europäischen Grund- und Menschenrechte (2013), S. 184 f. A.A. etwa *Laude*, Automatisierte Meinungsbeeinflussung (2021), S. 95 ff.; *Hartl*, Suchmaschinen, Algorithmen und Meinungsmacht (2017), S. 212 ff.

²¹⁵ So *Kaiser*, in: *Dreier*, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 83 zum Unterschied des Schutzgehalts der Medienfreiheit im Vergleich zur Meinungsfreiheit, unter Berufung auf BVerfGE 85, 1 (13); 86, 122 (128).

²¹⁶ Ebenso bereits *Giere*, Grundrechtliche Einordnung sozialer Netzwerke vor dem Hintergrund des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG) (2021), S. 65 ff.

Grundrechtsträgerschaft“ der Intermediäre zurück, die diese mittelbar aus der betroffenen Meinungsfreiheit ihrer Nutzer*innen geltend machen könnten.²¹⁷

Es erscheint daher konsequent, folgend den Schutzbereich der Medienfreiheit zu prüfen.

2. Medienfreiheit

Während Stimmen der Literatur sich bemühen, die Tätigkeit digitaler Intermediäre mit Blick auf Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG unter entweder die Pressefreiheit²¹⁸ oder die Rundfunkfreiheit²¹⁹ zu subsumieren,²²⁰ ermöglicht eine typen-übergreifende, einheitliche Medienfreiheit²²¹ die Abkehr von Schutzbereichsfragen von Presse und Rundfunk und die Konzentration auf die Freiheit der Medientätigkeit *insgesamt*.²²² Es geht um „die Frage der Bedeutung für die Meinungsverbreitung“²²³ – also neben der bloßen inhaltsneutralen, technischen Komponente um das, was Mafi Gudarzi als „publizistische[s] Wirken“²²⁴ bezeichnet.

Eben jene publizistische Bedeutung besitzen Intermediäre, wie soeben dargelegt.²²⁵ Sie kuratieren und verbreiten zwar individualisierte, jedoch entsprechend einem abstraktgenerellen Maßstab zusammengestellte Inhalte an die Allgemeinheit; fungieren als Vermittler zwischen den Ersteller*innen von Inhalten und ihrem Publikum, treten „teils an die Stelle, teils ergänzend an die Seite der klassischen Me-

²¹⁷ Siehe *Gostomzyk*, Grundrechtsträgerschaft für soziale Netzwerke? Der Anwendungsbereich des Art. 19 Abs. 3 GG (2018), S. 120 ff.; kritisch hierzu *Heldt*, Intensivere Drittirkung (2023), S. 184 f.

²¹⁸ Siehe ausführlich hierzu *Giere*, Grundrechtliche Einordnung sozialer Netzwerke vor dem Hintergrund des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG) (2021), S. 72 ff.

²¹⁹ Siehe etwa *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 279; *Hartl*, Suchmaschinen, Algorithmen und Meinungsmacht (2017), S. 120 f.; *Adelberg*, Rechtspflichten und -grenzen der Betreiber sozialer Netzwerke (2020), S. 49 ff., S. 52, der schreibt, die „überwiegende Tätigkeit der Anbieter wird jedenfalls von der Rundfunkfreiheit erfasst“. Siehe hierzu auch *Kaiser*, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 83 f., 86, 95 m. w. N.

²²⁰ Siehe zu den Mühen der Subsumtion digitaler Medien unter die Varianten des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG bereits umfassend oben, S. 96.

²²¹ Siehe ausführlich die Herleitung oben, Teil 2 E. II., S. 95.

²²² So auch *Mafi Gudarzi*, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken (2022), S. 59; *Keller*, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären (2019), S. 108. Ähnlich für die Zuordnung unter jedenfalls „eine“ Medienfreiheit: *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 5 Rn. 111; *Friehe*, Löschen und Sperren in sozialen Netzwerken (2020), S. 1700; *Paal*, Vielfaltssicherung bei Intermediären (2018), S. 568; *Gersdorf*, Hate Speech in sozialen Netzwerken (2017), S. 443.

²²³ So *Laude*, Automatisierte Meinungsbeeinflussung (2021), S. 110 nach dem vergeblichen Versuch eines „Intermediäre sind wie Rundfunk/Presse, weil ...“.

²²⁴ Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken, S. 67.

²²⁵ Siehe oben im Kontrast zur Meinungsfreiheit unter Teil 4 A. IV. 1., S. 274 f.

dien“²²⁶. Sie erfüllen damit die mediale Funktion im digitalen Raum und liegen aus diesem Grund zweifellos im Schutzbereich der Medienfreiheit.²²⁷

Derweil kommt selbst dann, wenn man auf der umstrittenen Abgrenzung zwischen Presse-, Rundfunk- und Medienfreiheit besteht, dieser im vorliegenden Zusammenhang nur begrenzte Relevanz zu,²²⁸ da im Ergebnis auch jene Vertreter*innen der Literatur, die eine Einordnung in den Schutzbereich von Presse- oder Rundfunkfreiheit vorziehen, eine solche jedenfalls schlussendlich vornehmen.

3. Berufsfreiheit

Neben den für Kommunikationsplattformen naheliegenden Kommunikationsfreiheiten wären Intermediäre durch meinungsbildungssichernde Regulierung schließlich potenziell in ihrer Berufsfreiheit beziehungsweise unternehmerischen Freiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG betroffen. Denn die Art und Weise, auf welche sie Inhalte auswählen und anordnen, ist in jedem Falle Kern ihres Geschäftsmodells, vielmehr: es *ist* ihr Geschäftsmodell. Da sich Intermediäre vor allem über Werbung finanzieren, sind sie darauf angewiesen, mittels Inhaltekuratierung einen kommunikativen Raum zu schaffen, in dem sich möglichst viele Nutzer*innen möglichst lange aufhalten.²²⁹ Welche Inhalte sie auf ihrer Plattform präsentieren, bestimmt eben jenen Raum und damit dessen „Wert“ für ihre Nutzer*innen.

Vor diesem Hintergrund beeinflusst jede staatliche Einmischung in diese Entscheidung die Ausübung der unternehmerischen Freiheit, weshalb sie als Eingriff in die Berufsfreiheit interpretiert werden muss – und somit vor Rechtfertigungshürden steht.²³⁰

²²⁶ *Friehe*, Löschen und Sperren in sozialen Netzwerken (2020), S. 1700.

²²⁷ So im Ergebnis auch Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken, S. 70; *Kellner*, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären (2019), S. 112 ff.; *Gersdorf*, Hate Speech in sozialen Netzwerken (2017), S. 443, jeweils m. w. N. *Pille*, Der Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit im Internet (2018), S. 194 ff. plädiert hingegen für eine Zuordnung zu einer übergeordneten Kommunikationsfreiheit, die sowohl Individual- als auch Massenkommunikation umfasst. Hierzu bereits umfassend oben, S. 96. *Heldt*, Intensivere Drittirkung (2023), S. 182 ff. hingegen sieht die intermediäre Tätigkeit nicht von der Medienfreiheit erfasst.

²²⁸ Der einzige relevante Unterschied bestünde freilich in einem möglichen dienenden Charakter der potenziellen Rundfunkfreiheit der Intermediäre (so etwa *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 279 ff.). Dass diese Sonderdogmatik unvereinbar mit der Verfassung ist, ist aber im Zuge dieser Arbeit bereits dargestellt worden, siehe oben unter Teil 3 B., S. 144 ff.

²²⁹ Siehe hierzu auch *Lüdemann*, Grundrechtliche Vorgaben für die Löschung von Beiträgen in sozialen Netzwerken (2019), S. 281.

²³⁰ Siehe nur, auch für zahlreiche w.N.: *Mafí Gudarzi*, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken (2022), S. 30; *Laude*, Automatisierte Meinungsbeeinflussung (2021), S. 90 ff.; *Adelberg*, Rechtspflichten und Grenzen der Betreiber sozialer Netzwerke (2020), S. 62 f.; *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 279 ff.; *Gersdorf*, Hate Speech

Diese Hürden für Eingriffe in die Berufsfreiheit sind, insbesondere im Vergleich zu jenen mit Blick auf die Meinungs- und Medienfreiheit, nicht besonders hoch, mancher spricht gar von der bloßen „Erinnerung an ein Grundrecht“²³¹. Dennoch werfen sie ein Schlaglicht darauf, dass, auch ganz ohne den Kontext der Kommunikationsfreiheiten, die Tätigkeiten der Intermediäre eine schützenswerte und geschützte Handlung darstellen – ein Detail, das in Anbetracht der umfassenden Kritik der vorliegenden Arbeit an intermediärem Geschäftsgebaren noch einmal betont werden soll.²³²

Mit Blick auf Medien- und Berufsfreiheit wird somit deutlich: Welche Maßnahmen der Staat auch ergreifen mag, um seiner Schutzpflicht für die Meinungsfreiheit gerecht zu werden – sie sind in ihrer Rechtfertigung mit den Freiheiten der Intermediäre abzuwägen. Um welche Maßnahmen es sich dabei handelt, darauf wird im folgenden Kapitel einzugehen sein. Es gilt, mögliche regulatorische Reaktionen darzustellen und auf ihre Eignung zur Erfüllung einer Schutzpflicht zu untersuchen.

B. Bausteine der Intermediärsregulierung de lege lata und de lege ferenda

Im Jahr 2023, rund 20 Jahre nach der Gründung Facebooks, sind die genannten Risiken digitaler Intermediäre für die Meinungsbildung keine Überraschung mehr. So hat inzwischen auch der Gesetzgeber Maßnahmen ergriffen, um seinen Umgang mit den digital-medialen Akteuren auf neue, bessere Füße zu stellen. Ausgangspunkt dieser Maßnahmen war ein sich wandelnder Eindruck, den Einfluss und Verhalten digitaler Intermediäre hinterließen. Betrachteten Politik und Gesellschaft ihr Agieren lange Zeit als verbesserungswürdig wenngleich noch akzeptabel, brachte spätestens ihr (mangelnder) Umgang mit teils offen rechtswidrigen Inhalten zum Höhepunkt der Fluchtmigration und der Eindruck eines rechtsfreien Raumes²³³ auf Facebook, Twitter & Co eine Wende in der öffentlichen Meinung.²³⁴ Rückblickend

in sozialen Netzwerken (2017), S. 443; *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 179.

²³¹ So *Hufen*, Berufsfreiheit – Erinnerung an ein Grundrecht (1994). Siehe auch *Wischmeyer*, Informationssicherheit (2023), S. 124 f. m. w. N.

²³² Krönke spricht in diesem Zusammenhang von einer „tendenziell technikkritischen rechtswissenschaftlichen Tradition“ (*Krönke*, Privatverfahrensrecht in digitalen Grundrechtsnetzwerken, S. 38) – eine Einordnung, der die vorliegende Arbeit nicht entgegentreten mag, die jedoch auch nicht zwangsläufig als nachteilig empfunden werden muss; zumindest dann nicht, wenn sich die kritische Bewertung mehr aus einer Beschäftigung mit Tatsachen speist als aus einer pauschalen Ablehnung digitaler Technologie als potenziell gefährlich.

²³³ Siehe hierzu auch oben, Fußnote 123.

²³⁴ Ausführlich zu diesem historischen Hintergrund wie auch den folgenden ersten regulatorischen Reaktionen siehe *Gorwa*, Elections, institutions, and the regulatory politics of

urteilt etwa *Sorge*: „Die bisherige Praxis, den Betreiber*innen die Bewältigung dieser Herausforderungen in eigener Verantwortung zu überlassen, ist gescheitert.“²³⁵

Vor diesem Eindruck eines „So kann es nicht weitergehen“ bestand der erste politische Reflex in Deutschland in einem Appell an die Selbstregulierungs Kräfte der Branche, als der damalige Bundesjustizminister Heiko Maas zunächst im Rahmen einer „Task Force“ die entsprechenden Akteure zusammenbrachte und ihnen eine Selbstverpflichtung abrang.²³⁶

Deren Ergebnisse ließen jedoch auch ein Jahr nach ihrer Einrichtung aus Sicht der Politik zu wünschen übrig,²³⁷ sodass der Minister am 14. März 2017 – interessanterweise dem Tag der Veröffentlichung der Task-Force-Abschlussevaluation²³⁸ – den Referentenentwurf des NetzDG²³⁹ vorstellt.

Das NetzDG stellt den Ausgangspunkt der expliziten legislativen Beschäftigung mit der Rolle digitaler Intermediäre für den demokratischen Diskurs dar und wurde von teils lauter Kritik aus Wissenschaft, Wirtschaft und Zivilgesellschaft begleitet.²⁴⁰ Während auf einzelne Elemente des NetzDG noch einzugehen sein wird, sei es an dieser Stelle zunächst in den Kontext ähnlicher Gesetzesvorhaben gesetzt, die sich in Deutschland und Europa anschlossen. Denn der Bundesgesetzgeber hatte sich zwar in seinem Gesetzentwurf explizit auf die „massive Veränderung des gesellschaftlichen Diskurses im Netz und insbesondere in den sozialen Netzwerken“²⁴¹ bezogen, sich allerdings – der legislativen Kompetenzverteilung entsprechend – inhaltlich vor allem auf die Durchsetzung von Strafrechtsnormen konzentriert.

platform governance (2021) und *Wischmeyer*, What is illegal offline is also illegal online (2020).

²³⁵ *Sorge*, Digitaler Bundestagswahlkampf 2021: Desinformation, „Microtargeting“ und „Social-Bots“ (2022), S. 45.

²³⁶ Siehe *Bundesregierung*, Task-Force gegen Hassbotschaften (2015). Zum theoretischen Hintergrund der Selbstregulierung als erstem Schritt im Rahmen technologischer Risikovorsorge siehe *Scherzberg*, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht (2004), S. 226.

²³⁷ Siehe *BMFSFJ*, Löschung von strafbaren Hasskommentaren im Netz noch nicht ausreichend (2016). Ebenfalls zu den Hintergründen des Scheiterns *Wischmeyer*, What is illegal offline is also illegal online (2020), S. 30 ff. sowie *Gorwa*, Elections, institutions, and the regulatory politics of platform governance (2021), S. 3 ff.

²³⁸ *Jugendschutz.net*, Löschung rechtswidriger Hassbeiträge bei Facebook, YouTube und Twitter (2017).

²³⁹ *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*, Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (2017).

²⁴⁰ Siehe für einen Überblick der Kritikpunkte samt Replik etwa *Schiff*, Meinungsfreiheit in mediatisierten digitalen Räumen (2018); sowie die Stellungnahmen zum ursprünglichen Gesetzentwurf: *Schwartmann*, Stellungnahme NetzDG (2017); *Weber*, Stellungnahme NetzDG (2017); *Mihr*, Stellungnahme NetzDG (2017).

²⁴¹ *Faktionen der CDU/CSU und SPD*, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (BT-Drs. 18/12356) (2017), S. 1.

Die für Medienrecht zuständigen Landesgesetzgeber haben sich mit dem Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland, kurz: Medienstaatsvertrag (MStV), ebenfalls der Rolle digitaler Intermediäre angenommen. Der Medienstaatsvertrag, der im November 2020 den Rundfunkstaatsvertrag abgelöst hat, stellt die bisher wohl grundsätzlichste Reform des deutschen Medienrechts dar und wendet sich erstmals mit eigenen Regulierungsansätzen explizit auch an neue digitale Medienmittler wie Intermediäre, Benutzeroberflächen und Video-Sharing-Dienste.²⁴²

Mit seinem Inkrafttreten im November kam das neue Regelwerk der Länder gewissermaßen gerade noch rechtzeitig, bevor bereits einen Monat später die EU-Kommission ihren Entwurf des Digital Services Act vorstellte. Beim DSA handelt es sich um eine Reform der zu jenem Zeitpunkt bereit zwei Jahrzehnte alten E-Commerce-Richtlinie der EU, gewissermaßen dem Grundstein der EU-Digitalregulierung. Unter dem Kompetenztitel der Harmonisierung des europäischen Binnenmarkts widmet sich der DSA der Regulierung digitaler Vermittlungsdienste, unter die auch soziale Netzwerke und Suchmaschinen fallen. Dabei enthält der DSA auch zahlreiche auf die vermittelten Inhalte bezogene Vorschriften, etwa zu Fragen des Anwendung der Hausregeln der Intermediäre oder des nationalen Rechts, zu möglichen Widerspruchswegen sowie Transparenz- und Nichtdiskriminierungspflichten.²⁴³ Mit diesen europaweiten Regeln bemüht sich die EU, einer Fragmentierung durch entsprechendes nationalstaatliches Recht entgegenzuwirken, da neben Deutschland bereits weitere Mitgliedsstaaten ähnliche Gesetzesinitiativen ergriffen haben: etwa das österreichische Kommunikationsplattformen-Gesetz und das französische Gesetz zur Bekämpfung von Hassinhalten im Internet, das nach der berichterstattenden Abgeordneten Laeticia Avia als Loi Avia bekannt wurde.²⁴⁴

Mit dieser kurzen legislativen Übersicht sei der Schlussteil der vorliegenden Arbeit eröffnet. Er hat zum Ziel, die verschiedenen regulatorischen Initiativen an den Voraussetzungen jener Schutzpflicht zu messen, die im vorigen Kapitel gegenüber intermediären Risiken hergeleitet worden ist. Anstatt jedoch glossarhaft NetzDG, MStV und DSA nacheinander durchzuprüfen, legt die vorliegende Arbeit den Schwerpunkt vielmehr auf die konzeptionellen Bestandteile der Regulierung insgesamt. Damit erhält die Analyse eine Struktur, die weniger den einzelnen

²⁴² Siehe für eine Zusammenfassung etwa *Dörr*, Regulierung intermediärer Plattformen durch den Medienstaatsvertrag (2022); *Siara*, Siara (2020); *Paal/Heidtke*, Vielfaltssichernde Regulierung der Medienintermediäre nach den Vorschriften des Medienstaatsvertrags der Länder (2020).

²⁴³ Für einen Überblick über die neuen Regeln siehe etwa *Grewel/Schmid*, Digital Services Act: Neues „Grundgesetz für Onlinedienste“? (2021); *Härtig/Adamek*, Digital Services Act – ein Überblick (2021); *Janal*, Haftung und Verantwortung im Entwurf des Digital Services Acts (2021).

²⁴⁴ Der französischen Verfassungsrat jedoch erklärte das Gesetz für nicht mit der französischen Verfassung vereinbar, siehe hierzu *Heldt*, Loi Avia: Frankreichs Verfassungsrat kippt Gesetz gegen Hass im Netz (2020).

Rechtsakten folgt als den – teils in mehreren von ihnen angewandten – Regulierungsansätzen gegenüber Intermediären.

Ziel ist es, diese regulatorischen Herangehensweisen der Gesetzgeber an Intermediäre darauf zu überprüfen, ob sie den Anforderungen der dargestellten staatlichen Schutzpflicht standhalten²⁴⁵ – und dort, wo sie Lücken lassen, Optionen zum Nachschärfen aufzuzeigen.

Dabei sollen mögliche Kompetenzkonflikte im Mehrebenensystem von Ländern, Bund und EU im Rahmen der Analyse eine lediglich nachgeordnete Rolle spielen. Nicht *wer* mit *welchem Gesetz* Intermediäre zu regulieren sucht, steht im Mittelpunkt der Untersuchung – stattdessen geben die einzelnen Bausteine von Regulierung der Analyse Struktur. Die folgenden Seiten sollen aufzeigen, mit welchen grundsätzlichen Regulierungskonzepten die öffentliche Hand den Risiken digitaler Intermediäre begegnet und ob diese sich eignen, einer staatlichen Schutzpflicht zugunsten der Meinungsfreiheit zu entsprechen.²⁴⁶ Auf diese Weise wird deutlich werden: Die verschiedenen Gesetzgeber des Mehrebenensystems wollen nicht nur sämtlich der Herausforderung digitaler Intermediäre begegnen – sie orientieren sich bei ihren jeweiligen Initiativen auch an den anderswo bereits ergriffenen Maßnahmen. Ob sie damit ihrer Schutzpflicht gerecht werden, gilt es, auf den kommenden Seiten zu prüfen.

Die Reihenfolge, in der die verschiedenen Elemente dargestellt werden, orientiert sich an den Ansatzpunkten möglicher Regulierung: Neben (1.) einer grundsätzlichen Effektivierung der Durchsetzung bestehenden Rechts²⁴⁷ ist das vor allem der Akt der Auswahl- und Moderationsentscheidungen der Intermediäre, die in zwei Dimensionen im Fokus stehen. Einerseits spielt die *Prozessdimension* der Entscheidungen eine Rolle, genauer: ihre (2.) Transparenz²⁴⁸ und (3.) Diskriminierungsfreiheit²⁴⁹ sowie (4.) die Stärkung der Verfahrensrechte²⁵⁰ der Nutzer*innen.

Zusätzlich zum Entscheidungsprozess kann Regulierung andererseits die Entscheidungsgrundlage der Intermediäre adressieren, indem sie eine (5.) Privilegierung bestimmter Inhalte²⁵¹ vorschreibt oder die Regelsetzung durch (6.) Plattformräte²⁵² und Mitbestimmung der Nutzer*innen der Alleingestaltung der Unternehmen entzieht. Neben Entscheidungsprozess und Entscheidungsgrundlage hat auch, auf einer grundsätzlicheren Ebene, der wirtschaftliche Rahmen Einfluss auf das Risiko

²⁴⁵ Mit Blick auf den DSA stellt selbstredend die GRCh die Referenz dar.

²⁴⁶ Einen ähnlichen Ansatz verfolgt auch Heidtke, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 275 ff.

²⁴⁷ Siehe folgend unter Teil 4 B. I., S. 282 ff.

²⁴⁸ Siehe unten unter Teil 4 B. II., S. 284 ff.

²⁴⁹ Siehe unten unter Teil 4 B. III., S. 291 ff.

²⁵⁰ Siehe unten unter Teil 4 B. IV., S. 297 ff.

²⁵¹ Siehe unten unter Teil 4 B. V., S. 306 ff.

²⁵² Siehe unten unter Teil 4 B. VI., S. 316 ff.

der Intermediäre, sodass (7.) eine Reform des Medienkonzentrationsrechts²⁵³ sowie (8.) Veränderungen des intermediären Geschäftsmodells²⁵⁴ als regulatorische Ansatzpunkte diskutiert werden sollen.²⁵⁵

In dieser Gliederung deutet sich bereits an: Die Unterkapitel 1. bis 4. betreffen regulatorische Bausteine *de lege lata*; 5. bis 8. hingegen behandeln Regulierungsoptionen *de lege ferenda*. Anstatt aber bereits unmittelbar in jedem Unterkapitel die Geeignetheit einer Maßnahme zur Schutzpflichterfüllung zu prüfen, soll stattdessen im Anschluss an alle dargestellten Regulierungsoptionen eine Gesamtschau vorgenommen werden.²⁵⁶ Genügen die Gesetzgeber mit ihren bereits umgesetzten Bausteinen der Intermediärsregulierung ihrer Schutzpflicht zugunsten der Meinungsbildung? Oder sind weitere regulatorische Schritte erforderlich, um dieser gerecht zu werden?

I. Effektuierung der Rechtsdurchsetzung

Der wohl konsequente, erste Schritt bei der Diskussion neuer Regulierung ist es, zunächst die bestehenden Regeln – soweit anwendbar – im betroffenen Anwendungsbereich durchzusetzen. In anderen Worten: Die beste Regulierung ist nichts wert, wenn man ihr keine Geltung verschafft. Doch bereits eine solche nationale Durchsetzung geltenden Rechts kann in Zeiten der globalen Vernetzung eine besondere Herausforderung darstellen: Herkunft oder Standort eines digitalen Dienstes sind für dessen Erreichbarkeit ohne Bedeutung, sodass Fragen der Rechtsdurchsetzung gegenüber in Deutschland angebotenen Intermediären sich schnell zu Fragen der internationalen Rechtsdurchsetzung entwickeln. Dies gilt umso mehr, da vor allem amerikanische Intermediäre den deutschen Markt dominieren. Nach Ansicht mancher ist gar im Internet „der Nationalstaat als Kontrolleur weitgehend ohnmächtig“²⁵⁷.

Zwar konnten deutsche Medienaufsichts- und Strafverfolgungsbehörden bereits früh Erfahrung mit der Rechtsdurchsetzung gegenüber vor allem amerikanischen Intermediären sammeln, die ihren europäischen Sitz meist in Irland haben. Aller-

²⁵³ Siehe unten unter Teil 4 B. VII., S. 321 ff.

²⁵⁴ Siehe unten unter Teil 4 B. VIII., S. 322 ff.

²⁵⁵ Ingold weist zu Recht darauf hin, dass in diesen verschiedenen Regulierungsansätzen zugleich der Zielkonflikt moderner Medienregulierung zutage tritt (*Ingold*, Meinungsmacht des Netzes, S. 81 f.): Während (2.) bis (4.) auf die Sicherung individueller Autonomie im Medienkonsum abzielen, haben (5.) bis (8.) grundlegender die Vielfaltsicherung auf überindividueller Ebene im Blick. Hierauf wird noch einzugehen sein, siehe unten unter Teil 4 B. IX., S. 324 ff.

²⁵⁶ Siehe unten unter Teil 4 B. IX., S. 324 ff.

²⁵⁷ *Hoffmann-Riem*, Medienregulierung als objektiv-rechtlicher Grundrechtsauftrag (2002), S. 193. Umfassend zur Rechtsdurchsetzung im Internet *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 285 ff. m. w. N.

dings waren hierfür lange Zeit aufwändige Rechtshilfeersuchen an irische Behörden nötig, da die direkte Zusammenarbeit beispielsweise mit Facebook in Deutschland auf wenig Kooperationswillen seitens des Unternehmens stieß. Eine große Hürde bei der Rechtsdurchsetzung, sowohl für Regulierungsbehörden als auch Private, war dabei meist die wirksame Zustellung entsprechender Kommunikation an die internationalen Unternehmen, die sich mangels deutschem Sitz meist schwierig gestaltete.²⁵⁸

Vor diesem Hintergrund ergeben sich zwei Möglichkeiten, die Rechtsdurchsetzung durch vereinfachte Kommunikation mit den Intermediären zu verbessern: Entweder die internationalen Zustellungsverfahren zu erleichtern und entsprechende Kooperationen zu verbessern oder aber die Kommunikation von ihrer internationalen Komponente zu befreien und eine Zustellung durch die verpflichtende Einrichtung von Bevollmächtigten der in Deutschland aktiven Intermediäre direkt vor Ort zu ermöglichen.

Beide Möglichkeiten haben Aufsichtsbehörden und Gesetzgeber genutzt. Einerseits hat sich die European Regulators Group for Audiovisual Media Services (ERGA), das gemeinsame Gremium europäischer Medienaufsichtsbehörden, im Dezember 2020 zu „effektiver und effizienter Kooperation“ bei transnationalen Aufsichtsverfahren bekannt.²⁵⁹ Andererseits enthalten auch die vom Gesetzgeber verabschiedeten Rechtsakte Bestimmungen, die die Durchsetzung bestehenden Rechts gegenüber Intermediären verbessern sollen. So verpflichtet § 92 MStV Medienintermediäre zur Einrichtung von Zustellungsbevollmächtigten in Deutschland, um unkomplizierter Ordnungswidrigkeitenverfahren einzuleiten und führen zu können. Ähnlich schreibt auch § 5 NetzDG die Benennung eines Zustellungsbe-

²⁵⁸ So verweigerten Plattformen wie Facebook und Twitter an ihrem europäischen Hauptsitz in Irland lange Zeit die Annahme anwaltlicher wie gerichtlicher Schreiben in deutscher Sprache; eine Praxis, der erst höherinstanzliche Gerichte Einhalt gebieten konnten, siehe etwa OLG Köln, 15 W 70/18 v. 09.05.2019, Rn. 11f.; OLG München, 14 W 1170/19 v. 14.10.2019, Rn. 18ff. Siehe auch zu den Hintergründen und dem Scheitern der freiwilligen, auf Kooperation der Unternehmen setzenden Task Force *Wischmeyer*, *What is illegal offline is also illegal online* (2020), S. 30 ff. sowie *Gorwa*, *Elections, institutions, and the regulatory politics of platform governance* (2021), S. 3 ff. Siehe auch die entsprechende Kritik der AmadeuAntonio-Stiftung an der ursprünglichen Entwurfsversion des NetzDG, *Am Ziel vorbei und irreparabel: Zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken*, S. 1 f. Für eine journalistische Aufarbeitung der Hinhaltetaktiken der Unternehmen siehe etwa *Fleischhauer*, *Facebook: Die Hass-Maschine* (2016); *Berndt*, *Internet: Facebook-Profil wird zum Beweismittel* (2012).

²⁵⁹ Siehe *ERGA*, *Memorandum of Understanding* (2020), S. 9. Diese Erklärung kam insoweit zu einem interessanten Zeitpunkt, da damals sowohl auf nationaler als auch europäischer Ebene bereits Gesetzgebungsverfahren liefen oder gar abgeschlossen waren, um mit Hilfe materiellen Rechts der bisher mangelnden Kooperationsbereitschaft der europäischen Regulierer entgegenzuwirken. Ob eine vereinfachte Kooperation nicht bereits schon vorher möglich oder schlicht politisch nicht opportun war oder ob lediglich die Sorge vor schwindender Kompetenz das Gremium gewissermaßen kurz vor Toresschluss zu seiner Erklärung befürigte, bleiben offene Fragen.

vollmächtigten für soziale Netzwerke vor, dessen Zuständigkeitsbereich über Ordnungswidrigkeitenverfahren hinausgeht und beispielsweise auch Zustellungen in gerichtlichen Verfahren, insbesondere zur Wiederherstellung entfernter oder gesperrter Inhalte, erfasst. Und auch der DSA erfordert in seinen Artikeln 12 und 13 die Einrichtung zentraler Kontaktstellen der Intermediäre – sowohl für Behörden der Mitgliedsstaaten als auch für ihre Nutzer*innen. Alle drei Normen sind jeweils bußgeldbewehrt.

Dass auf diese Weise dem deutschen Recht zur besseren Anwendung auf digitalen Intermediären verholfen werden soll,²⁶⁰ erfüllt zweifellos auch eine Schutzfunktion des Staates gegenüber seinen Bürger*innen. Einen spezifischen Schutz der Meinungsbildung bedeuten solche Rechtsdurchsetzungs-Stärkungen jedoch nicht: „zur Bewältigung der beschriebenen Herausforderungen, die durch den Siegeszug der sozialen Medien entstanden sind, greift eine solche Zielsetzung [...] zu kurz“²⁶¹. Die neuen Normen schützen gerade nicht vor *neuen* Risiken digitaler Intermediäre, sondern arbeiten vielmehr bestehende Verfehlungen des Rechtsstaats in puncto Rechtsdurchsetzung auf. Anders ausgedrückt: Funktionierende Rechtsdurchsetzung ist eine Voraussetzung für effektive Regulierung als solche. Noch dazu sähen sich Regulierungsmaßnahmen, denen die Durchsetzbarkeit fehlt, größeren Hürden in puncto Geeignetheit im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung gegenüber.²⁶² Insofern stellen Initiativen des Gesetzgebers, die die Rechtsdurchsetzung gegenüber digitalen Intermediären verbessern soll, zwar eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung zur Erfüllung einer entsprechenden Schutzpflicht dar.

II. Transparenz

Ein weiterer Ansatz, den Risiken (insbesondere der erwähnten Machtasymmetrie und Intransparenz²⁶³) digitaler Intermediäre regulatorisch zu begegnen, ist, auf ihre Entscheidungsprozesse Einfluss zu nehmen. Ein erster Schritt hierbei besteht darin, Details ihrer – bisher – undurchsichtigen Funktionsweise öffentlich zu machen und sowohl gegenüber Nutzer*innen als auch Aufsichtsbehörden für mehr Transparenz zu sorgen. Auf diese Weise soll es nicht nur möglich werden, die Risiken der Dienste besser zu verstehen, sondern perspektivisch auch zusätzliche, bessere Ansatzpunkte für ihre Regulierung zu finden.

²⁶⁰ Da der DSA die Einordnung einzelner Inhalte als illegal auch vom nationalstaatlichen Recht abhängig macht (Art. 9 Abs. 1 DSA), wird auf diese Weise durch die EU-Norm mittelbar auch die Durchsetzung deutschen Rechts verbessert.

²⁶¹ *Mitsch, Soziale Netzwerke und der Paradigmenwechsel des öffentlichen Meinungsbildungsprozesses* (2019), S. 816.

²⁶² Siehe *Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke* (2016), S. 287.

²⁶³ Siehe hierzu oben unter Teil 4 A. II. 3., S. 262 ff.

Zentral erscheint dabei, Transparenz nicht um ihrer selbst willen zu schaffen. Der Erfolg von Regulierung in diesem Bereich kann nicht bloß in Form von offengelegten Abläufen oder gelüfteten Geschäftsgeheimnissen gemessen werden. Vielmehr muss die Schaffung von Transparenz stets auf die Eröffnung neuer (und erforderlicher) Handlungsspielräume von Aufsicht und Nutzer*innen gerichtet sein, um nicht als generischer und Technologiedebatten stets innenwohnender Wunsch²⁶⁴ abgetan zu werden. Diese Eröffnung von Handlungsspielräumen ist jedoch keine selbstverständliche Folge von Transparenzregeln; teils entfalten Transparenzvorschriften unerwünschte Nebenwirkungen wie überbordende Bürokratie und die Veröffentlichung von Informationen, die in Form von „window dressing“ eher der Verschleierung denn der Aufklärung interner Abläufe dienen.²⁶⁵

Statt daher Transparenz als einen binären Zustand zu begreifen, ist sie vielmehr als regulatorische Stellschraube zu verstehen, die nicht nur kontinuierlicher Nachsteuerung bedarf, sondern die möglicherweise Regulierungsbedarf auch erst aufzeigt.²⁶⁶ Bildlich gesprochen: Wer Licht ins Dunkel bringen will, um dort lauernde Risiken erkennen und ihnen entgegentreten zu können, für den spielt nicht nur die Größe der Taschenlampe eine Rolle, sondern auch, in welche Richtung sie leuchtet – und dass er diese Richtung immer wieder verändern kann.

Transparenzvorschriften, die sich inzwischen in allen jüngeren Intermediärsregulierungsinitiativen finden, beziehen sich entweder (1) auf die abstrakte Transparenz der Regeln, nach denen Intermediäre Inhalte ordnen und gegebenenfalls moderieren; (2) auf die konkreten Begründungen von Moderations- und Anzeige-Entscheidungen, sei es gegenüber den Urheber*innen des Inhalts oder der Öffentlichkeit; oder (3) auf statistische Auswertungen der Moderationstätigkeit der Intermediäre.

1. Abstrakte Regeltransparenz

Ähnlich dem aus dem öffentlichen Recht bekannten Bestimmtheitsgrundsatz geht es bei dieser ersten Transparenzkategorie darum, Klarheit über die in der Ein-

²⁶⁴ So die Warnung bei *Wischmeyer*, Regulierung intelligenter Systeme (2018), S. 44.

²⁶⁵ Siehe *Rieder/Hofmann*, Towards platform observability (2020), S. 5 ff. *Wagner et al.*, Regulating transparency? (2020), S. 263 sprechen mit Blick auf die tendenziösen Interpretationen der Transparenzregeln durch Unternehmen im eigenen Interesse von „transparency as visibility management“. Ähnlich kritisch unter Verweis auf weitere empirische Untersuchungen *Gorwa/Garton Ash*, Democratic Transparency in the Platform Society (2020), S. 302 ff. Ebenfalls als Metastudie aufschlussreich, wenn auch staatliche Transparenzverpflichtungen betreffend: *Cucciniello/Porumbescu/Grimmelikhuijsen*, 25 Years of Transparency Research (2017).

²⁶⁶ Mit Blick auf Transparenz algorithmischer Systeme bringen es *Ananny/Crawford* auf den Punkt: „if transparency is ineffective because the power to shame is ineffective against those with the power to endure visibility, then the system’s model of accountability should focus on the power imbalance transparency’s impotence reveals.“ (*Ananny/Crawford*, Seeing without knowing, S. 984).

flusssphäre eines Intermediärs bestehenden Inhaltsregeln zu schaffen. So zwingt etwa § 93 Abs. 1 MStV Medienintermediäre dazu, „die Kriterien, die über den Zugang eines Inhalts zu einem Medienintermediär und über den Verbleib entscheiden“ (Nr. 1), sowie „die zentralen Kriterien einer Aggregation, Selektion und Präsentation von Inhalten und ihre Gewichtung einschließlich Informationen über die Funktionsweise der eingesetzten Algorithmen in verständlicher Sprache“ (Nr. 2) zu veröffentlichen. Ähnlich normiert Art. 27 DSA für Intermediäre²⁶⁷ die Offenlegung der „wichtigsten Parameter [...], die in ihren Empfehlungssystemen verwendet werden, sowie alle[fr] Optionen, die sie den Nutzern zur Verfügung stellen, damit diese die wichtigsten Parameter ändern oder beeinflussen können“.²⁶⁸ Diese Form der Transparenz dient dazu, auf kollektiver Ebene eine Auseinandersetzung über die Bewertungskategorien der Intermediäre zu ermöglichen²⁶⁹ sowie in der Folge auf individueller Ebene die Unternehmen an ihren eigenen Regeln zu messen und sie bei Verstößen zur Verantwortung zu ziehen.²⁷⁰

2. Konkrete Entscheidungstransparenz

Bei der konkreten Anwendung der Hausregeln setzt Transparenz potenziell auf drei Ebenen an. Erstens sollen Nutzer*innen der Intermediäre (und teils auch die Öffentlichkeit) erkennen können, warum ihnen bestimmte Inhalte angezeigt werden, insbesondere mit Blick auf Werbung: So sorgt etwa Art. 26 DSA dafür, dass Nutzer*innen „die natürliche oder juristische Person, in deren Namen die Werbung angezeigt wird“ ebenso sehen können wie „aussagekräftige Informationen über die wichtigsten Parameter zur Bestimmung der Nutzer, denen die Werbung angezeigt wird“. Diese Form der Transparenz ermöglicht auf individueller Ebene gewissermaßen eine Selbsterkenntnis der Nutzer*innen gegenüber dem jeweiligen Intermediär: Sie gibt Aufschluss darüber, in welche „Schubladen“ werberelevanten Zielgruppen der Intermediär die*den Nutzer*in eingeordnet hat, und kann somit dazu beitragen, für die entsprechende Fragmentierung der Intermediärs-Öffentlichkeit zu sensibilisieren. Art. 39 DSA schreibt für besonders große „Plattformen“ überdies vor, in Form einer Werbedatenbank alle geschalteten Anzeigen samt (u. a.) Zielgruppen, Auftraggeber und Reichweite öffentlich und damit gesellschaftlich nachvollziehbar zu machen.²⁷¹

²⁶⁷ Der DSA spricht gemäß seiner eigenen Definition von „Online-Plattformen“.

²⁶⁸ Siehe für einen Vergleich deutscher und europäischer Regeln in diesem Bereich *Flame, Schutz der Meinungsvielfalt im digitalen Raum* (2021), S. 771 ff.

²⁶⁹ Siehe *Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke* (2016), S. 362 f.

²⁷⁰ Mit der Offenlegung der Parameter als Teil der Intermediärs-AGB können Nutzer*innen sich gegebenenfalls gerichtlich gegen ungerechtfertigten Umgang mit ihren Inhalten zur Wehr setzen.

²⁷¹ Zur Bedeutung von Werberegulierung mit Blick auf Intermediäre siehe *Hermstrüwer, Wahrheit als Regelungsproblem* (2021), S. 178 ff.

Von der zweiten Form konkreter Entscheidungstransparenz profitieren die Urheber*innen einzelner Inhalte, in deren Verbreitung der Intermediär besonders eingreift, indem er die betroffenen Nutzer*innen umfassend über die Durchführung einer Moderation und deren Gründe informiert. So verpflichtet beispielsweise Artikel 17 Abs. 1 DSA die Unternehmen dazu, unter anderem jede Einschränkung der Sichtbarkeit einzelner Inhalte deren Urheber*innen gegenüber klar und konkret zu begründen. Ähnlich schreibt § 3 Abs. 2 Nr. 5 NetzDG vor, im Falle eines Tätigwerdens nach einer Beschwerde über rechtswidrige Inhalte „den Nutzer, für den der beanstandete Inhalt gespeichert wurde, über jede Entscheidung unverzüglich [zu] informier[en]“ und sie entsprechend zu begründen.

Die dritte Form konkreter Entscheidungstransparenz erweitert deren Wirkung von der individuellen auf die kollektive Ebene, indem Intermediäre die Umstände und Verfahrensgeschichte aller ihrer Entscheidungen „in geeigneter Weise veröffentlichten“²⁷². Eine solche Entscheidungsdatenbank, so die Hoffnung, kann zur „Beobachtung, Diskussion und Korrektur“²⁷³ der Maßstäbe intermediärer Entscheidungen beitragen. Allerdings stellt die „geeignete Weise“, in der eine solche Veröffentlichung stattfinden soll, eine regulatorische Herausforderung dar. Viele der Fälle werden Persönlichkeitsrechte einzelner Nutzer*innen berühren, sodass viele von ihnen ein Interesse gerade daran haben werden, dass die entsprechenden Inhalte *nicht* – auch nicht zu Anschauungszwecken – auf Dauer in einer Datenbank archiviert sind. Überdies werden zahlreiche der moderierten Inhalte gerade deshalb moderiert, weil sie (zumindest auch) gegen geltendes Recht verstößen, sodass ihre Aufnahme in eine Entscheidungsdatenbank ebenfalls zweifelhaft sein dürfte. Außerdem spielt gerade im Bereich der Meinungsäußerungen deren Kontext eine enorme Rolle, sodass, um die entsprechenden Entscheidungen zumindest *grundlegend* nachvollziehbar und öffentlich diskutabel zu machen, auch der Äußerungskontext gespeichert und veröffentlicht werden muss. Ob die weiteren Urheber*innen dieses Kontext-„Beifangs“ ein Interesse an einer solchen öffentlichen Archivierung haben, ist zumindest fragwürdig. Vor diesem Hintergrund begegnet das theoretische Potenzial einer umfassenden Entscheidungsdatenbank somit zahlreichen praktischen Bedenken und findet sich derzeit in keiner der existierenden oder anvisierten Regulierungsnormen.

3. Transparenz durch Statistik und Auskunftspflichten

Es liegt daher nahe, den Bedenken gegenüber einer detaillierten Entscheidungsdatenbank mit den Mitteln statistischer Aggregation zu begegnen. So schreibt beispielsweise § 2 NetzDG die halbjährliche Veröffentlichung von Transparenzberichten vor, die beispielsweise die Anzahl der Beschwerden über Inhalte und ent-

²⁷² So die Forderung bei Eifert, Rechenschaftspflichten für soziale Netzwerke und Suchmaschinen (2017), S. 1453.

²⁷³ Eifert, Regulierungsstrategien (2012), S. 1453.

sprechende Gegenvorstellungen, die Zahl der daraus folgenden Inhalts-Löschungen oder -Sperrungen sowie Details zu Beschwerdegründen und Bearbeitungsdauer enthalten müssen. Und auch der DSA erfordert in seinen Artikeln 15, 24 und 42 für verschiedene Intermediärtypen entsprechende Transparenzberichte.

Jenseits der drei geschilderten Typen erfordert Art. 34 DSA überdies von bestimmten besonders großen Intermediären eine abstrakte Bewertung der „systemischen Risiken“, die sie u.a. für die Ausübung der Grundrechte, insbesondere die Meinungs- und Informationsfreiheit, sowie „auf die gesellschaftliche Debatte“ haben.

Darüber hinaus statthen etwa Art. 40 Abs. 1 und Art. 67 ff. DSA die Aufsichtsbehörden mit weitreichenden Auskunftsrechten den Intermediären gegenüber aus, sodass die Behörden auch in jenen Bereichen, die nicht bereits von Transparenzpflichten für die Unternehmen erfasst werden, auf eigene Initiative weitergehende Einblicke erhalten können.

4. Transparenzregelungen in der Praxis

Die genannten Transparenzmaßnahmen sollen somit auf zwei Arten die Risiken sozialer Netzwerke für die Meinungsfreiheit verringern: Einerseits, indem sie Nutzer*innen gegenüber den Einfluss der Dienste auf die Inhaltauswahl und damit Meinungsbildung explizit machen und ihnen auf diese Weise eine aufgeklärtere Nutzung ermöglichen; andererseits, indem sie Fachöffentlichkeit und Regulierung die nötige Datengrundlage geben, um die Risiken für die Meinungsfreiheit besser einzuschätzen und gegebenenfalls bessere Maßnahmen zur Schutzpflichterfüllung zu finden. Transparenz hat also einen nur mittelbaren Effekt. Ihr Ziel ist keine unmittelbar disziplinierende Auswirkung auf die Praxis der Netzwerke.²⁷⁴ Vielmehr hilft sie dabei, bestehende Informationsasymmetrien zu reduzieren; Flamme nennt insofern existierende Transparenzvorschriften im nationalen wie europäischen Recht eine „kleine Lösung“²⁷⁵.

In der Praxis begegnen diese Transparenzinitiativen allerdings Schwierigkeiten. Denn gerade der Nutzen einer Offenlegung der Funktionsweisen von Intermediären, also etwa der relevanten Kategorien ihrer Inhaltauswahl und -aggregation, ist stark vom Detailgrad der Veröffentlichungen abhängig. Das Wissen darum, dass Facebook beispielsweise die Bewertung eines Beitrags von der Zahl der Nutzer*innen-Interaktionen mit ihm oder der Verbindung zur* zum Urheber*in des Beitrags abhängig

²⁷⁴ Ebenso *Kühling*, Die Verantwortung der Medienintermediäre für den Schutz öffentlicher Kommunikationsräume (2021), S. 137, mit Erwiderung auf entsprechende Kritik an der Transparenzvorschrift im MStV durch *Cornils*, AVMD-RL, der 22. RÄStV und der MStV (2019), S. 102.

²⁷⁵ *Flamme*, Schutz der Meinungsvielfalt im digitalen Raum (2021), S. 774.

macht, ermöglicht Nutzer*innen zumindest ein rudimentär-laienhaftes Verständnis der Mechanismen digitaler Intermediäre.²⁷⁶

Damit jedoch eine Analyse durch Expert*innen – sei es aus Forschung, Zivilgesellschaft oder Aufsichtsbehörden – Mehrwert bringt, ist eine deutlich detailliertere Offenlegung der Funktionsweise nötig. Eine solche ist allerdings gleich doppelt problematisch: Einerseits schließt eine solche Detailtransparenz die Mehrheit der Nutzer*innen aus, die wohl nicht über die nötige Fachkenntnis für deren Aus- und Bewertung verfügt.²⁷⁷ Andererseits kommt eine detaillierte Darstellung der Funktionsweise einer Offenlegung des Kerns des Geschäftsmodells des jeweiligen Intermediärs nahe²⁷⁸ – mit allen damit verbundenen Risiken des Missbrauchs durch Dritte. Hinzu kommt die Herausforderung, für Transparenz in Systemen zu sorgen, die zu großen Teilen auf künstlicher Intelligenz basieren und deren mangelnde Nachvollziehbarkeit mit dem Bild der *black box* umschrieben wird.²⁷⁹ Auch vor diesem Hintergrund kritisiert Cornils, dass die Transparenzvorschriften faktisch „auf die Darlegung allgemeiner Algorithmusmaximen [beschränkt bleiben], die aber vermutlich über die ohnehin längst kursierenden Erkenntnisse zur Wirkweise [der Sortieralgorithmen] nicht substantiell hinausreichen kann“²⁸⁰. Diese Einschätzung übersieht jedoch, dass all jene Erkenntnisse, die hier als „ohnehin längst kursierend[e]“ bezeichnet werden, von den Unternehmen nur auf erheblichen Druck (überwiegend) der Zivilgesellschaft sowie als Reaktion auf zahlreiche, gegen den Willen der Intermediäre ans Licht gekommenen Skandale veröffentlicht worden sind. Es kann daher eher als regulatorisches Versagen bezeichnet werden, dass entsprechende Transparenz lange Zeit rechtlich nicht verankert worden ist – und entsprechende Gesetzgebung überfällig ist.

Auch, dass die Aufsichtsbehörden nicht das nötige Fachwissen besäßen, um mit den durch die Unternehmen detailliert transparent gemachten Informationen über-

²⁷⁶ Ob eine so gesteigerte Medienkompetenz auf individueller Ebene in der Auseinandersetzung mit digitalen Inhalten überhaupt einen Effekt hat, sei einmal dahingestellt. *Cornils*, AVMD-RL, der 22. RÄStV und der MStV (2019), S. 102 spricht von einer „Alibi-Bedeutung“ solcher Transparenzpflichten. Siehe auch *Mafi Gudarzi*, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken (2022), S. 164f. Zur Kritik anhand entsprechender Vorschriften des MStV siehe: *Ladeur/Gostomzyk*, Das Medienrecht und die Herausforderung der technologischen Hybridisierung (2018), S. 690f.; *Heidke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 337ff.

²⁷⁷ Siehe hierzu etwa *Wischmeyer*, Regulierung intelligenter Systeme (2018), S. 52 ff.

²⁷⁸ So etwa *Schulz/Dankert*, Die Macht der Informationsintermediäre (2016), S. 67 auch unter Berufung auf die Einschätzung des Bundeskartellamts zur Suchmaschine Google: „Die Zusammenstellung, Reihung und Präsentation der Suchergebnisse ist gerade das Produkt und der Kern der unternehmerischen Leistung der Suchmaschine.“ (Bundeskartellamt, Beschluss v. 08.08.2015, Az. B6-126/14 (2015), Rn. 181).

²⁷⁹ Siehe *Wischmeyer*, Regulierung intelligenter Systeme (2018), S. 42 ff., der zu Recht darauf hinweist, dass algorithmische Systeme nicht per se intransparenter sind als jene „Gegenstände oder Modi der Verhaltenssteuerung, derer sich Staat und Recht traditionell bedient bzw. auf die sie sich bezogen haben“.

²⁸⁰ *Cornils*, Vielfaltssicherung bei Telemedien (2018), S. 386.

haupt umzugehen,²⁸¹ mag zum jetzigen Zeitpunkt noch ein valider Kritikpunkt sein, jedoch ist der nötige Aufbau neuer Aufsichtskompetenz (im Sinne von: *Fachkompetenz* der Aufsichtsbehörden) ein denkbar schlechtes Grundsatzargument gegen die Offenlegung relevanter Informationen *insgesamt*.²⁸²

In dieser Gesamtschau eignen sich Transparenzpflichten nur begrenzt dazu, die Risiken von Intermediären für die Meinungsbildung *einzudämmen*. Zu den möglichen positiven Transparenz-Auswirkungen gehört, dass sie die Machtasymmetrie – besser: Wissensasymmetrie – zwischen Diensten einerseits sowie ihren Nutzer*innen und Aufsichtsbehörden andererseits verringern. Daneben kann etwa die Einrichtung einer Werbedatenbank im DSA einen ersten Schritt darstellen, um die Einzel-Öffentlichkeit personalisierter Inhalte aufzubrechen. Natürlich eignet sich eine solche Werbedatenbank nicht als gemeinsame Diskursgrundlage per se. Sie ermöglicht es Nutzer*innen jedoch – zumindest in einem kleinen Bereich – jene Inhalte zu erkennen, die ihnen sonst gerade *nicht* angezeigt werden, und öffnet auf diese Weise den personalisierten Zuschnitt der Werbeinhalte auch der gesellschaftlichen Kontrolle.

Stärkste Auswirkung intermediärer Transparenz ist jedoch, die Risiken der Dienste zunächst besser *einschätzen* zu können. Sie kann damit die dem Staat als erstes Element der Schutzpflicht obliegende Beobachtungspflicht erfüllen.²⁸³ Dass die aus solcher Transparenz folgenden Erkenntnisse den Staat tatsächlich zur Nachschärfung seiner entsprechenden Regulierung veranlassen kann, hat das Beispiel des NetzDGÄndG gezeigt.²⁸⁴ Somit dienen Transparenzpflichten, wie schon Initiativen zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung, weniger zur direkten Risikoreduzierung, sondern sind vielmehr eine Voraussetzung für ein funktionierendes regulatorisches Schutzregime zugunsten der Meinungsfreiheit gegen digitale Intermediäre.²⁸⁵

²⁸¹ So etwa *Cornils*, AVMD-RL, der 22. RÄStV und der MStV (2019), S. 102.

²⁸² Ebenso *Kühling*, Die Verantwortung der Medienintermediäre für den Schutz öffentlicher Kommunikationsräume (2021), S. 137 f., der „weitere institutionelle Flankierungen [wie einen] Anreizmechanismus in Form einer ‚Kronzeugenregelung‘ zur erleichterten Aufdeckung von Verstößen“ vorschlägt.

²⁸³ Siehe hierzu bereits oben unter Teil 3 C. IV. 1., S. 207 ff.

²⁸⁴ Dargestellt bereits oben, S. 267.

²⁸⁵ *Kellner*, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären (2019), S. 158 bezeichnet Transparenzverpflichtungen ebenfalls als „umfassend angemessen“. Ähnlich auch, unter Bewertung des Entwurfs eines Medienstaatsvertrags, *Heidke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 339 f.; sowie mit Blick auf die Transparenzbestimmungen des DSA *Janal*, Haftung und Verantwortung im Entwurf des Digital Services Acts (2021), S. 266 ff.

III. Diskriminierungsfreiheit

Einen weiteren Baustein stellen Vorschriften zur Diskriminierungsfreiheit dar. In der Diskussion über digitale Technologien ist in diesem Kontext häufig von der Gefahr der Diskriminierung durch vermeintliche „künstliche Intelligenz“ die Rede²⁸⁶. Vorliegend geht es jedoch nicht um diese Form algorithmischer Diskriminierung, sondern – unabhängig davon, ob die Entscheidung durch Menschen oder Algorithmen getroffen wird – um den Umgang der Intermediäre mit den auf ihnen veröffentlichten Inhalten. Es geht also um Fälle, in denen die Praxis der Intermediäre zum Nachteil bestimmter Nutzer*innen oder Inhalte gereicht, und somit das Ideal der kommunikativen Chancengleichheit gefährdet ist.²⁸⁷

Dabei sind zwei Formen von Diskriminierung zu unterscheiden, die sich anhand des Beispiels des § 94 Abs. 2 MStV unterscheiden lassen. Dort heißt es:

„Diskriminierung [...] liegt vor, wenn ohne sachlich gerechtfertigten Grund von den [Kriterien der digitalen Hausregeln] zugunsten oder zulasten eines bestimmten Angebots systematisch abgewichen wird oder diese Kriterien Angebote unmittelbar oder mittelbar unbillig systematisch behindern“.²⁸⁸

Dieser Absatz betrifft somit einerseits den Fall, dass Intermediäre von ihren selbstgesetzten Regeln in deren Anwendung abweichen – diese Form soll folgend als *verdeckte Diskriminierung*²⁸⁹ bezeichnet werden. Andererseits können auch die gesetzten Regeln selbst unter Umständen diskriminierend sein, wenn sie bestimmte Inhalte „unmittelbar oder mittelbar unbillig systematisch behindern“ – folgend soll hiervon als *offene Diskriminierung*²⁹⁰ gesprochen werden.

1. Verdeckte Diskriminierung

Das Verbot verdeckter Diskriminierung sorgt im Kontext digitaler Intermediäre gewissermaßen dafür, dass sich die Unternehmen an ihren selbstgesetzten Regeln

²⁸⁶ Damit ist in der Regel eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von Individuen durch „selbstlernende“ algorithmische Systeme gemeint. Diese auf statistischen Auswertungen beruhenden Entscheidungsalgorithmen „erlernen“ Entscheidungen anhand ihnen zur Verfügung gestellter, bereits vorhandener Entscheidungsdaten. Diese Systeme laufen aufgrund ihres Bedarfs entsprechender Vorlagen jedoch Gefahr, in den Trainingsdaten enthaltene Diskriminierungen ebenfalls zu übernehmen. Siehe zum Hintergrund und für eine Reihe plastischer Beispiele – von der Personalgewinnung bis zu Rückfallprognosen von Straftäter*innen: Beck et al., Künstliche Intelligenz und Diskriminierung (Whitepaper) (2019), S. 5 ff.

²⁸⁷ Siehe hierzu oben unter Teil 2 D. II., S. 85 ff.

²⁸⁸ Ausführlich zur konkreten Umsetzung des Diskriminierungsverbots im MStV und seinen Fallstricken siehe Heidtke, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 341 ff.; Schneiders, Keine Meinungsmacht den Medienintermediären? (2021).

²⁸⁹ Mafi Gudarzi, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken (2022), S. 175 ff. spricht von „systemwidrige[n] Diskriminierungen“.

²⁹⁰ Mafi Gudarzi, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken (2022), S. 183 ff. nennt diese „systemimmanente Diskriminierungen“.

messen lassen müssen. Dieses Verbot bringt somit eine kollektive Dimension in das ansonsten individuelle Verhältnis zwischen Nutzer*innen und Intermediäre.

Zwar sind die Hausregeln der Intermediäre Teil von deren AGB und somit Abweichungen im Einzelfall von Nutzer*innen auf zivilrechtlichem Wege einklagbar.²⁹¹ Jedoch ist hier zu differenzieren: Rechtsdurchsetzung unter AGB-Bezug bewegt sich, ähnlich wie in der Diskussion um eine mittelbare Drittwirkung der Grundrechte gegenüber Intermediären,²⁹² lediglich auf individueller Ebene. Regeln zur Diskriminierungsfreiheit hingegen setzen auf der kollektiven Ebene an und ermöglichen den Aufsichtsbehörden, im Falle von Verstößen unabhängig von im Einzelfall betroffenen Individuen einzutreten. Da die öffentlich-rechtliche Durchsetzung dieser Regeln meist bußgeldbewehrt ist, liegen die Kosten für Verstöße für die Unternehmen in der Regel deutlich höher als im Falle einzelner Klagen von Nutzer*innen – umso mehr, da die Zahl jener, die etwa wegen eines zu Unrecht gelöschten Beitrags vor Gericht ziehen, verschwindend gering ist. In anderen Worten: Von einzelnen Nutzer*innen wegen Missbrauch der eigenen Hausregeln verklagt zu werden, kann sich ein Intermediär problemlos leisten; ein erfolgreiches Verfahren der Aufsichtsbehörden schlägt ungleich herber ins Kontor.

Verdeckte Diskriminierung bezeichnet vorliegend nur jene Fälle, in denen der Intermediär entgegen seiner eigenen, transparent gemachten Regel bestimmte Inhalte benachteiligt. Diskriminierungsfreiheit entfaltet folglich in der Intermediärsregulierung nur in Kombination mit der Transparenz der entsprechenden Entscheidungs- und Sortierkategorien ihre Wirkung: Regeln zur Diskriminierungsfreiheit führen dazu, dass Intermediäre bei der Anordnung von Inhalten keine Willkür walten lassen können. Nach welchen Regeln diese Anordnung stattfindet, ist extern nicht vorgegeben – dies unterliegt durch Transparenzverpflichtungen keiner *Kontrolle*, sondern nur der *Kritik* im öffentlichen Diskurs.

Auf diese Weise eröffnet das Verbot verdeckter Diskriminierung *einerseits* den Intermediären den nötigen Spielraum, um auf ihren Plattformen jene Regeln zu setzen, die sie im Rahmen ihrer unternehmerischen Freiheit als optimale Hausordnung für ihre Nutzer*innen ansehen. *Andererseits* setzt sie gleichzeitig dem Risiko für die Meinungsbildung Grenzen, das sich aus der Machtasymmetrie der Doppelfunktion des Regelsetzens und Regeldurchsetzens zwischen Diensteanbietern und Nutzer*innen ergibt.²⁹³ Diskriminierungsfreiheit wird auf diese Weise zu Risikovorsorge.²⁹⁴

²⁹¹ Siehe nur BGH, III ZR 179/20 v. 29.07.2021, Rn. 32 sowie III ZR 192/20 v. 29.07.2021, Rn. 44. Umfassend zur Rolle der AGB-Kontrolle im Rahmen der Intermediärsregulierung auch *Lutzi*, Plattformregulierung durch AGB-Kontrolle? (2021).

²⁹² Siehe hierzu bereits oben, S. 257 f. sowie Teil 3 C. VII., S. 223 ff.

²⁹³ Siehe hierzu im Detail oben unter Teil 4 A. II. 3., S. 262 ff. Aus Sicht Cornils' jedoch büßt das darin enthaltene „suggestive Versprechen ‚komunikativer Chancengleichheit‘“ wegen des zu berücksichtigenden Spielraums der Plattformen „erheblich von seiner vermeintlichen Wirkkraft ein“ (Cornils, Vielfaltssicherung bei Telemedien, S. 385).

²⁹⁴ So auch *Schneiders*, Keine Meinungsmacht den Medienintermediären? (2021), S. 488.

Dem Risiko der Diskriminierung durch Plattformen wird vereinzelt entgegengehalten, ihm werde – wenn es überhaupt real bestünde – bereits auf Ebene des Kartellrechts ausreichend und besser begegnet.²⁹⁵ Jedoch zielt das Kartellrecht in Form des GWB auf Wettbewerb zwischen Unternehmen und lässt die im Medienrecht zentrale Vielfaltskomponente außer Acht.²⁹⁶ Diese geht jedoch über Fragen nach bloßer Marktdominanz hinaus, wie bereits die verschiedenen Modelle des Außen- und Binnenpluralismus zeigen.²⁹⁷

Zwar stellt Heidtke nach eingehender Analyse dar, dass „die allgemeine kartellrechtliche Missbrauchskontrolle durchaus potentiell dazu geeignet ist, (auch) die publizistische Vielfalt im Wege der Begegnung gezielter, wettbewerbswidriger Diskriminierungen durch Medienintermediäre zu befördern“²⁹⁸. Neben dem Gebrauch der skeptischen Wörter „durchaus“ und „potenziell“ macht er jedoch auch deutlich, dass nur im Falle einer festgestellten Marktdominanz regulatorisch gegen einen Intermediär vorgegangen werden kann.²⁹⁹ Wo jedoch Marktdominanz zur Voraussetzung für Regulierung wird, schwächt das den am bloßen Risiko orientierten Charakter der Schutzpflicht. Denn „[d]ie mögliche Verneinung einer ‚Bottleneck‘-Position [eines Intermediärs] im kartellrechtlichen Sinn bedeutet gerade nicht, dass eine erhebliche oder gar vorherrschende Meinungsmacht im medienrechtlichen Sinn ausgeschlossen ist“³⁰⁰. Um einen vielfältigen, öffentlichen OnlineDiskurs zu ermöglichen, erscheint es vielmehr geboten, verdeckte Diskriminierung unabhängig von einer Marktdominanz zu verhindern.

2. Offene Diskriminierung

Diese Situation stellt sich anders dar, betrachtet man die zweite Form der Diskriminierung, bei der bereits die Hausregeln der Intermediäre bestimmte Inhalte unbillig behindern. Zwar ist ein gewisses Maß an Diskriminierung sowohl sozialen Netzwerken als auch Suchmaschinen „wesensimmanent“³⁰¹, besteht ihr Service doch

²⁹⁵ Ähnlich zu verstehen wohl auch *Cornils*, Vielfaltssicherung bei Telemedien (2018), S. 385 f.

²⁹⁶ Umfassend hierzu *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 224 ff.; sowie bereits *Paal*, Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht (2010), S. 303. Ebenso *Kühling*, Die Verantwortung der Medienintermediäre für den Schutz öffentlicher Kommunikationsräume (2021), S. 139. Zusammenfassend siehe auch *Schneiders*, Keine Meinungsmacht den Medienintermediären? (2021), S. 488.

²⁹⁷ Siehe zu den unterschiedlichen Pluralismusmodellen in Presse und Rundfunk oben, S.116 ff.

²⁹⁸ *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 242.

²⁹⁹ Siehe *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 240 f.; zusammenfassend überdies a.a.O., S. 255 f.

³⁰⁰ *Dörr/Natt*, Suchmaschinen und Meinungsvielfalt (2014), S. 834, mit Bezug auf Suchmaschinen.

³⁰¹ *Heilmann*, Regulierung von Suchmaschinen (2020), S. 164 f., ebenso bereits *Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, Eine Medienordnung für Intermediäre (2019), S. 500 f.; Viel-

gerade darin, die unübersichtliche Flut potenziell anzeigbarer Inhalte nach Relevanz für die*den jeweilige*n Nutzer*in zu ordnen – und damit notwendigerweise einen Inhalt zulasten eines anderen Inhalts zu bevorzugen. Auch einseitige Bevorzugungen sind in diesem Zusammenhang denkbar. Um es an einem Beispiel zu verdeutlichen: Das Verbot etwa von Katzenbildern in einem Onlinenetzwerk für Hundefreund*innen erscheint als Benachteiligung bestimmter Inhalte durchaus legitim – jedenfalls dann, wenn die Intermediäre die entsprechende Praxis im Rahmen ihrer Hausregeln transparent machen.³⁰²

Diese Privatautonomie der Intermediäre erreicht aber dort eine Grenze, wo sie die öffentliche Meinungsbildungsfreiheit bedroht. Denn wenn beispielsweise Facebook eine Regel in seine Community Standards aufnähme, die künftig Inhalte mit Bezug auf die Oppositionsparteien im Bundestag gegenüber jenen mit Bezug zur Regierung benachteiligen würde, wäre ein Risiko für die Meinungsfreiheit wohl nicht von der Hand zu weisen. Dabei geht es nicht (nur) um Löschentscheidungen im Einzelfall, sondern viel grundlegender „darum, dass den Betreibern die Entscheidungsgewalt eingeräumt wird, die Sozialadäquanz von Inhalten einseitig festlegen zu können“³⁰³.

Die Betrauung privater Unternehmen mit der Aufgabe des Sitten- und Moralwächters ist mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Freiheit und Vielfältigkeit des Kommunikationsprozesses jedoch unvereinbar.

Geht man also davon aus, dass dem Gesetzgeber in solchen Fällen ein Eingriff in die unternehmerische Freiheit der Intermediäre gestattet (beziehungsweise im Rahmen einer Schutzpflicht: geboten) ist, um Schaden von der Meinungsfreiheit abzuwenden, stellt sich die Folgefrage, wo zwischen den genannten Extrembeispiele der legitimen KatzenDiskriminierung und einer verbotenen demokratiegefährdenden Facebook-Tendenz der Grat verläuft, an dem sich zulässige und nicht mehr zulässige Diskriminierung scheiden.³⁰⁴

Ein gewisser Spielraum in der eigenen Regelsetzung steht den Intermediären zweifellos zu – sei es im Rahmen ihrer unternehmerischen Freiheit,³⁰⁵ sei es durch die

faltssicherung bei Telemedien, S. 385; *Paal*, Vielfaltssicherung bei Intermediären (2018), S. 570 f.; *Schulz/Dankert*, Die Macht der Informationsintermediäre (2016), S. 58.

³⁰² Wenn das Netzwerk jedoch vorgibt, alle Haustiere zu tolerieren, und dennoch Katzeninhalte verschwinden lässt, läge offensichtlich eine Form verdeckter Diskriminierung vor.

³⁰³ *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 352.

³⁰⁴ Entsprechend ist das Diskriminierungsverbot des § 94 Abs. 2 MStV bereits in seiner Entwurfsversion dafür kritisiert worden, dass „die Schwelle zwischen zulässiger und unzulässiger Ungleichbehandlung oder Behinderung“ unklar sei und sich daraus „eine gewisse Gefahr der Rechtsunsicherheit für Intermediäre, Inhalteanbieter, Nutzer und die Aufsichtsbehörden“ ergebe (*Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages*, Regulierung von Intermediären. Möglichkeiten und Auswirkungen der Regulierung im Hinblick auf Medienvielfalt (WD 10-3000-062/18) (2018), S. 18).

³⁰⁵ Siehe zuletzt BGH, III ZR 179/20 v. 29.07.2021, Rn. 71 ff. sowie III ZR 192/20 v. 29.07.2021, Rn. 83 ff. Ebenso *Krönke*, Privatverfahrensrecht in digitalen Grundrechtsnetzwerken (2022), S. 15 ff.; *Mafi Gudarzi*, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken (2022),

Inhaltsauswahl als eigene Meinungsäußerung.³⁰⁶ Auch Befürworter*innen eines Verbots offener Diskriminierung betonen deshalb: „[E]inzufordern ist hier keinesfalls eine Neutralität der Medienintermediäre, sondern vielmehr eine Neutralisierung der notwendigen Differenzierungen“³⁰⁷. Da sich sowohl diese Formulierung als auch ihre Umsetzung in der Regulierungspraxis nicht unmittelbar erschließt, ist mit ihr meist die Forderung verbunden, mit Hilfe von Regelbeispielen Orientierung zu bieten und die Grenzbestimmung zwischen guter und schlechter Diskriminierung zu erleichtern.³⁰⁸ Als Beispiele werden etwa ein Verbot der „Bevorzugung von Inhalten Dritter, mit denen der Anbieter des Medienintermediärs in geschäftlichen Beziehungen steht[,] oder [...] von Inhalten aus ‚politischen, weltanschaulichen oder religiösen Gründen‘“³⁰⁹ genannt.

Dass solche Regelbeispiele sämtliche Diskriminierungsgrenzen schablonenhaft abbilden, darf zwar bezweifelt werden. Doch ein solcher Anspruch erschiene für die naturgemäß dynamische Medienregulierung ohnehin überambitioniert. Vielmehr stellt sich die Frage, ob entsprechende Beispiele genügen, um den Interpretationspielraum auf ein beherrschbares Maß zu verkleinern. Skeptiker*innen mag an dieser Stelle ein Blick auf die bereits im alten RStV bestehenden Diskriminierungsverbote für Medienplattformen beruhigen. Auch § 52c Abs. 1 RStV a.F. schreibt Plattformanbietern lediglich vor, „weder unmittelbar noch mittelbar [Inhaltsanbieter] bei der Verbreitung ihrer Angebote unbillig [zu] behinder[n] oder [...] ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich [zu] behandel[n]“. Auch aus dieser flexiblen Formulierung und entsprechenden Regelbeispielen hat sich im Rahmen mehrjähriger Rechts- und Regulierungspraxis Rechtssicherheit gewinnen lassen.³¹⁰ Insofern erscheint es zumindest möglich, dass sowohl Regulierer als auch Unternehmen ent-

S. 29 ff.; *Laude*, Automatisierte Meinungsbeeinflussung (2021), S. 90 ff.; *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 279 ff.; *Kühling*, „Fake News“ und „Hate Speech“ (2021), S. 466; *Friehe*, Löschen und Sperren in sozialen Netzwerken (2020), S. 1700.

³⁰⁶ Siehe BGH, III ZR 179/20 v. 29.07.2021, Rn. 74 sowie III ZR 192/20 v. 29.07.2021, Rn. 86. Zur Verbreitung ausgewählter Beiträge Dritter durch Intermediäre als Ausprägung deren Medienfreiheit siehe *Laude*, Automatisierte Meinungsbeeinflussung (2021), S. 92 ff.; umfassend auch *Tief*, Kommunikation auf Facebook, Twitter & YouTube (2020), S. 113 ff. m.w.N. Ablehnend etwa *Mafi Gudarzi*, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken (2022), S. 37; *Giere*, Grundrechtliche Einordnung sozialer Netzwerke vor dem Hintergrund des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG) (2021), S. 67.

³⁰⁷ *Paal*, Vielfaltssicherung bei Intermediären (2018), S. 571; ähnlich auch *Schulz*, Kontrolle vorherrschender Meinungsmacht – Dekonstruktion eines medienrechtlichen Schlüsselbegriffs (2017), S. 379; zustimmend *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 341 f.

³⁰⁸ So etwa *Paal/Heidtke*, Vielfaltssichernde Regulierung der Medienintermediäre nach den Vorschriften des Medienstaatsvertrags der Länder (2020), S. 236, auch unter Berufung auf *Dörr*, Die regulatorische Relevanz der Organisation massenhafter Individualkommunikation (2019), S. 41 ff.

³⁰⁹ *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 342; ähnlich bereits *Paal*, Vielfaltssicherung bei Intermediären (2018), S. 571.

³¹⁰ So auch *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 344 ff.

sprechende Diskriminierungsregeln auch im Bereich der Intermediäre souverän mit Leben füllen.

Grundsätzlich zweifelhaft ist jedoch, ob ein solches Verbot bestimmter Formen offener Diskriminierung für *alle* Intermediäre legitim ist – oder ob dabei (näher an das kartellrechtliche Modell heranrückend) vielmehr an eine bestimmte Größe beziehungsweise Meinungsmacht anzuknüpfen ist. Denn so überzeugend es klingt, ein prominentes Allzweck-Netzwerk wie Facebook in seinen Regeln etwa auf religiöse Neutralität zu verpflichten, so unsinnig erschiene es, beispielsweise einer Nischen-Plattform, die sich an Katholik*innen richtet, die Privilegierung von Inhalten der Deutschen Bischofskonferenz gegenüber Posts der EKD-Ratsvorsitzenden zu untersagen. Ob ein gesetzliches Verbot einer bestimmten, offenen Diskriminierung gerechtfertigt werden kann, ist somit vom jeweiligen Einzelfall abhängig.

3. Diskriminierungsverbote in der Praxis

Die Regelung des § 94 Abs. 1, 2 MStV enthält, wie gezeigt, ein Verbot sowohl verdeckter als auch offener Diskriminierung.³¹¹ Während jedoch die verdeckte Diskriminierung im Detail beschrieben wird und die Medienanstalten auch entsprechende Erlaubnistatbestände in die „Satzung zur Regulierung von Medienintermediären gemäß § 96 Medienstaatsvertrag“ aufgenommen haben,³¹² schweigen sich sowohl Vertragstext als auch Satzung dazu aus, welche Formen *offener* Diskriminierung untersagt sind. § 9 Abs. 4 der Satzung enthält lediglich den Hinweis, die Diskriminierung werde „nach einer Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Sicherung der Meinungsvielfalt gerichteten Zielsetzung des MStV“ beurteilt und „kann sich aus einzelnen Kriterien oder aus dem kumulativen Zusammenwirken mehrerer Kriterien ergeben“. Inwiefern diese Formulierung die Rechtssicherheit mit Blick auf das Verbot offener Diskriminierung vergrößert, erscheint somit zumindest fraglich.³¹³

Auch der DSA verpflichtet Intermediäre zwar in seinem Art. 14 Abs. 4 auf Sorgfalt, Objektivität und Proportionalität bei der Anwendung ihrer Regeln und

³¹¹ Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass sich das Diskriminierungsverbot des § 94 MStV ausschließlich auf „journalistisch-redaktionell gestaltete Angebote, auf deren Wahrnehmbarkeit [die Intermediäre] besonders hohen Einfluss haben“, beschränkt. Da vorliegend die Mechanik des Diskriminierungsbegriffs selbst und weniger dessen genauer Anwendungsbereich von Interesse ist, sei hierzu an dieser Stelle auf die Diskussion bei *Heidtke, Meinungsbildung und Medienintermediäre* (2020), S. 343 f. sowie die „Kritik an der Einengung des Diskriminierungstatbestands“ bei *Mafi Gudarzi, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken* (2022), S. 172 verwiesen.

³¹² Als Regelbeispiele für sachlich gerechtfertigte Gründe verdeckter Diskriminierung enthält § 8 Abs. 4 der Satzung (1) gesetzliche Verbote, (2) technische Gegebenheiten bei der Darstellung sowie (3) Erfordernisse zum Schutz der Dienste-Integrität.

³¹³ So fordert auch *Heidtke, Meinungsbildung und Medienintermediäre* (2020), S. 349 ergänzende Regelbeispiele für ein wirksames Diskriminierungsverbot.

enthält im Erwägungsgrund 47 ergänzend explizit auch ein Verbot von Willkür und Diskriminierung.³¹⁴ Allerdings beschränkt sich die EU-Norm dabei auf verdeckte Diskriminierung und verzichtet darauf, auf die Intermediärs-Hausregeln selbst Einfluss zu nehmen.

Das neben der Formulierung von Transparenzregeln deren Durchsetzung – in erster Linie dabei: der Nachweis von Diskriminierung – die größere Hürde darstellt, liegt angesichts oftmals opaker Moderationspraktiken der Intermediäre auf der Hand.³¹⁵ Der Nachweis verdeckter Diskriminierung jedenfalls ist entweder, wie oben dargelegt,³¹⁶ auf ausreichende Transparenz der Anbieter angewiesen – oder aber er hängt von der Mitarbeit der Diskriminierten als Tippgeber*in ab.³¹⁷

Doch der Diskriminierungsnachweis ist nicht der einzige Punkt, an dem Nutzer*innen der Intermediäre in deren Regulierung eingebunden werden. Eine gesetzliche Stärkung der Nutzerrechte auf Verfahrensebene soll ebenfalls dazu beitragen, die Position der Nutzer*innen gegenüber Intermediären zu stärken und somit die Machtverteilung im Prozess öffentlicher Meinungsbildung zu verlagern, wie im folgenden Kapitel zu zeigen sein wird.

IV. Verfahrensrechte

Es ist deutlich geworden, dass Intermediären und ihren Entscheidungen über Inhalte ihrer Nutzer*innen ein enormer Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung zukommt. In den bisher dargestellten Regulierungskonzepten geht es dabei überwiegend darum, den Entscheidungsprozess der Intermediäre *von außen* zu beeinflussen – ihn etwa transparenter zu machen und Diskriminierung zu vermeiden. Eine andere Möglichkeit jedoch, die Anreizstruktur in den Entscheidungsprozessen der Intermediäre zu beeinflussen und somit ihre Machtposition in der öffentlichen Meinungsbildung einzuhegen, ist es, die Position jener Akteur*innen zu stärken, die (bisher überwiegend: passiver) Teil der Entscheidungsprozesse der Intermediäre selbst sind: die Nutzer*innen.

Das beginnt bereits mit einem möglichen Anspruch potenzieller Nutzer*innen auf Zugang zu beziehungsweise Teilhabe an intermediären Diensten als solchen,³¹⁸ hat seinen Kern jedoch im Umgang der Unternehmen mit den Inhalten ihrer Nut-

³¹⁴ Cornils merkt an, dabei handele es sich eben um eine Maßnahme, auf die „man sich [...] noch vergleichsweise einfach einigen zu können“ scheine (Cornils, Vielfaltssicherung bei Telemedien, S. 385).

³¹⁵ Siehe für eine Auswertung der spärlichen Studienlage in diesem Bereich Schneiders, Keine Meinungsmacht den Medienintermediären? (2021), S. 487.

³¹⁶ Siehe oben, S. 292.

³¹⁷ Mit Ausnahme offensichtlicher Fälle beschränkt § 94 Abs. 3 MStV gar die Ahndung auf vom betroffenen Anbieter geltend gemachte Diskriminierung.

³¹⁸ Siehe hierzu etwa Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 360 f.

zer*innen. Da Intermediäre nicht mit eigenen, sondern mit Inhalten Dritter auf die Meinungsbildung Einfluss nehmen, gibt es in Fällen zu Unrecht gelöschter, gebremster oder unterdrückter Posts stets Nutzer*innen, die als Urheber*innen von den entsprechenden Maßnahmen betroffen sind – und die in der Regel ein unmittelbares Interesse daran haben, auf individueller Ebene gegen den benachteiligenden Einfluss der Unternehmen vorzugehen, der in Summe auf kollektiver Ebene ein Risiko für den gesellschaftlichen Diskurs bedeutet.

Nun sind die einzelnen Nutzer*innen nicht völlig schutzlos gestellt: Überall dort, wo Intermediäre im Widerspruch zu ihren eigenen AGB Inhalte Dritter moderieren, ist der ordentliche Rechtsweg eröffnet. Doch bereits aufgrund des damit verbundenen Aufwands (sowohl finanzieller als auch zeitlicher Art) ist der Gang vor Gericht für einen einzelnen Facebook-Post aus Sicht der jeweiligen Nutzer*innen wohl unerschwinglich.³¹⁹ Dies gilt umso mehr, setzt man den relativen Aufwand für die einzelnen Nutzer*innen ins Verhältnis zu jenem der Intermediäre, deren Prozesskostenrisiko Teil ihres Geschäftsmodells ist.

Zwar stellen Intermediäre in der Regel Möglichkeiten bereit, gegen die Sperre eines Beitrags oder eines Kontos vorzugehen. So erlaubt es beispielsweise Facebook, „möglicherweise eine Überprüfung des Inhalts [zu] beantragen. Wir versuchen dann, einen zweiten Blick auf unsere Entscheidung zu werfen“³²⁰. Unter welchen Umständen diese Überprüfung jedoch abläuft, bleibt derweil genauso unklar wie deren tatsächliche Durchführung („möglicherweise“). In anderen Worten: Die von den Intermediären selbst ihren Nutzer*innen zur Verfügung gestellten Möglichkeiten, Fehler ihrer Moderationspraxis zu korrigieren, sind weder geeignet, das Machtungleichgewicht zwischen Intermediären und Nutzer*innen auszugleichen, noch führen sie notwendigerweise dazu, Moderationsprozesse strukturell zu verbessern.

Hier bietet sich ein Ansatzpunkt für Regulierung: Statt als Regulierer „von außen“ die Moderationspraxis der Unternehmen zu beaufsichtigen – angesichts abertausender Entscheidungen pro Minute ein ohnehin unmögliches Unterfangen – gilt es, das Interesse individueller Nutzer*innen an einer korrekten Moderationspraxis der Unternehmen zu nutzen, ihre Position im Moderationsverfahren zu stärken und auf

³¹⁹ So etwa *Raue*, Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken (2018), S. 969; ebenso *Lang*, Netzwerkdurchsetzungsgesetz und Meinungsfreiheit (2018), S. 247, der außerdem auf eine Umkehrung der Lastenverteilung aufmerksam macht: „Während bei Meinungsäußerungen außerhalb sozialer Netzwerke der Staat oder das ‚Opfer‘ die Kosten für die Beseitigung oder Sanktion der Meinungsäußerung tragen [sic], wird durch die Lösungspraxis der Internet-Intermediäre effektiv dem Meinungsäußernden die ‚burden of action‘ auferlegt.“

³²⁰ *Facebook*, today (2023). Bei einer Kontosperrung fordert Facebook zunächst einen Scan amtlicher Ausweisdokumente, bevor eine Überprüfung überhaupt beantragt werden kann (*Facebook*, Mein persönliches Konto wurde gesperrt (2023)). Twitter sperrt als Reaktion auf einen vermeintlichen gegen die Hausregeln verstößenden Inhalt gleich das komplette Konto der jeweiligen Nutzer*in, falls diese*r den entsprechenden Inhalt nicht selbst löscht (*Twitter*, Unsere verschiedenen Durchsetzungsmaßnahmen bei Verstößen (2022)).

diese Weise für kommunikative Chancengleichheit als objektivrechtliche Dimension der Meinungsfreiheit zu sorgen.³²¹

Zweifellos dient ein solcher Ansatz auf Ebene der Verfahrensrechte auch dem Grundrechtsschutz einzelner Nutzer*innen.³²² Eine entsprechende Regulierung geht jedoch über diese individuelle Ebene hinaus. Denn sie ermöglicht es der Staatsgewalt, in einem so sensiblen Bereich wie dem Meinungsäußerungsrecht, auf über-individueller Ebene Machtungleichgewichte strukturell zu korrigieren – ohne dabei jedoch inhaltliche Vorschriften zu machen oder gar in einzelne Moderationsentscheidungen einzutreten,³²³ womit ein deutlich tieferer Eingriff in die grundrechtlichen Freiheiten der Intermediäre verbunden wäre.³²⁴

1. Prozedurale, formale und inhaltliche Anforderungen

Wie solche Verfahrensrechte aussehen können, hat der BGH in seinen jüngsten Facebook-Entscheidungen skizziert.³²⁵ Angelehnt an Krönke können dabei prozedurale, formale und inhaltliche Anforderungen an Moderationsverfahren der Intermediäre unterschieden werden, die im folgenden dargestellt und an gegebener Stelle ergänzt werden sollen:³²⁶

In *prozeduraler* Hinsicht schreibt der BGH den Unternehmen „ihnen zumutbar[e] Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts“ vor. Bis zu dessen Klärung muss eine unwiderrufliche Löschung des Inhalts zunächst verhindert werden.³²⁷ Außerdem haben die Intermediäre die Pflicht, betroffene Nutzer*innen zu informieren sowie ihnen eine Möglichkeit zur Gegenäußerung zu bieten, an die sich eine Überprüfung

³²¹ Siehe hierzu oben unter Teil 2 D. II., S. 85 ff.

³²² Rau, Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken (2018), S. 969 etwa spricht davon, die „innere Rechtfertigung [...] prozeduraler Rechte liegt im Grundrechtsschutz durch Verfahren“.

³²³ Siehe hierzu auch Krönke, Privatverfahrensrecht in digitalen Grundrechtsnetzwerken (2022), S. 18.

³²⁴ Insofern gibt es bei einer solchen verfahrensbezogenen Regulierung zwar Anknüpfungspunkte zu Fragen mittelbarer Grundrechtswirkung. Dieses individuelle Verhältnis zwischen Nutzer*in und Intermediär steht, wie oben (Teil 3 C. VII., S. 223 ff.) dargestellt, jedoch nicht im Fokus dieser Arbeit.

³²⁵ Siehe BGH, III ZR 179/20 v. 29.07.2021, Rn. 82 ff. sowie III ZR 192/20 v. 29.07.2021, Rn. 95 ff. Das Gericht konkretisierte damit seine Verfahrensvorgaben für den Umgang digitaler Plattformen mit Inhalten von Nutzer*innen aus den Entscheidungen „Blog-Beitrag“ (VI ZR 93/10 v. 25.10.2011) und „Ärztebewertung III“ (VI ZR 34/15 v. 01.03.2016). Siehe hierzu auch Kühling, in: Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR, Art. 5 GG Rn. 99 f.

³²⁶ Siehe Krönke, Privatverfahrensrecht in digitalen Grundrechtsnetzwerken (2022), S. 18 ff. Die Idee eines verfahrensrechtlichen Ausgleichs der Interessen durch Intermediäre ist indes nicht neu, wie die Ausführungen bei Ladeur, Der prozedurale Schutz der Medienfreiheit (2004), S. 12 zeigen.

³²⁷ Siehe BGH, III ZR 179/20 v. 29.07.2021, Rn. 85 sowie III ZR 192/20 v. 29.07.2021, Rn. 97.

der Entscheidung anschließen muss.³²⁸ Die Möglichkeit zur Gegenäußerung muss bei besonders gravierenden Moderationseingriffen (konkret: der Sperrung des Nutzerkontos) vor deren Umsetzung erfolgen, bei leichteren Eingriffen – der Löschung einzelner Beiträge etwa – ist sie auch im Nachgang möglich.³²⁹

Neben solchen auf die Urheber*innen der moderierten Inhalte ausgerichteten Verfahrensrechten erscheint es sinnvoll, sie auch jenen Nutzer*innen zugute kommen zu lassen, die die jeweiligen Inhalte bei den Intermediären zur Überprüfung gemeldet haben. Denn auch ihr Engagement stellt potenziell ein Gegengewicht zur Macht der Unternehmen dar. Als Beispiel seien etwa reichweitenstarke (und damit für die Intermediäre potenziell attraktive) Inhalte angeführt, die Dritte in ihren Persönlichkeitsrechten verletzen. Es ist nicht ersichtlich, warum nur die Autor*innen solcher verletzender Posts im Falle einer Löschung ein Recht zur Gegendarstellung erhalten sollen, die inhaltlich Betroffenen jedoch nach *Nicht-Lösung* von einer entsprechenden Revision nicht profitieren sollen.

Umstritten ist derweil, ob der Intermediär selbst das Prozedere einer solchen Gegenäußerung und Neuentscheidung – also gewissermaßen das Revisionsverfahren der Inhaltenmoderation – durchführen soll, oder ob es dieses an eine externe, unabhängige Stelle auszulagern gilt. Während manche Stimmen mahnen, Auseinandersetzungen über Kommunikationsinhalte seien mit Blick auf die Meinungsbildung „zu wichtig, um deren Koordination einem privaten Unternehmen anheimzugeben“³³⁰, und deshalb die Einführung neutraler Streitbeilegungsstellen fordern, warnen andere vor der Einrichtung eben solcher „privaten Quasi-Gerichte“³³¹, die schlicht eine zweifelhafte Kopie der staatlichen Gerichtsbarkeit darstellten, und raten zur Zweit-Entscheidung der Intermediäre selbst – oder alternativ eben zur Anrufung echter Gerichte.

Soll das Ziel solcher Verfahrensvorgaben allerdings sein, das Machtgleichgewicht zwischen Intermediären und ihren Nutzer*innen zugunsten letzterer zu verschieben, erscheint ein externe, neutrale „Revisionsinstanz“ – gewissermaßen als Zwischenschritt zwischen Moderationsentscheidung des Unternehmens und ordentlicher Gerichtsbarkeit – aus zwei Gründen als richtiger Weg: Erstens senkt eine solche Streitbeilegungsstelle, sofern sie für Nutzer*innen kostenlos (oder zumindest:

³²⁸ Siehe BGH, III ZR 179/20 v. 29.07.2021, Rn. 83, 85 sowie III ZR 192/20 v. 29.07.2021, Rn. 95, 97.

³²⁹ Siehe BGH, III ZR 179/20 v. 29.07.2021, Rn. 87 sowie III ZR 192/20 v. 29.07.2021, Rn. 99.

³³⁰ Wagner, Haftung von Plattformen für Rechtsverletzungen (Teil 2) (2020), S. 454. Ebenfalls für eine neutrale Stelle als außergerichtlichen Streitbeilegungsmechanismus Spechti-Riemenschneider/Hofmann, Verantwortung von Onlineplattformen: Gutachten im Auftrag des vzvb (2021), S. 92 ff.

³³¹ So mit Blick auf den außergerichtlichen Streitbeilegungsmechanismus im DSA: Holznagel, The Digital Services Act wants you to „sue“ Facebook over content decisions in private de facto courts (2021) (Übers. d. Verf.); ähnlich Wimmers, The Out-of-court dispute settlement mechanism in the Digital Services Act (2021), S. 438 ff.

-günstig) ausgestaltet wird, die dargelegte³³² Hemmschwelle, das eigene Recht auch gegen den jeweiligen Intermediär durchzusetzen.

Zwar könnte zumindest die finanzielle Hemmschwelle auch durch andere Maßnahmen gesenkt werden, etwa durch eine gesetzliche Begrenzung der entsprechenden Gerichtskosten.³³³ Hinzu kommt jedoch, *zweitens*, die Frage, warum die Kosten abertausender Streitfälle, die aufgrund der Moderationsentscheidungen einiger weniger Intermediäre entstehen und die potenziell die Meinungsfreiheit beeinträchtigen, der staatlichen Rechtspflege auferlegt werden sollten. Eine unabhängige, private Streitbeilegungsstelle kann vielmehr, ähnlich bestehender Organisationen der regulierten Selbstregulierung, sowohl als neutrale Entscheidungsinstanz agieren als auch die Kosten für ihre Entscheidungen exklusiv auf jene Schultern verteilen, die strukturell für ihre Entstehung verantwortlich sind: die der Intermediäre.

Neben solchen Verfahrensvorgaben auf *prozeduraler* Ebene eignen sich auch *formale* Verfahrensfragen zur Machtverschiebung zwischen Intermediären und Nutzer*innen. So fordert der BGH eine ausreichende Begründung der Moderationseingriffe der Unternehmen. Dazu gehören zunächst entsprechende Entfernungs- und Sperrungsvorbehalte, die bereits in den Nutzungsbedingungen die Grundlage möglicher Moderationseingriffe der Intermediäre deutlich machen. Zusätzlich müssen auch die darauf gestützten Entscheidungen nachvollziehbar sein und „an objektive, überprüfbare Tatbestände anknüpfen“.³³⁴ Diese Vorgabe ist gewissermaßen äquivalent zum rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz und leitet damit zu den *inhaltlichen* Elementen der Verfahrensrechte über. Hierbei hält sich der BGH zwar mit konkreten Vorgaben zurück, schreibt den Intermediären jedoch vor: „Für die Entfernung von Inhalten und die Sperrung von Nutzerkonten muss ein sachlicher Grund bestehen.“³³⁵ Krönke spricht insofern von einem „Sachlichkeitsspiel“ bzw. Willkürverbot³³⁶.

In dieser Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des BGH wird deutlich, welche Bedeutung verfahrensrechtlichen Vorgaben in der Regulierung digitaler Intermediäre zukommen kann. Der Vollständigkeit halber sei dabei zumindest angedeutet, dass sich an dieser „Prozeduralisierung zivilrechtlicher Rechtsverhältnisse“³³⁷ durch die Rechtsprechung in der Vergangenheit rechtswissenschaftliche

³³² Siehe oben, S. 298.

³³³ So der Vorschlag unter Verweis auf bestehende Praxis im Miet- und Arbeitsrecht bei Holznagel, *The Digital Services Act wants you to „sue“ Facebook over content decisions in private de facto courts* (2021).

³³⁴ Siehe BGH, III ZR 179/20 v. 29.07.2021, Rn. 82 sowie III ZR 192/20 v. 29.07.2021, Rn. 94.

³³⁵ Siehe BGH, III ZR 179/20 v. 29.07.2021, Rn. 81 sowie III ZR 192/20 v. 29.07.2021, Rn. 93.

³³⁶ Privatverfahrensrecht in digitalen Grundrechtsnetzwerken, S. 12.

³³⁷ Hennemann/Heldt, *Prozedurale Vermessung* (2021), S. 990.

Kritik entzündet hat. Ihr zufolge liegt in den entsprechenden Entscheidungen – angefangen wohl beim „Stadionbeschluss“ des BVerfG³³⁸ – eine Grenzverletzung zwischen mittelbarer und unmittelbarer Drittirkung der Grundrechte.³³⁹ Für den vorliegenden Untersuchungsgegenstand allerdings – welche regulatorischen Maßnahmen sich zur Eindämmung des Risikos digitaler Intermediäre für die Meinungsbildung eignen – spielt die Frage, ob sich entsprechende Verfahrensrechte beziehungsweise -pflichten bereits (un)mittelbar aus den Grundrechten ergeben, keine Rolle, weshalb es bei dieser Andeutung bleiben soll.³⁴⁰ Statt einem „Woher“ der Verfahrensregeln gilt die Aufmerksamkeit dieser Arbeit vielmehr ihrer Wirksamkeit als Schutzmechanismen. Denn was der BGH hier als „Grundrechtsschutz durch Verfahren“³⁴¹ betitelt, dient nicht nur dem Schutz der Meinungsfreiheit jener von Moderation betroffenen Nutzer*innen, sondern ermöglicht vielmehr eine Machtverschiebung von den Intermediären der Meinungsbildung hin zu sowohl den Urheber*innen als auch den Konsument*innen von Inhalten – mithin zum Kollektiv der Meinungsbildenden.³⁴² Von der Frage, in welchem Rahmen gegen Beschränkungen von Meinungäußerungen vorgegangen werden kann, sind nicht nur unmittelbar die Äußernden betroffen, sondern mittelbar auch der gesamte, aus den Äußerungen bestehende Diskurs. Daher stärken die Verfahrensvorschriften nicht nur die Position der unmittelbar von den Eingriffen Betroffenen, sondern auch den Ablauf des Meinungsbildungsprozesses auf Intermediären *insgesamt*. Zusätzlich profitieren von dieser Verschiebung auch andere Regulierungsansätze wie Transparenz und Diskriminierungsfreiheit, deren Durchsetzung auf Verfahrensebene den einzelnen Nutzer*innen erleichtert und damit insgesamt gestärkt wird.³⁴³

³³⁸ BVerfGE 148, 267.

³³⁹ Siehe zur entsprechenden Kritik etwa *Neuner*, Das BVerfG im Labyrinth der Drittirkung (2020); *Michl*, Situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung privater Akteure (2018). Instruktiv auch *Hellgardt*, Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittirkung? (2018), der die unterschiedliche Bedeutung mittelbarer und unmittelbarer Grundrechtswirkungen im Rahmen zweipoliger sowie mehrpoliger Grundrechtsverhältnisse zwischen Privaten analytisch aufschlüsselt.

³⁴⁰ Im Bereich digitaler Intermediäre gibt es darüber hinaus gute Argumente, dieser Kritik zu begegnen, siehe etwa *Hennemann/Heldt*, Prozedurale Vermessung (2021), S. 990 f. m. w. N. Kritisches hierzu *Heymann/Götz*, Sperren erlaubt? (2021), S. 1493 f.

³⁴¹ Siehe BGH, III ZR 179/20 v. 29.07.2021, Rn. 84 sowie III ZR 192/20 v. 29.07.2021, Rn. 96. Bezugspunkt ist *Raue*, Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken (2018), S. 969, der von „prozeduraler Absicherung“ schreibt.

³⁴² Noch mit Blick auf Provider statt Intermediäre argumentiert *Ladeur*, Der prozedurale Schutz der Medienfreiheit (2004), S. 13 gar, in diesem Kontext sei „der Gedanke des Verfahrensschutzes weit über die positivrechtlichen Formen hinaus zu einem umfassenden Rechtsprinzip zu erweitern“.

³⁴³ Mit einer entsprechenden Forderung *Dörr*, Regulierung intermediärer Plattformen durch den Medienstaatsvertrag (2022), S. 6.

2. Verfahrensrechte in der Praxis

Vor diesem Hintergrund erscheint es nur konsequent, jene richterrechtlich entfalteten Verfahrensrechte im Rahmen gesetzlicher Regulierung aufzugreifen und auf diese Weise „eine sachgerechte Einkleidung derartiger Rechte in die sonstige (Privat-)Rechtsordnung“³⁴⁴ zu ermöglichen. Ansätze in diese Richtung finden sich bereits in existierender Regulierung. So enthält § 3 NetzDG Zugangs- und Informationspflichten für die Beschwerde- und Entscheidungssysteme sozialer Netzwerke. § 3b NetzDG etabliert überdies ein Gegenvorstellungsverfahren mit detaillierten Verfahrensvorgaben. Auch außergerichtliche Schlichtungsstellen sind im Rahmen von regulierter Selbstregulierung möglich, wenn auch nicht verpflichtend (§ 3c NetzDG).

Auch der DSA enthält Verfahrensvorgaben für die Inhaltsmoderation, schafft etwa in seinem Artikel 17 eine Begründungspflicht für Moderationsentscheidungen, schreibt in Artikel 20 ein internes Beschwerdemagementsystem vor und verpflichtet in Artikel 21 Intermediäre dazu, ihren Nutzer*innen zu ermöglichen, Entscheidungen von einer externen Streitbeilegungsstelle überprüfen zu lassen.

Auch die Unternehmen selbst haben, wie dargelegt,³⁴⁵ zumindest einzelne Informationen zum abstrakten Ablauf der Moderationsentscheidungen sowie Einspruchsmöglichkeiten in ihre AGB aufgenommen.³⁴⁶ Als einzelner Akteur hat Facebook überdies mit der Einrichtung des „Oversight Board“ eine externe und dem Anspruch nach unabhängige Stelle geschaffen, die über Moderationsentscheidungen des Unternehmens befinden kann, mit denen betroffene Nutzer*innen nicht einverstanden sind und für die sie Facebooks interne Beschwerdemöglichkeiten erschöpft haben. Zwar können laut Charta alle Nutzer*innen entsprechende Fälle dem Board vorlegen, die Auswahl obliegt jedoch dem Gremium selbst, das nach dem größten Potenzial für Leitentscheidungen zu Facebooks Inhaltsmoderation und -regeln auswählt.³⁴⁷ Insofern stellt dieses externe Gremium gerade keine Revisionsinstanz für Nutzer*innen dar. Vielmehr ähnelt es in seiner Funktionsweise dem Supreme Court der USA – eine Ähnlichkeit, auf die Facebooks CEO Mark Zuckerberg in Interviews selbst ansprach.³⁴⁸

³⁴⁴ Hellgardt, Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittewirkung? (2018), S. 910.

³⁴⁵ Siehe oben, S. 298.

³⁴⁶ Nicht nur Kommunikationsintermediäre sondern auch andere digitale Plattformen haben solche eigenen Einspruchs- und Streitschlichtungsmechanismen etabliert, siehe hierzu Van Loo, Corporation as Courthouse (2016).

³⁴⁷ „The board has the discretion to choose which requests it will review and decide upon. In its selection, the board will seek to consider cases that have the greatest potential to guide future decisions and policies.“ (*Oversight Board*, Charter (2019), Article 2 Section 1).

³⁴⁸ „You can imagine some sort of structure, almost like a Supreme Court, that is made up of independent folks who don't work for Facebook, who ultimately make the final judgment call on what should be acceptable speech in a community that reflects the social norms and values of people all around the world“ (Klein, Mark Zuckerberg on Facebook's hardest year, and what comes next (2018)).

3. Exkurs: Verfahrensrecht als Begrenzung privater Exekutivmacht

Diese konzeptionelle Nähe zu staatlichen Institutionen kommt beim Oversight Board nicht von ungefähr: „The Charter invokes this analogy most explicitly; it was envisioned, drafted, and described as a constitutional document.“³⁴⁹ Doch nicht nur beim Oversight Board sind Anspielungen auf staatsähnliche Macht und Souveränität augenfällig: Der enorme Einfluss digitaler Intermediäre auf einen Großteil sowohl der Infrastruktur als auch der Inhalte moderner Kommunikation rückt die Unternehmen insgesamt in eine staatsähnliche Machtposition. De Gregorio spricht von der „Ausübung quasi-öffentlicher Befugnisse online“ („exercise of quasi-public powers online“)³⁵⁰. Intermediäre machen nicht nur die Regeln, sondern setzen diese zusätzlich gegenüber ihren Nutzer*innen durch – agieren im Bereich öffentlicher Kommunikation als Legislative und Exekutive gleichzeitig.³⁵¹ Während die Regelsetzung an späterer Stelle genauer untersucht werden soll,³⁵² gilt die Aufmerksamkeit vorliegend der Exekutivfunktion. Denn zwar üben auch in der Offline-Welt große Unternehmen durch ihre selbstgesetzten Regeln (meint: AGB) Einfluss auf Kund*innen und Nutzer*innen aus. Jedoch besteht ein enormer Unterschied darin, ob analoge Unternehmen zur Durchsetzung ihrer AGB auf rechtsstaatliche Mechanismen und das Gewaltmonopol des Staates (richterliche Anordnungen, Gerichtsvollzieher etc.) angewiesen sind, oder ob digitale Intermediäre ihr Inhalts- „Recht“ ohne Zutun des Staates gegen ihre Nutzer*innen durchsetzen können.³⁵³

Der Staat bleibt damit beim tatsächlichen Vollzug der Intermediärsregeln zunächst komplett außen vor. Derweil ist der öffentlichen Hand eine Einmischung aus sowohl praktischen (1) als auch theoretischen (2) Überlegungen verwehrt:

In der *Praxis* (1) entwickeln sich Formen, Technologie, aber auch inhaltliche Chiffren der von Intermediären vermittelten Kommunikation derartig dynamisch, dass eine konkrete inhaltliche Regulierung durch den Staat von vornherein zum Scheitern verurteilt wäre. Die Unterscheidung zwischen lediglich nervigen „Shitposts“ und potenziell diskursgefährdender Hassrede; die nötige Anpassung der Inhaltsregeln an neue technische Möglichkeiten und Verbreitungswiege; die kurzfristige Reaktion auf zweifelhafte „Trends“ wie die *Tide Pod Challenge*, bei der Nutzer*innen Kapseln mit Flüssigwaschmittel zerbeißen – die Evolution der intermediären Medienwelt ist so kurzlebig wie unvorhersehbar. Zur Dynamik trägt außerdem die enorme Masse der zu moderierenden Inhalte bei, angesichts derer sich der re-

³⁴⁹ Klonick, The Facebook Oversight Board (2019), S. 2477. Ebenso Bloch-Wehba, Global Platform Governance (2019), S. 71.

³⁵⁰ De Gregorio, From Constitutional Freedoms to the Power of the Platforms (2019), S. 79.

³⁵¹ Siehe auch Bloch-Wehba, Global Platform Governance (2019), S. 29 f.

³⁵² Siehe unten, Teil 4 B. V., S. 306 ff.

³⁵³ Siehe hierzu De Gregorio, From Constitutional Freedoms to the Power of the Platforms (2019), S. 86.

gulatorische Ansatzpunkt – notgedrungen – von der konkreten Entscheidung im Einzelfall auf die gewissermaßen stochastische Auswertung von Moderationsfehlerquoten verschiebt: „At such unfathomable scale, the best a system of online speech governance can hope to do is minimize error.“³⁵⁴ Hinzu kommt: Geht es um erfolgreiches Community und Inhaltemanagement, sind die Unternehmen ohnehin näher an ihren Nutzer*innen und können technisch und organisatorisch auf jahrelange Erfahrung in der Inhaltemoderation zurückgreifen. Es wäre mit Blick auf diese mediale Realität illusorisch, zu hoffen, die öffentliche Hand wäre dort, wo Intermediäre falsche inhaltliche Entscheidungen treffen, die bessere Entscheidungsträgerin.

Neben diesem *praktischen* Unvermögen beruht die inhaltliche Machtlosigkeit des Staates dabei auch auf *theoretischen* (2) Überlegungen: In derart sensiblen Bereichen wie dem Meinungsäußerungsrecht läuft jede inhaltliche Vorgabe durch staatliche Regeln schnell Gefahr, die Grenze zur Verfassungswidrigkeit zu überschreiten. Wo immer „eine Inhaltskontrolle aus legitimen Gründen nur sehr eingeschränkt stattfinden darf[, etwa] bei der gerichtlichen Kontrolle der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielräumen von Behörden“³⁵⁵ muss der Staat daher andere Mittel finden, seiner Regulierungsverantwortung gerecht zu werden. Im Bereich des Rundfunks gehört hierzu klassischerweise die staatsferne Organisation der Medienanstalten als Aufsichtsbehörden, mit deren Hilfe der Staat eine größtmögliche Ferne zu konkreten Eingriffen in die inhaltliche Programmregulierung zu wahren versucht. Prozedurale und formale Anforderungen für digitale Intermediäre sind ein weiterer Ansatzpunkt, um mediale Exekutivmacht zu begrenzen, ohne inhaltlich einzugreifen. Eifert bringt diesen Zusammenhang auf den Punkt, wenn er schreibt: „Sieht man die Entscheidungsmacht der Intermediäre als unvermeidlich an, müssen die Bedingungen ihrer Ausübung Ansatzpunkt für den regulatorischen Zugriff sein.“³⁵⁶ In anderen Worten: Wo Macht nicht begrenzt werden kann, muss sie in ihrer Ausübung verpflichtet werden.

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass die verfahrensrechtlichen Vorgaben, die die Rechtsprechung für Intermediäre entwickelt hat und die im Ansatz bereits Eingang in NetzDG und DSA gefunden haben, stark an bestehenden verwaltungsverfahrensrechtlichen Bindungen wie den Untersuchungsgrundsatz (§ 24 VwVfG) sowie die Anhörungs- (§ 28 VwVfG) und die Begründungspflicht (§ 39 Abs. 1 VwVfG) erinnern.³⁵⁷ Rechtsstaatliche Regulierung hat dort, wo ihr der

³⁵⁴ *Douek*, Governing Online Speech (2021), S. 792.

³⁵⁵ *Krönke*, Privatverfahrensrecht in digitalen Grundrechtsnetzwerken (2022), S. 18.

³⁵⁶ *Eifert*, Rechenschaftspflichten für soziale Netzwerke und Suchmaschinen (2017), S. 1451.

³⁵⁷ Siehe etwa *Krönke*, Privatverfahrensrecht in digitalen Grundrechtsnetzwerken (2022), S. 18, unter weiterem Verweis insbesondere auf die Auseinandersetzung mit der Stadionverbot-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts durch *Michl*, Situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung privater Akteure (2018), S. 915; *Wiater*, Verwaltungsverfahren durch Private? (2020), S. 384 ff.; *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 208.

Eingriff in konkrete inhaltliche Vorgaben verwehrt bleibt, keine andere Wahl, als die eigenen, rechtsstaatlich-prozeduralen Pflichten an mächtige, regel(durch)setzende Akteure „weiterzureichen“. Weitet man bei dieser Betrachtung den Blick über die Verfahrensrechte hinaus, passen auch Transparenz und Diskriminierungsfreiheit in die Reihe von Maximen, die nicht nur Intermediäre im Rahmen staatlicher Regulierung, sondern auch den regulierenden Rechtsstaat selbst binden.³⁵⁸

De Gregorio hat für diese Form der Erweiterung verfassungsrechtlicher Grundsätze und Pflichten auf den Bereich digitaler Unternehmen insgesamt den eingängigen Ausdruck des „*Digital Constitutionalism*“ geprägt.³⁵⁹ Dieser Ansatz zeigt, dass auch in Bereichen wie der öffentlichen Meinungsbildung im Digitalen, in denen der Staat aus dargelegten Gründen keine eigenen (oder nur äußerst begrenzte) inhaltliche Vorgaben machen darf, Regulierung nicht unmöglich ist. Vielmehr ermöglicht es die Rückbindung von Intermediären an ursprünglich zur Zähmung der Staatsgewalt entwickelte Fesseln, zwar nicht den enormen Einfluss der Unternehmen auf die Meinungsbildung zu begrenzen, aber doch dessen Ausübung in bestimmte Bahnen zu lenken und damit das resultierende Gefährdungspotenzial für die Meinungsbildung einzuzgrenzen.

Dass auf diese Weise substanzielle Vorgaben für den Umgang der Intermediäre mit Inhalten gänzlich hinfällig werden, ist damit jedoch nicht gesagt. Vielmehr, so wird im folgenden Abschnitt zu zeigen sein, sprechen gewichtige Argumente dafür, die weitgehende inhaltliche Neutralität der Medienregulierung im Digitalen zumindest zu überdenken.

V. Positive Vielfaltsicherung

Im Jahr 2023 ist der limitierende Faktor für einen vielfältigen Medienkonsum nicht mehr die verfügbare Zahl der Inhalte, sondern ihre praktische Auffindbarkeit sowie der Umfang der menschlichen Aufmerksamkeit.³⁶⁰ Statt Zugangsregulierung sind vor diesem Hintergrund „Aufmerksamkeitsregulierung“ beziehungsweise „Auffindbarkeitsregulierung“ die Begriffe der Stunde.³⁶¹ Anknüpfend an die ver-

³⁵⁸ Siehe hierzu auch *Bloch-Wehba*, Global Platform Governance (2019), S. 71 ff. Zur Entwicklung dieses Regulierungsansatzes und der Vorreiterrolle Deutschlands dabei siehe *Klausa*, Graduating from ‘new-school’ – Germany’s procedural approach to regulating online discourse (2022), S. 5 ff.

³⁵⁹ Siehe hierzu umfassend *De Gregorio*, Digital Constitutionalism in Europe (2022), insb. S. 110 ff. Ähnlich möchte Kuczerawy Intermediäre daran binden, ihre Regeln und deren Durchsetzung rechtssicher, gerechtfertigt und verhältnismäßig zu gestalten, siehe *Kuczerawy*, Private enforcement of public policy: freedom of expression in the era of online gatekeeping (2018), S. 156 ff.

³⁶⁰ Siehe hierzu bereits oben, Teil 4 A. I., S. 234 ff.

³⁶¹ Zu den Begrifflichkeiten etwa *Cornils*, Vielfaltssicherung bei Telemedien (2018), S. 386; *Mengden*, Zugangsfreiheit und Aufmerksamkeitsregulierung (2018), S. 215 ff.,

gangenen Ausführungen zu möglichen regulatorischen Reaktionen: Selbst wenn Intermediäre sich an geltendes Recht halten, ihre Entscheidungsgrundlagen für den Umgang mit Inhalten transparent machen, sie diskriminierungsfrei umsetzen und ihren Nutzer*innen mehr Rechte einräumen: Dass ein*e Nutzer*in ein vielfältiges und aus Sicht der öffentlichen Meinungsbildung ein qualitativ hochwertiges Inhaltsangebot erhält, ist angesichts der Unmengen an potenziell meinungsbildungsgefährdenden Inhalten keine Selbstverständlichkeit.

Dass Intermediäre im Rahmen ihrer Tätigkeit bereits Aufmerksamkeitssteuerung³⁶² betreiben, ist bereits dargelegt worden. Daher erscheint vor diesem Hintergrund Aufmerksamkeitsregulierung als Option, den Intermediären vonseiten des Gemeinwesens Vorgaben zur Inhalteauswahl zu machen, um auf diese Weise die Vielfalt ihres Inhaltsangebots zu verbessern.³⁶³ Diese Form der Regulierung hat zwei Dimensionen, die zur besseren Analysierbarkeit getrennt voneinander betrachtet werden sollen: einerseits die Frage, nach welchen Kriterien die Inhalte ausgewählt werden sollen, die zwecks Vielfaltsicherung zu privilegieren sind; andererseits die Frage, auf welche Art und Weise eine solche Privilegierung stattfinden kann.

1. Auswahl der Inhalte

Die wohl neutralste Methode, die Inhalteauswahl der Intermediäre zu beeinflussen, ist eine rein am Veröffentlichungszeitpunkt der jeweiligen Inhalte orientierte Darstellung ohne Rücksicht auf die Inhalte selbst.³⁶⁴ Einige Intermediäre wie Twitter und Facebook bieten eine entsprechende chronologische Darstellung ihrer Timelines als Auswahlalternative zu ihrer üblichen Relevanz-Sortierung bereits an. Doch auch wenn eine Verpflichtung zu einem entsprechenden zusätzlichen Angebot „nicht als zu weitgehende Beschränkung der Interessen der Intermediäre, sondern im Gegenteil unter Umständen sogar als ökonomisch sinnvolles Konzept zu beurteilen“³⁶⁵ sein mag: Dass eine rein chronologische Reihung aus Vielfaltsgesichtspunkten besser sein sollte als die bisherige Relevanzsortierung durch die Intermediäre selbst, erscheint zumindest fraglich.³⁶⁶ Und auch der sonstige Mehrwert einer solchen Anzeigeform für die Nutzer*innen ist zweifelhaft, besteht doch gerade eine der

³⁶³ff.; *Ingold*, Meinungsmacht des Netzes (2020), S. 85. Siehe auch *Paal/Hennemann*, Meinungsbildung im digitalen Zeitalter (2017), S. 643.

³⁶² Siehe hierzu *Dreyer/Schulz*, Künstliche Intelligenz, Intermediäre und Öffentlichkeit (2019), S. 5f.

³⁶³ So auch *Müller-Terpitz*, Einbindung von Intermediären (2017), S. 383 f. Im Ansatz ebenso *Paal/Hennemann*, Meinungsbildung im digitalen Zeitalter (2017), S. 651 f.

³⁶⁴ So etwa vorgeschlagen von der *Monopolkommission*, Wettbewerb 2018 (2018), Rn. 1178.

³⁶⁵ *Kellner*, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären (2019), S. 293.

³⁶⁶ A. A. und insofern hoffnungsvoller *Mafi Gudarzi*, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken (2022), S. 249 ff.

Kerndienstleistungen der Intermediäre darin, die unüberschaubare Masse von Inhalten für ihre Nutzer*innen in irgendeiner Form zu priorisieren.

Ist also eine *Vielfaltsverbesserung* durch Eingriff in die Inhaltssortierung das Ziel, erscheinen chronologische Ansätze nicht ausreichend, sondern qualitative Maßstäbe geboten.³⁶⁷ In anderen Worten: Intermediärsregulierung im Rahmen eines binnenpluralistischen Modells.³⁶⁸ Teils wird ein solcher Ansatz pauschal mit dem Verweis abgelehnt, „die nutzerinteressenorientierte inhaltsneutrale Sortierung [stellt] aber den wesentlichen Mehrwert der Dienste dar, weshalb eine entsprechende Verpflichtung nicht angemessen ist“³⁶⁹. Dieses Argument überzeugt jedoch aus zwei Gründen nicht: Erstens ist, wie bereits dargelegt,³⁷⁰ auch die bisherige Sortierung durch die Intermediäre keinesfalls „inhaltsneutral“; zweitens bedeutet eine stärkere binnenpluralistische Ausrichtung der Relevanzbewertung nicht automatisch den Verzicht auf alle intermedialen Maßstäbe. Vielmehr ist denkbar, dass pluralistische Kriterien nicht *nur*, aber *auch* eine Rolle bei der Priorisierung durch die Intermediäre spielen.

Ebenso zweifelhaft erscheint das – ähnlich pauschale – Argument, es sei „schwer vorstellbar, wie die technische Umsetzung eines spezifische Pluralismusvorgaben einhaltenden Algorithmus konkret aussehen sollte“³⁷¹. Denn wenn schon die eigene Vorstellungskraft als Argument herhalten muss: Ähnlich schwer vorstellbar erschienen wohl Algorithmen, die unter Berücksichtigung *aller online verfügbaren Aspekte der eigenen Persönlichkeit* die interessantesten Inhalte eines sozialen Netzwerks finden und anzeigen – wären nicht genau solche Algorithmen im Rahmen sozialer Netzwerke bereits heute Realität. Ob dabei in der eigenen Timeline *tatsächlich* jene Inhalte landen, die als am relevantesten empfunden werden, steht derweil auf einem anderen Blatt. Denn Ziel kann und muss gerade kein perfekter

³⁶⁷ Solche grundsätzlich ablehnend *Monopolkommission*, Wettbewerb 2018 (2018), Rn. 1178.

³⁶⁸ Grundsätzlich hierzu und zum folgenden *Schimmele*, Staatliche Verantwortung für diskursive Integrität in öffentlichen Räumen (2020), S. 170 ff., 244 ff.; *Mengden*, Zugangsfreiheit und Aufmerksamkeitsregulierung (2018), S. 390 ff. Einer solchen Regelung positiv gegenüberstehend etwa *Kluth/Schulz*, Konvergenz und regulatorische Folgen. Gutachten im Auftrag der Rundfunkkommission der Länder (2014), S. 95 f.; *Ladeur*, Die „objektiv-rechtliche Dimension der Rundfunkfreiheit“ unter Bedingungen von Multimedia (2002), S. 89 f.

³⁶⁹ *Kellner*, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären (2019), S. 293.

³⁷⁰ Siehe oben, S.247.

³⁷¹ *Kellner*, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären (2019), S. 293 f., unter Verweis auf entsprechende Skepsis bei *Bloch*, Meinungsvielfalt Contra Medienmacht (2013), S. 261 f.; *Hartl*, Suchmaschinen, Algorithmen und Meinungsmacht (2017), S. 200; *Paal*, Suchmaschinen, Marktmacht und Meinungsbildung (2012), S. 74; sowie *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 358, wobei letzterer lediglich eine direkte Übertragung der entsprechenden Vorschriften des Rundfunks ablehnt. Ebenfalls skeptisch *Kühling*, Die Verantwortung der Medienintermediäre für den Schutz öffentlicher Kommunikationsräume (2021), S. 144; ähnlich *Natt*, Meinungsmacht in einer konvergenten Medienwelt (2016), S. 81, der auf die unterschiedlichen Eigenschaften verschiedener Intermediärtypen verweist.

„Algorithmus der Meinungsvielfalt“³⁷² sein. Vielmehr geht es darum, die bereits existierenden Relevanzbewertungen zugunsten vielfaltsfördernder Inhalte zu beeinflussen.³⁷³

Teils wird darauf verwiesen, eine solche Auswahl von *Public-Value*-Inhalten setze „eine umfassende redaktionelle Aufbereitung“³⁷⁴ durch die Intermediäre vor, die diese jedoch ablehnten. Doch auch dieser Einwand geht aus zwei Gründen fehl.

Erstens erweckt die Formulierung „umfassende redaktionelle Aufbereitung“ den Eindruck, es sei für die Privilegierung von Qualitätsinhalten eine umfassende Organisationsstruktur mit zahlreichen redaktionell arbeitenden Mitarbeiter*innen nötig – ähnlich etwa Redaktionen in Presse und Rundfunk. Dies ist jedoch nicht notwendigerweise der Fall, da Privilegierung auch ohne Anschauung des einzelnen Inhalts automatisiert anhand bestimmter Kriterien erfolgen kann, wie noch zu zeigen sein wird.³⁷⁵

Zweitens zeigt ein Blick auf die bestehende Praxis der Intermediäre, dass eine Privilegierung bestimmter Qualitätsinhalte nicht ausgeschlossen ist, sondern – im Gegenteil – bereits heute stattfindet.³⁷⁶ YouTubes Empfehlungssysteme etwa „verbinden die Zuschauer*innen mit hochwertigen Informationen und minimieren die Wahrscheinlichkeit, dass sie problematische Inhalte sehen“:

„Um feststellen zu können, ob Inhalte zuverlässig sind, beantworten die Bewerter*innen einige zentrale Fragen. Hält der Inhalt, was er verspricht, oder erreicht er sein Ziel? Welche Art von Fachwissen ist erforderlich, um das Ziel des Videos zu erreichen? Welchen Ruf haben die Sprecherin oder der Sprecher des Videos und der Kanal, auf dem es gezeigt wird?“

³⁷² Einen solchen bezeichnet *Paal*, Suchmaschinen, Marktmacht und Meinungsbildung (2012), S. 74 wiederum als „technisch kaum vorstellba[r]“.

³⁷³ Mit Blick auf Vielfalt im privaten Rundfunk formulierte das BVerfG bereits in seiner Vierten Rundfunkentscheidung, ein Vielfaltstandard „verpflichtet nicht zur Herstellung einer arithmetischen Gleichheit von Meinungsrichtungen, etwa durch rechtlich verordnete Kompen-sationen, und verlangt bei einzelnen Ungleichgewichtigkeiten von geringer Bedeutung noch kein Einschreiten“ (BVerfGE 73, 118, 160).

³⁷⁴ *Kühling*, Die Verantwortung der Medienintermediäre für den Schutz öffentlicher Kommunikationsräume (2021), S. 145. Ähnlich schreibt *Kellner*, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären (2019), S. 289: „Nur ein journalistisch-redaktionell arbeitender Dienst, der eine bewusste Auswahl an Inhalten trifft, kann durch die Aufnahme oder gezielte Platzierung einzelner Inhalte für Binnenpluralismus sorgen.“

³⁷⁵ Siehe unten, S. 310.

³⁷⁶ Siehe *Kellner*, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären (2019), S. 152 f., die „binnenpluralismussichernde Maßnahmen“ der Intermediäre darstellt, darin jedoch „kein ausschließlich autonomes Sortieren des Diensteanbieters“ erkennen will, sondern ein Vorgehen, das „durch alle Nutzergruppen ‚demokratisch‘ legitimiert ist“. Inwiefern die Tatsache, dass Inhaltsbeeinflussung der Intermediäre allen Nutzer*innen gleichermaßen (vermeintlich) zugute kommen soll, solche Maßnahmen „demokratisch legitimiert“, bleibt jedoch offen. Auch *Kühling* erkennt das im Übrigen an, wenn er von positiver Vielfaltregulierung spricht, die „ohnehin bereits durch eine Reihe von Anbietern auf freiwilliger Basis [erfolgt]“ (*Kühling*, Gemeinwohlorientierte Regulierung der Medienintermediäre, S. 1020).

Was ist das Hauptthema des Videos (z.B. Nachrichten, Sport, Geschichte, Wissenschaft usw.)? Ist der Inhalt in erster Linie als Satire gedacht? Die Antworten auf diese und weitere Fragen ergeben, wie glaubwürdig ein Video ist. Je höher die Punktzahl ist, desto häufiger wird das Video bei Nachrichten- und Informationsinhalten empfohlen. [...] Unser System wird anhand dieser manuellen Bewertungen trainiert und wir wenden jetzt die Bewertungen auf alle Videos auf YouTube an.³⁷⁷

Basierend auf Bewertungen von Mitarbeiter*innen beeinflusst YouTube somit seine Algorithmen zur Inhaltsauswahl im Interesse „glaubwürdiger“ Inhalte. Dass eine solche Praxis mit mehr Aufwand verbunden ist, als gänzlich auf eine manuelle Bewertung von Inhalten zu verzichten, erscheint einleuchtend. Jedoch zeigt das Beispiel, dass die Privilegierung glaubwürdiger Inhalte (in anderen Worten: ein Aspekt positiver Vielfaltsicherung) bereits heute zur Praxis der Intermediäre zählt.

Dass eine „vielfaltssichernde Generalklausel“³⁷⁸ für Intermediäre als Teil etwa des Medienstaatsvertrags genügt, um die Praxis der Intermediäre insgesamt in entsprechender Weise zu beeinflussen, darf allerdings bezweifelt werden. Denn die Durchsetzung von Vielfalt bedarf mehr als dem bloßen Hinweis auf ihre nötige Sicherung, andernfalls hätte ihre Forderung bloß deklaratorischen Charakter hat und erschien wiederum zu unkonkret, um echte regulatorische Konsequenzen nach sich zu ziehen.³⁷⁹

Vielversprechender erscheinen daher Regelungsansätze, die konkrete Kriterien für die Auswahl von Qualitätsinhalten bereitstellen.³⁸⁰ Hierfür muss nicht notwendigerweise auf Ebene einzelner Inhalte differenziert werden. Vielmehr bieten bereits die Ersteller*innen der Inhalte einen möglichen Ansatzpunkt zur Bewertung meinungsbildender Qualität. So ist beispielsweise angesichts des Programmauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks davon auszugehen, dass die von den Anstalten erstellten Inhalte journalistischen Qualitätsstandards und Vielfaltskriterien genügen.³⁸¹

³⁷⁷ Goodrow, Über das Empfehlungssystem von YouTube (2021).

³⁷⁸ Paal/Hennemann, Meinungsbildung im digitalen Zeitalter (2017), S. 652; ausdifferenzierend Paal, Vielfaltssicherung bei Intermediären (2018), S. 570 sowie Paal/Heidtke, Vielfaltssichernde Regulierung der Medienintermediäre nach den Vorschriften des Medienstaatsvertrags der Länder (2020), S. 239 f. Zustimmend Heidtke, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 373 f.

³⁷⁹ Ähnlich skeptisch wie hier erscheint Laude, Automatisierte Meinungsbeeinflussung (2021), S. 329, der süffisant anmerkt: „es überrascht daher nicht, dass vorgeschlagen wird, diese [Generalklausel] durch Kennzeichnungs- und Transparenzpflichten zu effektuieren, was die fehlende Erforderlichkeit der Generalklausel verdeutlicht“. Ebenso Mafi Gudarzi, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken (2022), S. 207 f.

³⁸⁰ Zur Herausforderung der Kriterienbildung siehe etwa Kluth/Schulz, Konvergenz und regulatorische Folgen. Gutachten im Auftrag der Rundfunkkommission der Länder (2014), S. 88 ff.

³⁸¹ Siehe hierzu ausführlich Mafi Gudarzi, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken (2022), S. 215 ff. In diesem Sinne auch Kluth/Schulz, Konvergenz und regulatorische Folgen. Gutachten im Auftrag der Rundfunkkommission der Länder (2014), S. 95 f.; Ladeur, Die

Um jedoch nicht nur öffentlich-rechtliche Inhalte in den Genuss einer Privilegierung kommen zu lassen,³⁸² könnten die Medienanstalten als staatsferne Medilenaufsicht auch private Medien und Kanäle anhand gewisser Kriterien wie etwa redaktioneller Unabhängigkeit oder der Selbstverpflichtung an den Pressekodex zu Public-Value-Inhalten erklären.³⁸³ Der Ansatz einer entsprechenden Regelung findet sich überdies – in Bezug auf Medienplattformen und Benutzeroberflächen – bereits in § 84 Abs. 3 S. 2 MStV, der eine Privilegierung bestimmter Rundfunkprogramme durch deren leichte Auffindbarkeit vorsieht. Die in Abs. 5 S. 2 genannten Bewertungskriterien enthalten etwa den Anteil an nachrichtlicher Berichterstattung über politisches und zeitgeschichtliches Geschehen, den Anteil an barrierefreien Angeboten, das Verhältnis zwischen ausgebildeten und auszubildenden Mitarbeiter*innen und die Quote europäischer Werke. Ähnlich könnte auch für digitale Intermediäre eine Privilegierung der Inhalte bestimpter Urheber*innen vorgesehen werden.

Ob jedoch eine Privilegierung bereits dann angezeigt ist, wenn sich ein Medium an *irgendeine* Form redaktioneller Standards hält, wie es der EMFA-Entwurf vor sieht,³⁸⁴ erscheint zweifelhaft. Denn die Vielfatsicherung durch Qualitätsinhalte setzt zumindest einen gewissen *Qualitätsstandard* voraus, der Teil der regulatorischen Ausgestaltung sein sollte.

Dass einer solchen Quellen-Privilegierung entgegengehalten wird, sie hänge von dem tatsächlichen Vorhandensein entsprechender Inhalte ab,³⁸⁵ erscheint derweil eher tautologisch als überzeugend. Noch dazu gilt es gerade nicht, bestimmte Inhalte regulatorisch zu erzwingen, sondern vielmehr, auf die Abwägung der Intermediäre zwischen zur Verfügung stehender Inhalte Einfluss zu nehmen. Ähnliches gilt für den Einwand, es sei schwierig, aus der Menge der für qualitativ hochwertig befundenen Inhalte jene auszuwählen, die es zu privilegieren gilt. Denn es spricht nichts dagegen, sich hierbei auf die sonstige algorithmische Relevanzsortierung der Intermediäre zu verlassen.³⁸⁶

„objektiv-rechtliche Dimension der Rundfunkfreiheit“ unter Bedingungen von Multimedia (2002), S. 89 f.

³⁸² Kritisch gegenüber einer solchen einseitigen Bevorzugung der Öffentlich-rechtlichen: *Kühling*, Die Verantwortung der Medienintermediäre für den Schutz öffentlicher Kommunikationsräume (2021), S. 144 f.; *Hartl*, Suchmaschinen, Algorithmen und Meinungsmacht (2017), S. 219 f.

³⁸³ Wie hier auch ausführlich *Mafi Gudarzi*, Vielfatssicherung in sozialen Netzwerken (2022), S. 219 ff.

³⁸⁴ Vorschlag für eine Verordnung zur Schaffung eines gemeinsamen Rahmens für Mediendienste im Binnenmarkt (Europäisches Medienfreiheitsgesetz) und zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU vom 16.09.2022, COM(2022) 457 final.

³⁸⁵ So kritisiert *Kellner*, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären (2019), S. 297, „ein passendes Ergebnis der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten [können] nur angezeigt werden, sofern ein solches überhaupt vorhanden ist“.

³⁸⁶ Gegebenenfalls, wenn etwa auf diese Weise lediglich Inhalte einer bestimmten Zeitung angezeigt werden, kann auch eine Mindestzahl verschiedener Quellen als Bedingung in die Sortierung einfließen.

Es erscheint somit sowohl technisch möglich als auch regulatorisch fassbar, bestimmte Qualitätsinhalte auf Intermediären einzugrenzen, denen im Rahmen der öffentlichen Meinungsbildung besonderer Wert zugerechnet werden kann. Hiervon losgelöst stellt sich im nächsten Schritt die Frage, wie eine Privilegierung solcher Inhalte auf Intermediären aussehen kann.

2. Mögliche Privilegien

Literatur und Praxis unterscheiden zwei Arten der Inhaltsprivilegierung auf digitalen Intermediären: *Must-carry*-Pflichten und *Must-be-found*-Pflichten.³⁸⁷ Während erstere – gewissermaßen auf Eingangsseite – die Pflicht zur Aufnahme von Inhalten ins Gesamtangebot und damit ihre *theoretische* Auffindbarkeit bezeichnet, beschreibt letztere – auf Ausgangsseite – die Pflicht, die entsprechenden Inhalte an Nutzer*innen auszuspielen und sie somit auch *tatsächlich* auffindbar zu machen.

Must-carry-Pflichten sind dem Medienrecht bereits aus der Regulierung von Kabelnetzen bekannt, wo sie die Betreiber verpflichten, bestimmte Programme in das von ihnen vermittelte Angebot aufzunehmen. Jedoch besteht ein grundlegender Unterschied zwischen einstigen Kabelnetzen und heutigen digitalen Intermediären: Kabelnetze verfügen über eine begrenzte Übertragungskapazität, sodass nur eine bestimmte Anzahl Kanäle Zugang und Verbreitung finden können. Diese Beschränkung gilt für Intermediäre derweil nicht, sodass eine gesetzlich vorgeschriebene Verbreitung („*carry*“) dort keine Wirkung entfalten würde – die Aufnahme eines Inhalts und seine theoretische Erreichbarkeit stellt dort kein Hindernis dar. In der Konsequenz „passt die Must-carry-Rechtsprechung zu Kabelbetreibern nicht zu Internetdiensten“³⁸⁸.

Vor diesem Hintergrund knüpfen *Must-be-found*-Pflichten an den alten *Must-carry*-Gedanken an und erweitern ihn. Wo nicht die Übertragbarkeit durch die Anbieter*innen, sondern die Wahrnehmbarkeit durch die Nutzer*innen den metaphorischen Flaschenhals darstellt, legen *Must-be-found*-Pflichten fest, welche Inhalte prioritär eben jenen Flaschenhals passieren und den Nutzer*innen angezeigt werden müssen. Dabei muss es nicht zwingend darum gehen, ausgewählte Inhalte im Sinne einer absoluten Entscheidung *in jedem Fall* sichtbar zu machen und somit unmittelbar in das Geschäftsmodell der Intermediärsbetreiber*innen einzugreifen. Stattdessen kann es bereits ausreichen, die Inhalte im Rahmen der bestehenden Relevanzbewertung der Intermediäre mit einem Bonus zu versehen – wodurch zwar die Anordnung ebenfalls beeinflusst wird, jedoch die Mechanismen der Relevanzbewertung nicht außer Kraft gesetzt werden. Ein solcher Eingriff erscheint somit als sanftere Alternative und könnte, vorbehaltlich einer entsprechenden Verhältnismäß-

³⁸⁷ Siehe hierzu etwa *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 356; *Mengden*, Zugangsfreiheit und Aufmerksamkeitsregulierung (2018), S. 391; *Hartl*, Suchmaschinen, Algorithmen und Meinungsmacht (2017), S. 219.

³⁸⁸ *Kellner*, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären (2019), S. 275.

Bigkeitsprüfung im Einzelfall, angesichts des Schutzbedarfs der Meinungsbildungsfreiheit verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.³⁸⁹

Must-be-found-Regeln können auf zwei Arten ausgestaltet sein: entweder, indem ein beeinflusstes Angebot mit privilegierten Inhalten als von der derzeitigen Sortierung getrenntes, *zusätzliches* meinungsbildungsförderndes Angebot auf Intermediären anzusegnen ist, oder indem es *anstelle* des bisherigen Angebots dargestellt werden muss.

Erstere Ausgestaltung wird teils als „Zwei-Säulen-Modell“ bezeichnet und trennt das Intermediärs-kuratierte, personalisierte Angebot von dem pluralistisch gestalteten, meinungsbildungsfördernden Pendant.³⁹⁰ In dieser Trennung zwischen Personalisierung und Meinungsbildungsförderung jedoch liegt der vielleicht größte Nachteil dieses Modells. Denn hierdurch wird das pluralistische Angebot eben jener Vorteile beraubt, die Intermediäre ihren Nutzer*innen durch personalisierte Relevanzbewertung bieten können. Um die (von Verfechter*innen des Zwei-Säulen-Modells gern genutzte³⁹¹) Parallelen zum dualen Rundfunksystem zu bemühen: Auch Zielvorgabe öffentlich-rechtlicher Sender ist es nicht, ausschließlich besonders meinungsbildungsrelevante Inhalte zu verbreiten, sondern (wie auch die Privatsender) ein konkurrenzfähiges, bei Zuschauer*innen beliebtes Angebot zu schaffen – das jedoch dem Pluralismus und nicht Profitinteressen verpflichtet ist. Wer ZDF oder rbb einschaltet, tut dies aus Interesse am Programm und nicht aus staatsbürglerlichem Pflichtbewusstsein unter Verzicht auf Unterhaltung.³⁹²

Daher erscheint es auch bei Intermediären kontraproduktiv, Meinungsbildungsrelevanz und Personalisierung als Antipoden zu inszenieren. Vielmehr muss das Ziel sein, den Mehrwert algorithmischer Relevanz-Personalisierung mit einer Stärkung meinungsbildungsfördernder Inhalte zu verknüpfen. So wäre beispielsweise eine Beeinflussung der Relevanzbewertung entsprechender Inhalte in dem Maße denkbar, bis diese einen bestimmten Anteil in der algorithmisch personalisierten Timeline der

³⁸⁹ Siehe hierzu auch *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 357 ff. Kritisch gegenüber *Must-be-found*-Pflichten und stattdessen für ein stärkeres Engagement des öffentlich-rechtlichen Rundfunks etwa in sozialen Netzwerken plädierend: *Kellner*, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären (2019), S. 297 ff.

³⁹⁰ Siehe *Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, Eine Medienordnung für Intermediäre (2019), S. 501 ff.; sowie ursprünglich *Schwartmann*, Zwei Säulen für die Demokratie (2019). Für eine Darstellung zweier entsprechend funktionierender Anwendungsfälle, dem Facebook-COVID-19-Informationszentrum sowie Facebook News, siehe *Mafi Gudarzi*, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken (2022), S. 230 ff.

³⁹¹ So etwa *Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, Eine Medienordnung für Intermediäre (2019), S. 502.

³⁹² Ebenfalls kritisch gegenüber dem Zwei-Säulen-Modell *Mafi Gudarzi*, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken (2022), S. 233 ff. Ähnlich skeptisch, wenn auch eher aus Gründen der praktischer Realisierbarkeit, *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 367 ff.

Nutzer*innen erreichen.³⁹³ Die Möglichkeit, eine solche meinungsbildungsorientierte Kuratierung aufseiten der Nutzer*innen zu deaktivieren, würde überdies die Autonomie der Nutzer*innen stärken³⁹⁴ und den Intermediären weiterhin die Möglichkeit eröffnen, mit einer Form der Relevanzbewertung ohne regulatorische Beeinflussung zu überzeugen. Eine solche regulatorische Beeinflussung der Relevanzbewertung ist jedoch nicht ohne verfassungsrechtliche Hürden.

3. Bewertung

Aus Sicht mancher Kritiker*innen begibt sich positive Vielfaltsicherung für digitale Intermediäre, die über Diskriminierungsfreiheit hinausgeht, „auf dünnes Eis“³⁹⁵. Eine solche Beeinflussung der Nutzer*innen, selbst mit Möglichkeit zum *Opt-in* oder *Opt-out*, „wären nicht viel besser, jedenfalls nicht im zugrunde liegenden Menschenbild“, als „[r]echtliche Gebote eines täglichen Pensums der Lektüre von Qualitätszeitungen oder zum Schauen der Tagesschau“ und damit „eindeutig verfassungswidrig“³⁹⁶.

Trotz des eindrücklichen Vergleichs erscheint diese Form der Kritik überzeichnet, geht es doch nicht um den erzwungenen Konsum staatlich vorgegebener Inhalte, sondern vielmehr um die nur relative Stärkung solcher vielfaltsichernder Angebote, die sich auch ohnehin im Inhaltspool der Intermediäre befinden.³⁹⁷ Die Unternehmen würden weiterhin Inhalte anhand ihrer Relevanz-Algorithmen sortieren: Hundefreund*innen müssten nicht zwangsläufig mit Katzenvideos konfrontiert werden. Um im Bild zu bleiben: vielmehr erhielte ein Tagesschau-Beitrag über die Hundesteuer einen höheren Relevanz-Bonus als eine Schäferhund-Doku von Russia Today.

Auch der Einwand, durch eine solche Beeinflussung des Sortieralgorithmus „würde der Intermediär in die Rolle eines mächtigen Entscheiders über die Relevanz von Inhalten und damit letztlich aus seiner grundsätzlich inhaltsneutralen Rolle

³⁹³ Für ein ähnliches Modell unter der Bezeichnung „integrierte Presseschau“ plädiert *Mafí Gudarzi*, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken (2022), S. 235 ff.

³⁹⁴ Vergleiche hierzu die Argumente bei *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 370 f.; *Kellner*, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären (2019), S. 293, dort allerdings mit Bezug auf ein Opt-in/Opt-out zugunsten einer rein chronologischen Darstellung der Inhalte, auf deren zweifelhaften Mehrwert jedoch bereits eingegangen wurde, siehe oben, S. 307.

³⁹⁵ *Cornils*, Vielfaltssicherung bei Telemedien (2018), S. 386.

³⁹⁶ Ebd. Ähnlich kritisch *Ingold*, Meinungsmacht des Netzes (2020), S. 85 mit dem Hinweis, „dass grundrechtlich eine Konfrontationspflicht der Nutzenden kaum konstruierbar ist“.

³⁹⁷ So auch *Mafí Gudarzi*, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken (2022), S. 211; im Ergebnis ebenso *Kellner*, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären (2019), S. 158. Einer solchen Regulierung ebenfalls zumindest nicht abgeneigt *Mengden*, Zugangsfreiheit und Aufmerksamkeitsregulierung (2018), S. 390 ff.

gedrängt“³⁹⁸, erscheint als Trugschluss. Denn eben diese Rolle haben Intermediäre, wie dargelegt, längst inne. Es handelt sich vielmehr um eine Maßnahme, um den möglichen negativen Folgen dieser bereits bestehenden Situation entgegenzuwirken.³⁹⁹

Damit ist nicht gesagt, dass eine solche Regulierung ein verfassungsrechtlicher Selbstanleiher wäre. Vielmehr gilt es, wie von Heidtke ausführlich aufgezeigt,⁴⁰⁰ im Rahmen konkreter Regulierungsmaßnahmen deren legitimes Ziel – die Sicherung von Pluralismus und Meinungsvielfalt auf neuen Medien – mit den dadurch betroffenen Grundrechten – Informationsfreiheit der Nutzer*innen sowie Meinungsverbreitungs- und Medienfreiheit der Anbieter*innen – in Ausgleich zu bringen. Dass dieser Ausgleich verfassungskonform gelingen kann oder gar muss,⁴⁰¹ erscheint jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen,⁴⁰² hängt in seiner abschließenden Bewertung jedoch vom konkreten Regulierungsansatz und der zur Verfügung stehenden Datengrundlage ab.

Weitere, eine *Must-be-found*-Regulierung grundsätzlich ablehnende Kritik bezieht sich etwa auf die Gefahr, „isolierte öffentlich-rechtliche Inhalte zu überhöhen“⁴⁰³. Einer solchen Überhöhung kann jedoch durch den Einbezug weiterer meinungsbildungsfördernder Quellen, wie dargelegt,⁴⁰⁴ begegnet werden.⁴⁰⁵

³⁹⁸ *Kühling*, Gemeinwohlorientierte Regulierung der Medienintermediäre (2022), S. 1020.

³⁹⁹ Unklar erscheint auch, wie nach Vorstellung von *Kühling* „Rahmenbedingungen“ aussehen sollen, die „die Produktion von Qualitätsinhalten durch private und öffentlich-rechtlich strukturierte Anbieter sowie deren Auffindbarkeit und Erreichbarkeit auch in algorithmengetriebenen Verbreitungslogiken ermöglichen“ sollen – *ohne* jedoch Einfluss auf die Sortierlogiken zu nehmen, siehe Gemeinwohlorientierte Regulierung der Medienintermediäre, S. 1020.

⁴⁰⁰ Siehe Meinungsbildung und Medienintermediäre, S. 357 ff. Zum Ausgleich der Interessen von Nutzer*innen und Anbieter*innen auch *Mafi Gudarzi*, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken (2022), S. 212 ff.

⁴⁰¹ Laut *Fehling/Leymann*, Der neue Strukturwandel der Öffentlichkeit (2020), S. 116 führt an einer entsprechenden, positiven „diskurs- und vielfaltssichernden Regulierung mit Einbeziehung sozialer Medien kaum ein Weg vorbei“.

⁴⁰² Ähnlich, wenn auch unter Annahme einer dienenden Freiheit sozialer Medien, *Wagner*, Kommunikation in sozialen Medien und Grundrechte (2022), S. 869.

⁴⁰³ *Hartl*, Suchmaschinen, Algorithmen und Meinungsmacht (2017), S. 219; hieran anknüpfend auch *Kellner*, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären (2019), S. 297 f.; *Mafi Gudarzi*, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken (2022), S. 217 ff.

⁴⁰⁴ Siehe oben, S. 310 f.

⁴⁰⁵ In diesem Zusammenhang erscheint als bestehender Regulierungsansatz die in § 84 MStV vorgeschriebene Public-Value-Privilegierung für Medienplattformen und Benutzeroberflächen beobachtenswert: Im September 2022 veröffentlichten die Medienanstalten in diesem Zusammenhang eine Liste der „für die Meinungsvielfalt relevanten privaten Public-Value-Angebote“, die künftig – zusätzlich zu den öffentlich-rechtlichen Angeboten – auf Benutzeroberflächen „leicht auffindbar“ sein müssen. In wieweit die Aufnahme in die Liste als Qualitätsmerkmal gelten kann, wenn von 325 Bewerbungen 271 Angebote aufgenommen wurden, soll an dieser Stelle unkommentiert bleiben.

Somit reduziert sich die Kritik an positiver Vielfaltsicherung für Intermediäre auf das Anmahnen einer gründlichen Grundrechtsabwägung auf Ebene der Verhältnismäßigkeitsprüfung.⁴⁰⁶ Angesichts der im Vergleich zu weiteren bisher dargestellten Regulierungsoptionen relativ weitgehenden Eingriffe in Freiheiten der Intermediäre ist der Ansicht Kühlings beizupflichten, es müsse „geprüft werden, ob es nicht deutlich weniger eingriffsintensive, aber vergleichbar wirksame Instrumente gibt“⁴⁰⁷. Seine Einschätzung, „[d]erartige Ansätze [seien] jedenfalls gegenwärtig abzulehnen“⁴⁰⁸, erscheint hingegen keine Selbstverständlichkeit. Wie bereits mit Blick auf den Rundfunk dargestellt,⁴⁰⁹ könnte eine ausführliche Untersuchung auch der intermediären Risikotatbestände mit entsprechenden empirischen Daten durchaus einen vielfalsichernden Eingriff in die Relevanzbewertungen digitaler Intermediäre rechtfertigen.⁴¹⁰ Bedingung ist, ein weiteres Mal, eine ausreichende Sachverhaltsaufklärung.

VI. Plattformräte

Staatliche Regulierung mit Auswirkungen auf die Meinungsfreiheit ist, das dürfte zur Genüge deutlich geworden sein, eine besondere Herausforderung. Vor diesem Hintergrund haben sowohl der Gesetzgeber als auch Medienschaffende in der Vergangenheit Aufsichtsmodelle gesucht und gefunden, die Teile der Medienregulierung in die Hände nicht-staatlicher Gremien legen, die der Gefahr einer staatlichen Einflussnahme auf inhaltliche Fragen entgegenwirken sollen, ohne den einzelnen Medienakteuren freie Hand zu lassen.

Beispiele in diesem Zusammenhang sind die zentralen Entscheidungsgremien der Landesmedienanstalten, die – je nach Bundesland – Medienrat, Medienkommission, Medienausschuss oder schlicht Versammlung heißen. Dabei handelt es sich um nach Gesellschaftsgruppen möglichst divers zusammengesetzte Gremien. So sitzen etwa in der Medienkommission der Landesanstalt für Medien NRW neben acht durch den Landtag entsandten Mitgliedern Vertreter*innen der beiden großen Kirchen, der jüdischen Gemeinden, verschiedener Gewerkschaften und Unternehmer- wie Handwerksverbände, der Wissenschaft und Bildung, von Kunst und Kultur, der

⁴⁰⁶ Siehe auch *Mengden*, Zugangsfreiheit und Aufmerksamkeitsregulierung (2018), S. 391.

⁴⁰⁷ So *Kühling*, Die Verantwortung der Medienintermediäre für den Schutz öffentlicher Kommunikationsräume (2021), S. 142. Dessen Vorschlag jedoch, als „weniger eingriffsintensives Mittel“ die finanziellen Ressourcen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks dafür zu verwenden, dessen Qualitätsinhalte auf Intermediären zu bewerben, erscheint hingegen als etwas seltsame Methode, Rundfunkbeiträge von den Inhalteerstellern zu deren Verbreitern umzuverteilen. Ähnlich aber bereits *Mengden*, Zugangsfreiheit und Aufmerksamkeitsregulierung (2018), S. 400.

⁴⁰⁸ *Kühling*, Die Verantwortung der Medienintermediäre für den Schutz öffentlicher Kommunikationsräume (2021), S. 140.

⁴⁰⁹ Siehe oben, Teil 3 C. IV. 1., S. 207 ff.

⁴¹⁰ So auch *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre (2020), S. 374.

Medienbildung, der Wohlfahrtspflege, des Landessportbunds und der Naturschutzvereinigungen – um nur einige der in § 93 Abs. 3 LMG NRW aufgeführten Entsendeorganisationen zu nennen. Und auch die für die Programmaufsicht der öffentlich-rechtlichen Sender zuständigen Gremien (je nach Sender: Rundfunkrat, Fernsehrat oder Hörfunkrat) zielen in ähnlicher Diversität auf eine breite Repräsentanz gesellschaftlicher Gruppen.

Auch mit Blick auf digitale Intermediäre im Allgemeinen und soziale Netzwerke im Besonderen werden Vorschläge für unabhängige Aufsichtsgremien laut, die staats- und unternehmensfern organisiert sind, Entscheidungen von grundsätzlicher Relevanz einer rein wirtschaftlichen Abwägung entziehen, durch ihre Unabhängigkeit Vertrauen stärken und der Machtasymmetrie zwischen Diensten und Nutzer*innen entgegenwirken sollen. Unter den Begriffen „Plattformräte“⁴¹¹ beziehungsweise „Social Media Councils“ diskutieren Forschung⁴¹², Politik⁴¹³ und NGOs⁴¹⁴ gleichermaßen die mögliche Einrichtung entsprechender Gremien.

Dabei stellen sich auf konzeptioneller Ebene ganz grundsätzliche Fragen:⁴¹⁵ Kommt den Gremien eine lediglich beratende Funktion zu, oder sollen sie verbindlich entscheiden? Geht es um das Regeldesign oder konkrete Einzelfälle der Anwendung? Gelten ihre Entscheidungen national, regional oder global? Sind ihre Entscheidungsgrundlage die Hausregeln der Unternehmen, oder darüber hinaus etwa auch Menschenrechte? Sind sie für ein einzelnes Netzwerk zuständig, oder für eine ganze Branche? Geht es „nur“ um eine freiwillige Selbstregulierung der Unternehmen, oder handelt es sich um ein Modell zur Co-Regulierung? Und zu guter Letzt: Wer sind die Mitglieder eines Plattformrates – Laien oder Expert*innen?

Die Vielfalt dieser Fragen zeigt bereits die potenzielle Gestaltungsbandbreite von Plattformräten auf. Da die Entwicklung des *einen*, universell-optimalen Plattformrates ohnehin unmöglich erscheint und ein konkreter Designvorschlag vom Anwendungsfall abhängt, sollen folgend stattdessen lediglich zwei Elemente von grundsätzlicher Bedeutung hervorgehoben werden.

⁴¹¹ Zwar wäre im Rahmen dieser Arbeit wohl korrekterweise von Intermediärsräten zu schreiben, jedoch soll im Folgenden – der Anknüpfbarkeit an bestehende Diskurse halber – die Formulierung „Plattformräte“ übernommen werden.

⁴¹² Siehe etwa *Francke*, Plattformräte (2022); *Kettemann/Fertmann*, Die Demokratie plattformfest machen (2021); *Tworek* et al., Dispute Resolution and Content Moderation (2020); *Tworek*, Social Media Councils (2019).

⁴¹³ Siehe *SPD/Grüne/FDP*, Mehr Fortschritt wagen. Koalitionsvertrag 2021–2025 (2021), S. 14; *Geese*, Social Media Councils (2021); *Brown*, Models of Governance of Online Hate Speech (2020), S. 77 ff.

⁴¹⁴ Siehe *ARTICLE 19*, Social Media Councils (2021); *Tomson/Morar*, A Better Way to Regulate Social Media (2018).

⁴¹⁵ Siehe *Kettemann/Fertmann*, Die Demokratie plattformfest machen (2021), S. 9 ff.; ähnlich bereits *Tworek*, Social Media Councils (2019), S. 100.

1. Entscheidungsobjekt

Soll ein Plattformrat mit seinen Entscheidungen die bestehende Praxis digitaler Intermediäre beeinflussen, muss zunächst das *Entscheidungsobjekt* definiert werden, über das ein unabhängiges Gremium befinden soll: Geht es um die abstrakt-generellen Hausregeln der Intermediäre, oder um ihre Anwendung in einzelnen konkreten Entscheidungen? Mit diesen beiden Optionen kann ein Plattformrat somit sowohl quasi-legislative als auch quasi-judikative Funktionen übernehmen.

Bei letzterer Option erscheint es jedoch inkonsequent, ein unabhängiges Gremium lediglich als Superrevisionsinstanz für einzelne Moderationsentscheidungen der Intermediäre zu etablieren. Insbesondere angesichts der enormen Zahl entsprechender Entscheidungen kann ein einzelnes Gremium schwerlich per Anruf in jeden Einzelfall eingebunden werden. Vielmehr liegt der Mehrwert im Rahmen der quasi-judikativen Funktion darin, einzelne Fälle grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden und damit die Moderationspraxis *insgesamt* zu prägen.⁴¹⁶ In den Worten von Kettemann/Fertmann: Der „Mehrwert eines Beschwerde-Plattformrates besteht damit vor allen Dingen in potenziellen systemischen Verbesserungen, die dieser vermittelt über Einzelfälle anstoßen kann“⁴¹⁷. Dennoch wäre es ein Fehler, angesichts dieser Feststellung die Tätigkeit von Plattformräten nur auf die Beurteilung der Hausregeln zu beschränken: „The true test of guidelines is implementation and accountability. [...] A social media council limited to guideline-making would leave [...] users without a crucial right to subject a social media company’s decision to independent review.“⁴¹⁸

Somit sind quasi-judikative und quasi-legislative Funktionen sich im Ergebnis einerseits durchaus ähnlich: Es geht bei beiden um die Beeinflussung der Entscheidungsstandards von Intermediären durch unabhängige und divers besetzte Gremien, sei es durch Präzedenzfälle oder – so viel verfassungsrechtliche Anleihe sei erlaubt – ~~Hausregelkontrolle~~ Normen-Hausregelkontrolle. Vor diesem Hintergrund erscheint es daher überzeugend, einem Plattformrat in *beiden* Fällen die Möglichkeit zu geben, sich mit offenen Fragen oder Streitfällen zu befassen.

⁴¹⁶ Siehe auch *Brown, Models of Governance of Online Hate Speech* (2020), S. 78 f.

⁴¹⁷ Die Demokratie plattformfest machen, S. 10.

⁴¹⁸ *Tworek et al., Dispute Resolution and Content Moderation* (2020), S. 8 f. Die Autor*innen listet zusätzlich noch weitere Gründe auf: „a social media council limited to guideline-making would not solve the crucial problems of (a) widespread inconsistency and unpredictability in content moderation decisions; (b) inability to challenge or follow-up on content-related complaints; (c) lack of transparency and due process; (d) widespread use of automated decision-making; and (e) insufficient remedies.“ Siehe hierzu auch *ARTICLE 19, Social Media Councils* (2021), S. 5 f.

2. Entscheidungsgewalt

An die Beantwortung der Frage, *worüber* ein Plattformrat entscheiden soll, schließt sich die Frage nach der *Bindungswirkung* einer entsprechenden Entscheidung an. Bereits ein unabhängiges Gremium mit beratender Funktion kann, etwa sofern die Empfehlungen öffentlich sind, auch ohne tatsächliche Entscheidungsgewalt die Praxis der Intermediäre beeinflussen – gegebenenfalls mittels des Umwegs über öffentlichen Druck. Solche unverbindlichen Entscheidungen bergen jedoch die Gefahr, nur sonntagsredenhafte Wirkung zu entfalten.

Soll hingegen mit Hilfe der unabhängigen Gremien die Machtverteilung zwischen Intermediären und Nutzer*innen zugunsten letzterer verschoben werden, erscheinen verbindliche Entscheidungen der Plattformräte angezeigt. Dies gilt umso mehr, da ein regulatorischer Eingriff in das Geschäftsmodell der Intermediäre durch externe Gremien – und seien diese nur von beratendem Charakter – ähnlich der positiven Vielfaltsicherung⁴¹⁹ hohen Rechtfertigungshürden aufgrund der besonderen Eingriffsintensität gegenübersteht. Wenn jedoch das Risiko der Intermediäre für die Meinungsfreiheit so groß ist, erscheint eine Regulierung, die auf die freiwillige Umsetzung nicht-bindender Empfehlungen setzt, möglicherweise eher als frommer Wunsch zahnloser Regulierung denn als geeigneter Ansatz.

Dies soll Plattformräte als bloße Empfehlungsgremien nicht grundsätzlich diskreditieren. Jedoch eignen sich entsprechende Konzepte eher als Optionen intermediärer Selbstregulierung denn als durchgreifende Mittel effektiven Schutzes der Meinungsbildung.⁴²⁰

3. Bestehende Plattformräte als Vorbild?

Die Zweifel an Plattformräten als bloßen Empfehlungsgremien finden Anknüpfungspunkte auch in der Realität. Diverse Unternehmen greifen das Modell bereits auf: Neben Facebook und dem Oversight Board schmückt sich Twitter mit einem „Trust and Safety Council“,⁴²¹ Twitch und Spotify riefen jeweils einen „Safety Advisory Council“ ins Leben⁴²² und TikTok gründete mit dem „Content Advisory Council“⁴²³ und dem „European Safety Advisory Council“⁴²⁴ gleich zwei mit externen Expert*innen besetzte Beratungsgremien. Jedoch handelt es sich bei den

⁴¹⁹ Siehe bereits oben unter Teil 4 B. V., S. 306 ff.

⁴²⁰ In diesem Sinne wohl auch die Tabellendarstellung von Stärken und Schwächen (nicht) bindender Plattformrats-Entscheidungen bei *Brown, Models of Governance of Online Hate Speech* (2020), S. 77.

⁴²¹ Siehe *Patricia Cartes, Announcing the Twitter Trust & Safety Council* (2016).

⁴²² Siehe *Spotify, Introducing the Spotify Safety Advisory Council* (2022); *Twitch, Safety Advisory Council* (2020).

⁴²³ *Pappas, Introducing the TikTok Content Advisory Council* (2020).

⁴²⁴ *de Bailliencourt, Meet TikTok's European Safety Advisory Council* (2021).

genannten Organen – mit einer Ausnahme – um lediglich beratende Gremien, über deren Tätigkeit (geschweige denn deren Voten) öffentlich wenig bekannt ist und deren Einfluss auf die Entscheidungen der Intermediäre jedenfalls überschaubar erscheint.⁴²⁵

Die erwähnte Ausnahme in dieser Reihe stellt das Oversight Board dar, dessen Überprüfung und gegebenenfalls Widerruf einzelner Moderationsentscheidungen für Facebook bindend sind. Zwar kann das Board auch Empfehlungen zu Facebooks Richtlinien aussprechen. An deren Umsetzung jedoch ist das Unternehmen nicht gebunden, sondern lediglich dazu verpflichtet, dass es „die zur Umsetzung der Empfehlung erforderlichen operativen Verfahren analysiert und die Empfehlung bei der Weiterentwicklung seiner Richtlinien berücksichtigt“⁴²⁶. Somit hat das Board zwar die Möglichkeit, in Einzelfällen Entscheidungen abzuändern, indem es die bestehende Hausordnung des Netzwerks letztinstanzlich interpretiert. Diese Hausordnung jedoch über ihre bloße Interpretation hinaus verbindlich zu beeinflussen, diese Möglichkeit ist dem Gremium verwehrt – und damit auch der Einfluss auf grundsätzliche Linien des Umgangs mit Inhalten der Nutzer*innen insgesamt.

Um positiv Einfluss auf Vielfalt und Meinungsbildung auf digitalen Intermediären zu nehmen, so wird deutlich, haben Plattformräte durchaus Potenzial; dieses jedoch hängt von der Ausgestaltung der Räte sowie insbesondere ihrer Entscheidungsgewalt ab. Die Einrichtung unabhängiger Entscheidungsgremien darf derweil kein Selbstzweck sein. Vielmehr sind entsprechende Räte ein Vehikel, um sensible Fragen – insbesondere solche meinungsbildungsrelevanter, inhaltlicher Art – der alleinigen profitgetriebenen Gewalt der Unternehmen zu entziehen, ohne sie zugleich der aus Grundrechtssicht invasiveren staatlichen Autorität zu überantworten. Insofern zeigen sich Ähnlichkeiten zwischen dem Konzept der Plattformräte für Intermediäre und den Medienanstalten für Rundfunk und Telemedien; die Einrichtung unabhängiger Plattformräte könnte somit als staatsferne Medienaufsicht des Intermediärszeitalters bezeichnet werden.

Dass eine solche zusätzliche Entscheidungsinstanz wiederum gegebenenfalls einen tiefen Eingriff in Freiheitsrechte der Intermediäre bedeutet, stellt das Potenzial der Räte besonderen Rechtfertigungshürden in Form einer nachweislichen Gefahr der Intermediärsentscheidungen für die Meinungsfreiheit gegenüber. Andere Regulierungsoptionen, so wird im folgenden Kapitel zu zeigen sein, knüpfen derweil auch in ihrer Ausgestaltung unmittelbar an die besondere Machtposition einzelner Intermediäre an.

⁴²⁵ Mitglieder von Twitters Trust and Safety Council beklagten in einem offenen Brief gar, sie würden vom Unternehmen ignoriert; ein Mitglied sagte gegenüber dem Magazin *Wired*: „The Trust and Safety Council has eroded to practically nothing“ (*Matsakis*, Twitter Trust and Safety Advisers Say They’re Being Ignored (2019)).

⁴²⁶ Art. 4 S. 3 der Satzung des Oversight Boards.

VII. Medienkonzentrationsrecht

Auf dem Weg zu medialer Vielfalt ist vorherrschende Meinungsmacht die angezogene Handbremse: Wo einzelne Akteure besonderen Einfluss auf die Meinungsbildung haben, aber keinem binnenpluralistischen Ideal verpflichtet sind, gerät eine vielfältige Meinungsbildung der Öffentlichkeit unter Druck. Aus diesem Grund erhab das BVerfG bereits in seiner vierten Rundfunkentscheidung „den Ausschluß einseitigen, in hohem Maße ungleichgewichtigen Einflusses einzelner Veranstalter oder Programme auf die Bildung der öffentlichen Meinung, namentlich die Verhinderung des Entstehens vorherrschender Meinungsmacht“⁴²⁷ zur staatlichen Medienregulierungsmaxime. Dass daher der Medienstaatsvertrag (unverändert gegenüber dem Rundfunkstaatsvertrag) entsprechender Meinungsmacht im Rundfunk entgegenwirken soll(te), ist dabei ebenso Konsens⁴²⁸ wie die Einschätzung, dass eine Anpassung der Regelungen über den Rundfunk hinaus mehr als überfällig ist:⁴²⁹ Es gilt, „das gegenwärtige Medienkonzentrationsrecht aus seiner Fokussierung auf das lineare Fernsehen zu befreien“⁴³⁰. Leitbegriff einer umfassenden Reform ist dementsprechend ein „Gesamtmeinungsmarktmodell“.⁴³¹

Dass eine entsprechende Reform des Medienkonzentrationsrechts angesichts des im Verlauf dieser Arbeit herausgearbeiteten Einflusses neuer medialer Akteure wie digitaler Intermediäre Not tut, steht außer Frage: Die Feststellung, dass sich Meinungsmacht im Zeitalter von Facebook nicht mehr an Zuschaueranteilen des linearen Fernsehens bemessen lässt, darf getrost als Binse bezeichnet werden.⁴³²

Es erscheint jedoch zumindest missverständlich, wenn Müller-Terpitz argumentiert, mit einem neuen Meinungsmarktmodell sei es möglich, „zu untersuchen,

⁴²⁷ BVerfGE 73, 118, 160.

⁴²⁸ Siehe statt vieler und mit weiteren Nachweisen, *Kaiser*, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 221.

⁴²⁹ Siehe ebenfalls *Kaiser*, in: Dreier, GG⁴, Art. 5 Abs. 1 Rn. 242 m. w.N.; siehe auch *Dörr*, Regulierung intermediärer Plattformen durch den Medienstaatsvertrag (2022), S. 5 f.; *Holznagel*, Zukunft der Rundfunkregulierung (2021), S. 231. Entsprechende Forderungen formulieren auch immer wieder die Medienanstalten und ihre Gremien selbst (zuletzt etwa *Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich*, Konzentrationsbericht der KEK (2022), S. 28 ff.; *Schmid/Braam/Mischke*, Gegen Meinungsmacht (2020), S. 20 f.), sowie sogar die Landesgesetzgeber in einer Protokollerklärung zur Verabschiedung des MStV (*Bundesländer*, Protokollerklärung aller Länder zum Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland (2020)).

⁴³⁰ Müller-Terpitz, Einbindung von Intermediären (2017), S. 382.

⁴³¹ Umfassend zu den Optionen eines Einbezugs algorithmengestützter Zugangsdienste in ein solches Modell *Mengden*, Zugangsfreiheit und Aufmerksamkeitsregulierung (2018), S. 359 ff.

⁴³² Umfassend hierzu etwa *Mafi Gudarzi*, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken (2022), S. 204 ff.; *Heidke*, Meinungsbildung und Medienermittlungsintermediäre (2020), S. 304 ff. sowie, mit etwas mehr Pathos, *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 354 ff., der von einer „durch das Internet bedingte Zäsur in der Geschichte der Medien“ spricht (*Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke (2016), S. 358).

inwiefern algorithmischen Prozessen [...] eine [...] Wirkung im Zusammenhang mit der Entstehung vorherrschender Meinungsmacht bzw. der Beeinträchtigung von Meinungsvielfalt zukommt“⁴³³. Denn eine solche Untersuchung muss konsequenterweise einem neuen Medienkonzentrationsrecht *vorgelagert* sein, um die entsprechenden Kategorien im Rahmen des neuen Rechts beschreiben zu können. Insofern ist auch eine Reform darauf angewiesen, die tatsächlichen Risiken digitaler Intermediäre für die Meinungsbildung zunächst genauer zu untersuchen und empirisch fassbar zu machen.⁴³⁴

Überdies, und im Kontext dieser Arbeit zentraler, ist ein neues Medienkonzentrationsrecht gerade keine regulatorische Reaktion, die sich als Maßnahme gegen vorherrschende Meinungsmacht stemmt – wie etwa Transparenzpflichten, Verfahrensrechte und Regeln zur positiven Vielfaltsicherung. Konzentrationsfragen behandeln vielmehr die „Eingreifschwelle“ entsprechender Maßnahmen. Insofern läuft die (zweifellos nötige) Diskussion über eine Reform des Medienkonzentrationsrechts Gefahr, von der Herausforderung abzulenken, mit welchen Mitteln dem Risiko digitaler Intermediäre – zu denen, wie dargelegt,⁴³⁵ auch ihre Meinungsmacht gehört – etwas entgegenzusetzen ist.

Regelungen zur Medienkonzentration und ihrer „Berechnung“ stellen somit ein rechtliches Scharnier zwischen einem bestimmten intermediären Risiko auf Tatbestandsseite und möglichen regulatorischen Konsequenzen auf Rechtsfolgenseite dar. Da die vorliegende Arbeit sich jedoch mit eben solchen möglichen Rechtsfolgen auseinandersetzt, erscheint die nötige Reform des Medienkonzentrationsrechts als lediglich nachgeordnetes Problem, weshalb an dieser Stelle auf die entsprechende Literatur verwiesen werden soll.⁴³⁶

VIII. Geschäftsmodell

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass es von Entscheidungstransparenz über Verfahrensrechte bis zu inhaltlichen Fragen zahlreiche Ansatzpunkte gibt, um dem Risiko digitaler Intermediäre für die Meinungsfreiheit entgegenzuwirken. Eine Konstante zieht sich dabei allerdings durch alle diskutierten Ansätze:

⁴³³ Müller-Terpitz, Einbindung von Intermediären (2017), S. 382.

⁴³⁴ Ob derweil die bisherige Grenze des § 60 Abs. 2 S. 1 MStV (ab 30 Prozent Zuschauanteil im Jahresdurchschnitt wird Meinungsmacht vermutet) einer entsprechenden empirischen Untersuchung standhält, muss an dieser Stelle dahingestellt bleiben; es sei stattdessen auf die Ausführungen zur empirischen Zweifelhaftigkeit der besonderen Wirkmacht des Rundfunks verwiesen, s.o., S. 197f.

⁴³⁵ Siehe oben unter Teil 4 A. II., S. 244 ff.

⁴³⁶ Siehe oben, Fn. 429 und 432. Darüber hinaus stellt sich grundsätzlich die Frage, welchen Sinn die Suche nach Konzentration in einer Mediengattung macht, für die Außenpluralismus bereits konzeptionell zur Vielfaltsicherung nur sehr bedingt geeignet ist; siehe hierzu oben, S. 246 f.

die Annahme, dass die individualisierte Aufmerksamkeitsökonomie das legitime Geschäftsmodell der Unternehmen ist. Jedoch sind zunehmend Stimmen zu vernehmen, die zumindest die Frage stellen, ob nicht die ökonomische Anreizstruktur, die dem Geschäftsmodell digitaler Intermediäre derzeit innewohnt, das *eigentliche* Risiko für die Meinungsbildung darstellt.⁴³⁷

Dabei bezieht sich die Geschäftsmodellkritik, wie bereits dargelegt, vor allem auf die Verbindung von Personalisierung und Werbung, insbesondere: *politischer* Werbung, und die daraus resultierenden Gefahren für Diskurs und Demokratie.⁴³⁸ Vor diesem Hintergrund erscheint ein Verbot der Nutzung personenbezogener Daten für Werbezwecke (gegebenenfalls: ab einem bestimmten Detailgrad) als mögliche Maßnahme, um den geschilderten Gefahren zu begegnen. Das bedeutet derweil nicht, dass sich Intermediäre gänzlich von Werbung als Einnahmequelle verabschieden müssten. Vielmehr gibt es zahlreiche Alternativen zur personalisierten Werbung, die als „*security-oriented targeting*“ (Nutzer*innen werden auf Browser-Ebene zu ähnlichen Gruppen zusammengefasst, ihre persönlichen Daten nicht geteilt), „*first-party targeting*“ (Intermediäre dürfen nur die ihnen von Nutzer*innen direkt zur Verfügung gestellten Merkmale nutzen) und „*contextual targeting*“ (Werbung wird nicht anhand personenbezogener Daten, sondern anhand der ansonsten angezeigten Inhalte ausgewählt) bezeichnet werden.⁴³⁹ Unter dem Namen „*Tracking-Free Ads Coalition*“ setzt sich bereits eine Gruppe Europaparlamentarier*innen für eine Abschaffung personalisierter Werbung online ein,⁴⁴⁰ unterstützt durch zahlreiche Organisationen aus Zivilgesellschaft und Wirtschaft.⁴⁴¹

Jedoch ist zweifelhaft, ob ein solches Verbot personalisierter Werbung – mithin der vielleicht stärkste regulative Eingriff in das Geschäftsmodell der Intermediäre – im Verhältnis zum erhofften Schutz der Meinungsbildung stünde. Als ein Indiz in diesem Zusammenhang darf die Tatsache gewertet werden, dass selbst Stimmen, die sich ausführlich gegen die Risiken personalisierter Werbung wenden, zunächst mehr Transparenz in der Auswahl und Verbreitung von Werbung durch Intermediäre fordern.⁴⁴² Zu den entsprechenden Vorschlägen gehört etwa eine Werbedatenbank, in

⁴³⁷ Darüber hinaus sehen manche in der zunehmenden Werbemarktmaut der Intermediäre eine grundsätzliche Gefahr für den Journalismus *insgesamt*, dessen gewohntes Finanzierungsmodell durch sinkende Werbeeinnahmen etablierter Verlage ins Wanken gerät, wie etwa *Teachout, Break 'em up* (2020), S. 66 ff. argumentiert. Eine solche Diskussion erscheint jedoch als ein im Rahmen der vorliegenden Arbeit zu mittelbares Risiko für die Vielfalt der Meinungsbildung.

⁴³⁸ Siehe hierzu bereits oben, S. 262 ff.

⁴³⁹ Siehe ausführlich zu den verschiedenen Alternativen *Iwańska, To Track or Not to Track? Towards Privacy-Friendly and Sustainable Online Advertising* (2020), S. 21 ff.

⁴⁴⁰ Siehe *Tracking-Free Ads Coalition, About us* (2022).

⁴⁴¹ Siehe *Tracking-Free Ads Coalition, Supporters* (2022).

⁴⁴² Siehe *Maréchal/MacKinnon/Dheere, Getting to the Source of Infodemics* (2020), S. 28 ff.; *Maréchal/Roberts Biddle, It's Not Just the Content, It's the Business Model* (2020), S. 41 f.

der Inhalt, Urheber, Zielgruppe und Kosten der ausgespielten Werbung öffentlich nachvollziehbar sind. Auf diese Weise, so die Hoffnung, könnten Ausmaß und Auswirkungen personalisierter Werbung erkannt und durch die geschaffene Öffentlichkeit gegebenenfalls ein Teil der Gefahr für den öffentlichen Diskurs gebannt werden. Zweifellos ist personalisierte Werbung nicht nur aus Perspektive der Meinungsbildung, sondern auch mit Blick auf die Privatsphäre der Nutzer*innen Kritik ausgesetzt.⁴⁴³ Im Rahmen der Erfüllung einer Schutzpflicht zugunsten der Meinungsfreiheit kann dies jedoch schwerlich als Argument für einen schweren regulativen Eingriff zulasten der Intermediäre herhalten.

Somit weist der Diskurs um personalisierte Werbung im Rahmen der Medienregulierung vielmehr auf die staatliche Pflicht zum Schutz vor fehlender Tatsachenkenntnis hin. Hierzu passt, dass der DSA in seinem Artikel 39 „Zusätzliche Transparenz der Online-Werbung“ festschreibt und ein entsprechendes Werbe-Archiv einrichtet.⁴⁴⁴

Das soll nicht bedeuten, ein Verbot personalisierter Werbung könne kein Baustein eines zukünftigen medienregulatorischen Modells sein. Jedoch ist hierbei angesichts der (noch) mangelnden Gefahrenkenntnis sowie des besonderen Eingriffs zulasten der Intermediäre noch einmal zusätzliche Zurückhaltung geboten.⁴⁴⁵

IX. Zwischenfazit: zweistufige Regulierung zwischen Inhaltsferne und positiver Vielfaltsicherung

Dem Gesetzgeber, so ist deutlich geworden, steht ein bunter Strauß verschiedenster Regulierungsoptionen zur Verfügung, um dem Risiko digitaler Intermediäre zu begegnen. Genutzt hat er bisher jene, die sich intermediären Risiken ohne direkten Inhaltsbezug entgegenstellen und sich aufgrund ihrer Inhaltsneutralität als verhältnismäßig eingriffsarm darstellen: Regeln zu Transparenz⁴⁴⁶, Diskriminierungsfreiheit⁴⁴⁷ und Verfahrensrechten⁴⁴⁸.

Diese Maßnahmen sind geeignet, die Wirkungsweise digitaler Intermediäre und das Ausmaß ihrer Risiken offenzulegen und besser zu verstehen. Sie stärken auf diese

⁴⁴³ Siehe nur *Iwaińska*, To Track or Not to Track? Towards Privacy-Friendly and Sustainable Online Advertising (2020), S. 11 ff.

⁴⁴⁴ „Anbieter sehr großer Online-Plattformen [...], die Werbung auf ihren Online-Schnittstellen anzeigen, stellen die in Absatz 2 genannten Angaben in einem spezifischen Bereich ihrer Online-Schnittstelle zusammen und machen diese [...] öffentlich zugänglich.“ (Art. 39 Abs. 1 S. 1 DSA).

⁴⁴⁵ *Kaesling*, Evolution statt Revolution der Plattformregulierung (2021), S. 183 spricht insofern von einem „behutsamen, zukunftsoffenen und kooperierenden Ansatz“ des DSA.

⁴⁴⁶ Siehe oben unter Teil 4 B. II., S. 284 ff.

⁴⁴⁷ Hierzu Teil 4 B. III., S. 291 ff.

⁴⁴⁸ Siehe bereits Teil 4 B. IV., S. 297 ff.

Weise sowohl die Autonomie der Nutzer*innen als auch die fachliche Kompetenz der Aufsichtsbehörden. Doch jenseits des bloßen Erkenntnisgewinns mindern die ergriffenen Maßnahmen zugleich die intermediären Risiken selbst: indem sie struktureller Intransparenz entgegentreten, die Machtasymmetrie zwischen Anbieter und Nutzer*innen nivellieren und mittels schlagkräftiger Verfahrensrechte zudem Anreize für die Unternehmen setzen, problematische Moderationspraktiken zu verändern und im Sinne der Nutzer*innen anzupassen.

Vor diesem Hintergrund können die bereits ergriffenen Maßnahmen als geeignet betrachtet werden, die dem Gesetzgeber obliegende Schutzpflicht⁴⁴⁹ zu erfüllen. Sie erleichtern eine Rechtfertigung des Schutzeingriffs sowohl durch fehlende Beeinflussung der inhaltlichen Entscheidungen der Intermediäre als auch durch eine unmittelbarere Verbindung zum Schutzgut.

Jedoch erscheint zumindest zweifelhaft, ob diese Maßnahmen *de lege lata* auf Dauer genügen, um genügend Schutz auch vor jenen Risiken der Intermediäre zu bieten, die sich bereits heute mit Blick auf inhaltliche Fragen andeuten. Denn wie dargelegt, scheitert eine Verpflichtung auf inhaltsbezogene Regulierung nicht am mangelnden inhaltlichen Schadenspotenzial der Intermediäre, sondern vielmehr an der mangelnden Empirie, die dieses Potenzial zumindest als derart wahrscheinlich erscheinen ließe, dass es einen solch tiefen Eingriff in Medien- und Berufsfreiheit der Intermediäre erzwingen würde.

Angesichts dieser gegebenenfalls angezeigten regulatorischen Intensivierung ergibt sich zur Schutzpflichterfüllung ein zweistufiges Regulierungsmodell, dessen *erste Stufe* mit Regeln zu Transparenz, Diskriminierungsfreiheit und Verfahrensrechten die Position der einzelnen Nutzer*innen – besser: Medienkonsument*innen – gegenüber den Intermediären stärkt und derzeit zur Schutzpflichterfüllung genügt. Doch auch wenn sich die *zweite Stufe* aufgrund der mangelnder Datenlage heute noch zu keiner Schutzpflicht verdichtet, erscheint es im Sinne einer vorausschauenden Sicherung funktionierender Meinungsbildung erforderlich, entsprechende inhaltsbezogene Regulierungskonzepte bereits heute ins Auge zu fassen und auszuarbeiten.

Zwei Aspekte sind dabei besonders hervorzuheben und sollen daher auf den folgenden Seiten abschließend genauer beleuchtet werden: Zum einen setzen die bereits ergriffenen Maßnahmen vor allem auf individueller Nutzerebene an, weshalb mancher kritisiert, dieser Form der Regulierung fehle jener kommunaristische Bezugsrahmen, auf den eine Schutzpflicht zugunsten *öffentlicher* Meinungsbildung gerade ausgerichtet sei.⁴⁵⁰ Zum anderen gilt es, genauer auf die perspektivische Bedeutung inhaltsbezogener Intermediärsregulierung einzugehen.⁴⁵¹ Denn aller Kritik an deren Eingriffstiefe zum Trotz erscheint es angesichts des Risikosettings

⁴⁴⁹ Siehe oben unter Teil 4 A. III., S. 270 ff.

⁴⁵⁰ Dieser Kritik soll folgend unter Teil 4 B. IX. 1., S. 326 ff., begegnet werden.

⁴⁵¹ Siehe hierzu unten, Teil 4 B. IX. 2., S. 328 f.

digitaler Intermediäre fahrlässig, sich nicht bereits heute über Optionen positiver Vielfaltsicherung auch für Facebook, YouTube & Co Gedanken zu machen.

1. Schutz öffentlicher Meinungsbildung durch individuelle Autonomie?

Blickt man auf die staatlicherseits ergriffenen Ansätze der Intermediärsregulierung, ist Ausgangspunkt meist die Stellung der individuellen Nutzer*innen: „Anstelle einer generalisierbar adressierten Vielfaltssicherung [sic] auf limitierten Kanälen geht es dann in der Sache vornehmlich um die Sicherstellung persönlicher Autonomie im Angesicht einer Informationsflut.“⁴⁵² Ein solcher Regulierungsansatz, so Ingold kritisch weiter,

„entfernt sich damit in [seinem] Ausgangspunkt weitreichend von kommunitaristischen Regulierungsvorstellungen gesellschaftlicher Repräsentativität, welche keinen Zielwert für einen individuell-autonomen Zuschnitt von Inhalten als liberales Ideal selbstbestimmter Mediennutzung bereithält“.⁴⁵³

Dieser Einschätzung kann hier jedoch mit Blick auf die vorhergehende Analyse entgegengetreten werden. Dort, wo Regulierung mit Transparenz, Diskriminierungsfreiheit und Verfahrensrechten auch auf individueller Ebene ansetzt (Was weiß die einzelne Nutzer*in über die Auswahl der ihr präsentierten Informationen? Welche Einflussmöglichkeiten hat sie auf diesen Prozess?), ist es gerade die Orientierung an der kollektiven, gesellschaftlichen Bedeutung der entsprechenden Prozesse, die als kommunitaristisches Leitbild fungiert. Denn es ist der souveräne Umgang einzelner Nutzer*innen mit den ihnen auf individueller Ebene zur Verfügung stehenden Medien, der die Grundlage für ein Zustandekommen der öffentlichen Meinungsbildung im Kollektiv bildet.

Insofern läuft auch eine Gegenüberstellung einer „klassischen“, kommunitaristischen (Rundfunk) und einer „modernen“, individualistischen (Intermediäre) Vielfaltorientierung ins Leere. Denn bereits zu Zeiten des Rundfunks erschien der *individuelle*, souveräne Umgang mit Medieninhalten als Grundlage für den „Kommunikationsprozeß, den Art. 5 Abs. 1 GG im Interesse der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung schützen will“, wie das BVerfG in seinem Parabolantennen-Beschluss deutlich machte.⁴⁵⁴ Entkoppelt man diesen Gedanken von einer einzelnen medialen Technologie, so geht es um einen Schutz der verschiedenen Elemente praktischer Mediennutzung auf *individueller* Ebene, die unmittelbar zum gesellschaftlichen Idealbild öffentlicher Meinungsbildung beitragen – und deren Regulierung auf eben dieses Ideal ausgerichtet waren und sind. Vor diesem Hin-

⁴⁵² Ingold, Meinungsmacht des Netzes (2020), S. 85.

⁴⁵³ Ingold, Meinungsmacht des Netzes (2020), S. 85.

⁴⁵⁴ BVerfGE 90, 27 (32). Zwar stand im Zentrum des Falls das Grundrecht auf Informationsfreiheit, jedoch hob das Gericht explizit den engen Zusammenhang des individuellen Medienkonsums mit öffentlicher Meinungsbildung hervor.

tergrund erschien der Zugang zu Satellitenfernsehen vor drei Jahrzehnten ähnlich grundlegend wie die Abwesenheit von Moderationswillkür privater Intermediäre heute.

Dass sich die konkreten Regulierungsmaßnahmen auf vermeintlicher Individualebene ebenfalls am gesellschaftlichen Kommunikationsideal orientieren, zeigt sich auch darin, dass Anknüpfungspunkt für die dargelegte Schutzpflicht weniger einzelne Vorgänge *individueller* Meinungsbildung, sondern die gesellschaftlichen Prozesse *öffentlicher* Meinungsbildung sind. Im Vordergrund der Schutzpflicht steht notwendigerweise, wie dargelegt,⁴⁵⁵ gerade die *systemische* Dimension des intermediären Risikos und weniger dessen konkrete Verwirklichung im Einzelfall, die es gerade zu verhindern gilt.

Gegen eine solche, an der kollektiven Ebene orientierte Schutzpflicht spricht auch nicht, dass einzelne Regulierungsansätze – oder besser: -erfordernisse – sich bereits aus dem individuellen Verhältnis zwischen Intermediär und Nutzer*in ergeben, dass also einzelne Verfahrensrechte von Nutzer*innen gegenüber Intermediären beispielsweise auch im Rahmen mittelbarer Drittewirkung im individuellen Rechtsverhältnis als rechtliches Erfordernis herausgearbeitet werden.⁴⁵⁶ Denn entsprechende Verfahrensrechte können sowohl dem Grundrechtsschutz im direkten Verhältnis Nutzer*in/Intermediär dienen, als auch eine Option zur Erfüllung einer staatlichen Schutzpflicht zugunsten des Prozesses freier Meinungsbildung als solcher darstellen.

Statt also mit Ingold zu argumentieren, die „überindividuelle Vielfaltssicherung [sic] [können] einstweilen kaum Orientierung für Öffentlichkeitsregulative in digitalisierten Netzstrukturen liefern“⁴⁵⁷, ist der hier vertretenen Ansicht nach das Gegen teil der Fall: Angesichts des personalisierten Medienkonsums mittels digitaler Intermediäre lässt sich die überindividuelle Dimension der Meinungsbildung zum ersten Mal *überhaupt* auf individuelle Fragen des Medienkonsums zurückführen. Denn zu Zeiten medialer Vorherrschaft des Rundfunks war die granularste Form der Regulierung jene, die auf einzelne Sender bezogen war. Die Verbindung zwischen öffentlichem Sendeprogramm für alle einerseits und Medienkonsum der Einzelnen andererseits war mehr theoretische Annahme als konkret nachvollziehbare Verbindung.

Heute, in Zeiten intermediärer Personalisierung, steht auf einmal wirklich der individuelle Zugang zu Medien und Meinungsbildung zur (medialen wie regulatorischen) Disposition. Dabei hält die kommunaristische Zielvorstellung vielfältiger Meinungsbildung ebenso viel Orientierung für Medienregulierung bereit wie einst. Es ist nicht diese Zielvorstellung, die angepasst werden muss. Es ist vielmehr der Weg dorthin, den es an die neuen Bedingungen anzupassen gilt.

⁴⁵⁵ Siehe oben, S. 202 ff.

⁴⁵⁶ Siehe zuletzt BGH, III ZR 179/20 v. 29.07.2021 sowie III ZR 192/20 v. 29.07.2021.

⁴⁵⁷ Ingold, Meinungsmacht des Netzes (2020), S. 85.

Es erscheint konsequent, diesen regulatorischen Weg konzeptionell auf der inhaltsfernen, individuellen Ebene zu beginnen – bei Anforderungen wie Transparenz, Diskriminierungsfreiheit und Verfahrensrechten. Dort tritt nicht nur der Zusammenhang zwischen Regulierung und dem Schutzbereich eines selbstbestimmten Meinungsbildungsprozesses auf individueller Ebene unmittelbar hervor und empirisch schwierige Kausalanalysen auf der gesellschaftlichen Ebene – zwischen positiven Vielfaltspflichten und öffentlicher Meinungsbildung etwa – entfallen. Auch kommen entsprechende regulatorische Eingriffe ohne jede *inhaltliche* Beeinflussung der Meinungsbildung aus, lassen also einen gegenüber staatlichen Eingriffen besonders sensiblen Bereich unberührt, was im Rahmen der Rechtfertigung entsprechender Eingriffe eine deutliche Erleichterung darstellt.

Hinzu kommt, dass etwa Transparenzvorschriften nicht nur den durch sie besser informierten Nutzer*innen im Rahmen ihrer Meinungsbildung zugute kommen, sondern zugleich zur Risiko-Aufklärung als gewissermaßen erster Stufe staatlicher Schutzpflichterfüllung beitragen. Eine solche Aufklärung bietet möglicherweise Anknüpfungspunkte für gänzlich neue Regulierungsansätze, die konkrete Mechanismen der Intermediäre – etwa ihre besondere *inhaltliche Dynamik*⁴⁵⁸ – adressieren.

2. Positive Vielfaltsicherung als erforderliche Perspektive

Angesichts des umfassenden Risikosettings digitaler Intermediäre ist es durchaus realistisch, dass ein solches besseres Verständnis der Zusammenhänge und ihrer möglichen Gefahren für die Meinungsfreiheit ergibt, dass stärkere regulatorische Eingriffe gegenüber Intermediären, genauer: positive Vielfaltsicherung, erforderlich sind. Diese erscheint, wie dargelegt,⁴⁵⁹ trotz umfassender Kritik aus der Literatur als Regulierungsoption weder technisch unmöglich noch verfassungsrechtlich ausgeschlossen.

Zwar bedarf es für die *Pflicht* zu einem solchen direkten Eingriff auf Inhaltsebene eines deutlicheren kausalen Zusammenhangs. Dieser muss zweierlei empirisch statt bloß theoretisch glaubhaft machen: einerseits, dass sich aus der bestehenden Inhaltauswahl der Intermediäre ein Risiko für die Meinungsbildung ergibt; andererseits, dass dieses Risiko überdies im Rahmen einer entsprechenden Maßnahme tatsächlich gemindert werden kann.⁴⁶⁰

Die verfassungsjuristische Scheu allerdings, eine solche positive Vielfaltsicherung als Option ernstzunehmen und in ihren möglichen Details auszuloten, ist aus

⁴⁵⁸ Einen entsprechenden Ausblick wagt etwa *Eifert*, Regulierung von Dynamik und dynamische Regulierung als netzwerkgerechtes Recht (2021), S. 194 ff., wenn auch eher als hoffnungsvolle Vision denn als konkreten Vorschlag.

⁴⁵⁹ Siehe oben unter Teil 4 B. V., S. 306 ff.

⁴⁶⁰ Diesem zweiten Aspekt liegt selbstredend zunächst die empirische Frage zugrunde, wie die konkreten Mechanismen der Intermediäre aussehen, mit denen entsprechende Vielfaltregeln Wirkung entfalten können.

Perspektive der vorliegenden Arbeit unbegründet. Dies gilt umso mehr, als deutlich umfassendere Vielfaltregelungen für den Rundfunk ebenfalls seit Jahrzehnten ohne jegliches empirisches Fundament zum selbstverständlichen Kanon der Medienregulierung gehören. Letzteres ist keine Begründung, den entsprechenden Fehler ein zweites Mal zu begehen. Es ist vielmehr ein Fingerzeig darauf, die empirische Grundlage sowohl für die Rechtfertigung etablierter Rundfunkregulierung zu überprüfen als sie auch für mögliche zukünftige Intermediärsregulierung zu generieren – ohne positive Vielfaltsicherung auch für digitale Intermediäre von vornherein auszuschließen.

Ein solche positive Vielfaltsicherung mag einen schwerer wiegenden staatlichen Eingriff in die Grundrechte der Intermediäre darstellen als die bisher ergriffenen Maßnahmen. Doch auch solche Eingriffe können derweil in ihrem Ausmaß beschränkt werden. So bieten beispielsweise neue staatsferne Aufsichtsstrukturen wie Plattformräte⁴⁶¹ oder eine im Rahmen einer Reform des Medienkonzentrationsrechts abgestufte Regulierung⁴⁶² die Option, die *Tiefe* eines solchen Eingriffs zu begrenzen und gleichzeitig auch auf inhaltlicher Ebene wirkungsvolle Maßnahmen zum Schutz öffentlicher Meinungsbildung zu ergreifen.

Hinzu kommt, dass eine grundsätzliche Ablehnung positiver Vielfaltsicherung auf digitalen Intermediären selbst eine Gefahr für die öffentliche Meinungsbildung birgt. Denn schlussendlich geht es, wie dargelegt, weniger um die Frage, *ob* Maßnahmen ergriffen werden, die Einfluss auf unsere Meinungsbildung im digitalen Raum haben, sondern *wer* den Maßstab dieser Maßnahmen entwickelt. Zumindest aus Perspektive eines konstruktiven demokratischen Diskurses ist der Status quo verbesserungswürdig. Denn derzeit bestimmen die Interessen global agierender und – selbstredend: legitimerweise – auf Gewinnmaximierung ausgerichteter Digitalkonzerne die Grundlage unseres öffentlichen Diskurses im Netz. Netzwerk- und Lock-in-Effekte wecken noch dazu Zweifel daran, dass in diesem Bereich „der Markt regelt“.

Die öffentliche Meinungsbildung auf digitalen Intermediären zu verbessern, bedeutet derweil nicht, die Staatsfreiheit der Medien über Bord zu werfen: Ziel kann nicht sein, die Auswahlalgorithmen unter Parlamentsvorbehalt zu stellen. Doch steht angesichts der Risikoperspektive für eine funktionierende demokratische Öffentlichkeit die Frage im Raum, ob mit zunehmender Bedeutung digitaler Gatekeeper für die Meinungsbildung nicht *jede* Form demokratischer Rückkoppelung der Auswahlalgorithmen im Vergleich mit dem rein finanziell getriebenen, auf Emotionen ausgerichteten Status quo eine Stärkung des öffentlichen Diskurses bedeutet. Ein vorausschauender Gesetzgeber, so ist zu wünschen, ergriffe hier nicht erst dann die Initiative, wenn ihn eine verfassungsrechtliche Schutzwicht dazu zwänge. Das Grundgesetz bleibt eine optimistische Verfassung.

⁴⁶¹ Siehe hierzu Teil 4 B. VI., S. 316 ff.

⁴⁶² Siehe Teil 4 B. VII., S. 321 ff.

Teil 5

Ergebnissätze

A. Zur Bedeutung von Kommunikation und Öffentlichkeit im Grundgesetz

1. Als demokratische Verfassung enthält das Grundgesetz explizite und implizite Erwartungen an Funktionsweise und -fähigkeit von Öffentlichkeit und Kommunikation. Jenseits der Freiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG misst es den beiden genannten Phänomenen vor allem funktionale Bedeutung zu. Sie ermöglichen es den Menschen, sich mit Inhalten auseinanderzusetzen, die für sie von Bedeutung sind, sich auf diese Weise eine Meinung zu bilden und über diese Meinung mit anderen in Austausch zu treten. Diese Meinungsbildung ist kein Selbstzweck. Sie bildet vielmehr den Ausgangspunkt für mögliche politische Organisation und Einflussnahme. Kommunikation und Öffentlichkeit werden damit zum Ausgangspunkt demokratischer Macht. Hierin liegt der historische Grund für die Aufnahme von Kommunikationsrechten in konstitutionelle Dokumente.
2. Medien ermöglichen im Rahmen ihrer Selektions- und Vermittlungsfunktion die Meinungsbildung jenseits der unmittelbaren individuellen Erfahrungswelt. Gleichzeitig vermitteln sie einen Eindruck von der Meinungsbildung *der anderen*; sie haben Einfluss darauf, wie Einzelne den gesellschaftlichen Diskurs wahrnehmen und sich selbst darin verorten. Damit kommt Medien eine besondere Machtposition zu, aus der sie nicht nur das Weltbild ihrer Leser*innen, Zuschauer*innen und Nutzer*innen prägen – sondern auch deren Selbstbild als Teil der Gesellschaft.
3. Neben der subjektivrechtlichen Dimension der Kommunikationsfreiheiten spiegelt deren objektivrechtliche Komponente in Art. 5 Abs. 1 GG jene funktionale Bedeutung von Kommunikation, Öffentlichkeit und Medien für die Demokratie wider. Das gilt bereits für die Rolle individueller Meinungsbildung (S. 1) aber insbesondere für die sich aus deren Selektions- und Vermittlungsfunktion ergebende Macht der Medien (S. 2).
4. Die Aufzählung von Presse, Rundfunk und Film stellt keinen abschließenden medialen Katalog, sondern eine Momentaufnahme einflussreicher Medientypen der 1940er Jahre dar. Das Grundgesetz erfasst in Art. 5 Abs. 1 S. 2 die besondere funktionale Bedeutung von Medien im Rahmen der Meinungsbildung – unab-

hängig vom aktuellen Stand der Technik. Dementsprechend beinhaltet Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG *eine* Medienfreiheit.

B. Verfassungsrechtliche Grundlage des staatlichen Auftrags zur Medienregulierung

5. Aus der verfassungsrechtlich anerkannten, besonderen Bedeutung und Machtposition der Medien ergibt sich die Gefahr der nachteiligen Einflussnahme auf den Prozess der freien Meinungsbildung als Ausgangspunkt politischer Macht im demokratischen System. Das Grundgesetz kennt diese Spannung zwischen gewünschter medialer Machtposition einerseits und dem Ideal freier Meinungsbildung auf Augenhöhe andererseits; sie findet ihren Ausdruck in der Trennung der Sätze Eins und Zwei des Art. 5 Abs. 1 GG.
6. Das Konzept der dienenden Rundfunkfreiheit stellt einen Versuch dar, diese Spannung aufzulösen, indem sie die Freiheit eines einzelnen Mediums auf das objektivrechtliche Ideal der Meinungsfreiheit verpflichtet und den Gesetzgeber zu einer entsprechenden einfachrechtlichen Ausgestaltung zwingt. Dieser Versuch ist jedoch mit der verfassungsrechtlichen Konzeption der Grundrechte als Freiheitsrechte nicht vereinbar.
7. Stattdessen trifft den Staat eine grundsätzliche Schutzpflicht zugunsten der Meinungsfreiheit – unabhängig von einzelnen Medienarten. Dort, wo der freien Meinungsbildung als Ausgangspunkt politischer Macht im demokratischen System Schaden droht, ist der Staat verpflichtet, Maßnahmen zu ihrem Schutz zu ergreifen.
8. Aufgrund des systemischen Charakters medialer Risiken für die Meinungsbildung kann, etwa mit Blick auf neue Medien, bereits ein nur hypothetischer Schaden eine entsprechende Schutzpflicht auslösen.
9. Primäres Element einer solchen Schutzpflicht ist eine Beobachtungspflicht, um Informationen zur Höhe und Wahrscheinlichkeit des medialen Schadens für die Meinungsbildung zu gewinnen. Stellt sich das Risiko als vernachlässigbar heraus, liegt in dieser Erkenntnis bereits die Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht. Einen regulatorischen Eingriff kann sie hingegen erst in einem zweiten Schritt erfordern – wenn entweder das Risiko zu groß oder ein entsprechender Bewertungsversuch unmöglich erscheint.
10. Die Figur mittelbarer Drittewirkung der Meinungsfreiheit ist zu deren Sicherung nicht geeignet. Sie mag im Binnenverhältnis zwischen Nutzer*in und Medium zu ähnlichen regulatorischen Konsequenzen führen wie eine staatliche Schutzpflicht, lässt jedoch die gesellschaftliche Dimension der Meinungsfreiheit außer Acht.

11. Eine staatliche Schutzwicht zugunsten der Meinungsfreiheit ermöglicht eine verfassungsrechtliche Verankerung staatlicher Medienregulierung, die – im Gegensatz zur dienenden Sonderdogmatik – mit dem EU-Recht in Einklang steht.

C. Leitlinien für eine zukunftsfähige Medienregulierung

12. Sowohl das Vorhandensein einer Schutzwicht als auch die Wege ihrer Erfüllung bedürfen kontinuierlicher Überprüfung. Nicht nur beim Aufkommen neuer Medien ist der Staat daher zur Sachverhaltsaufklärung verpflichtet. Auch nachdem er Regulierungsbedarf dargelegt und entsprechende Maßnahmen ergriffen hat, trifft ihn eine kontinuierliche Rechtfertigungspflicht, dass Gefahr oder Risiko für das Schutzgut Meinungsfreiheit weiterhin besteht. Diese Einsicht hat mit Blick auf die aktuelle Medienregulierung zwei Konsequenzen:
 - a) Fehlende empirischer Belege für die besondere Wirkmacht des Rundfunks und die daraus resultierende Gefahr für die Meinungsbildung als Ausgangspunkt bestehender Rundfunkregulierung staatlicherseits erfordern entweder Medienwirkungsforschung, die entsprechende Belege erbringt, oder aber die Zurücknahme entsprechender Regulierung.
 - b) Digitale Intermediäre sind ein Risiko für die freie Meinungsbildung und lösen eine entsprechende Schutzwicht des Staates aus.
13. Unter grundrechtsschonender Rücksicht auf die Rechte der Intermediäre kann der Staat seiner Schutzwicht am besten in zwei Schritten entsprechen:
 - a) Den *ersten Schritt* stellen Vorschriften dar, die sich gegen die Machtasymmetrie zwischen Nutzer*innen und Medien als Ursprung des potenziellen Schadens für die freie Meinungsbildung wenden. Hier tritt der Zusammenhang zwischen Regulierung und dem Schutzgut eines selbstbestimmten Meinungsbildungsprozesses unmittelbar hervor und empirisch schwierige Kausalnachweise auf der Makro-Ebene – zwischen positiven Vielfaltpflichten und öffentlicher Meinungsbildung etwa – entfallen. Entsprechende Maßnahmen stärken die Position der Nutzer*innen und vergrößern das Wissen über die tatsächliche Wirkungsweise der intermediären Gefahren für die Meinungsbildung, aber lassen die besonders grundrechtssensible Inhaltsebene unberührt. Beispiele für Vorschriften dieser Art sind solche zu Transparenz, Diskriminierungsfreiheit und Verfahrensrechten.
 - b) Genügt dieser erste Schritt zur Sicherung der Meinungsbildung nicht, sind *im zweiten Schritt* Regulierungsmaßnahmen geboten, die sich über die mediale Machtasymmetrie hinaus mit Fragen auf inhaltlicher Ebene beschäftigen. Hierzu zählen Maßnahmen positiver Vielfaltsicherung, etwa

Vorgaben für die Inhalteauswahlmechanismen der Intermediäre. Die größere Eingriffstiefe in die Rechte der Intermediäre durch solche positive Vielfaltsicherungsmaßnahmen lässt sich durch institutionelle Sicherungen abschwächen, etwa intermediärseigene Aufsichtsgremien. Darüber hinaus erleichtern vergebliche mildere Regulierungsansätze der ersten Stufe die Rechtfertigung entsprechender Eingriffe.

14. Die in NetzDG, MStV und DSA bereits enthaltenen Regulierungsansätze sind geeignet, den ersten der beiden Regulierungsschritte und insofern die staatliche Schutzwürdigkeit zu erfüllen – unter der doppelten Bedingung, dass sie *sowohl* ausreichend Erkenntnisse zum tatsächlichen Risikopotenzial digitaler Intermediäre für die Meinungsbildung generieren *als auch* dieses Risikopotenzial keinen Anlass für eine weitergehende Regulierung auf Inhaltsebene gibt.
15. Positive Vielfaltsicherung stellt einen der tiefsten regulatorischen Eingriffe in die Freiheit der Medien dar. Sie ist jedoch weder eine Sondererscheinung des Mediums Rundfunk, noch per se für digitale Intermediäre unzulässig oder technisch unmöglich.

Literaturverzeichnis

Adelberg, Philipp Nikolaus: Rechtspflichten und -grenzen der Betreiber sozialer Netzwerke: Zum Umgang mit nutzergenerierten Inhalten, 2020.

Altmeppen, Klaus-Dieter/Donges, Patrick/Künzler, Matthias/Puppis, Manuel/Röttger, Ulrike/Wessler, Hartmut: Die Ordnung der Dinge durch Kommunikation: Eine Einleitung über Leistungen der Medien und Strukturen der Gesellschaft, in: dies. (Hrsg.), Soziale Ordnung durch Kommunikation?, 2015, S. 11–26.

Amadeu Antonio Stiftung: Am Ziel vorbei und irreparabel: Zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken, 2017.

Ananny, Mike/Crawford, Kate: Seeing without knowing: Limitations of the transparency ideal and its application to algorithmic accountability, in: New Media & Society 20.3 (März 2018), S. 973–989.

Appel, Ivo/Mielke, Sebastian: Strategien der Risikoregulierung: Bedeutung und Funktion eines Risk-Based Approach bei der Regulierung im Umweltrecht, 2014.

Arndt, Adolf: Die Rolle der Massenmedien in der Demokratie, in: Martin Löffler (Hrsg.), Die Rolle der Massenmedien in der Demokratie, 1966, S. 1–21.

ARTICLE 19: Social Media Councils. One piece in the puzzle of content moderation, 2021, url: <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2021/10/A19-SMC.pdf> (besucht am 18.07.2023).

Badura, Peter: Rundfunkfreiheit als „dienende Freiheit“ – ein Relikt?, in: Gesellschaft für Rechtspolitik, Trier und Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier (Hrsg.), Bitburger Gespräche Jahrbuch 2007/I, 2008, S. 9–19.

Badura, Peter: Verfassungsrechtliche Bindungen der Rundfunkgesetzgebung: Die Freiheit des Rundfunks und die saarländische Gesetzgebung über private Veranstalter von Rundfunksendungen, 1980.

Baer, Susanne: Braucht das Grundgesetz ein Update? Demokratie im Internetzeitalter, in: Blätter für deutsche und internationale Politik 2011, S. 90–100.

Bailliencourt, Julie de: Meet TikTok's European Safety Advisory Council, März 2021, url: <https://newsroom.tiktok.com/en-gb/tiktok-european-safety-advisory-council> (besucht am 18.07.2023).

Beater, Axel: Medienrecht, 2. Aufl., 2016.

Beck, Klaus/Donges, Patrick: Vermittlung: Begriffe und Modelle für die Kommunikationswissenschaft, in: Otfried Jarren/Christoph Neuberger (Hrsg.), Gesellschaftliche Vermittlung in der Krise: Medien und Plattformen als Intermediäre, 2020, S. 21–49.

Beck, Susanne/Grunwald, Armin/Jacob, Kai/Matzner, Tobias: Künstliche Intelligenz und Diskriminierung (Whitepaper), 2019.

- Berndt, Marcel:* Internet: Facebook-Profil wird zum Beweismittel, in: WirtschaftsWoche, Feb. 2012, url: <https://www.wiwo.de/technologie/digitale-welt/internet-facebookprofil-wird-zum-beweismittel/6235862.html> (besucht am 18.07.2023).
- Bernzen, Anna K.:* Gerichtssaalberichterstattung: ein zeitgemäßer Rahmen für die Arbeit der Medienvertreter in deutschen Gerichten, 2020.
- Bethge, Herbert:* Der Grundrechtseingriff, in: Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer 57 (1998), S. 7–56.
- Bethge, Herbert:* Die verfassungsrechtliche Problematik der Zulassung von Rundfunkveranstaltern des Privatrechts, 1981.
- Bethge, Herbert:* Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren: Zu einigen Aspekten der aktuellen Grundrechtsdiskussion, in: NJW – Neue Juristische Wochenschrift 1982, S. 1–7.
- Bethge, Herbert:* Pluralismus als medienrechtliches Ordnungsprinzip?, in: Hans-Detlef Horn/Peter Häberle/Herbert Schambeck/Klaus Stern (Hrsg.), Recht im Pluralismus. Festschrift für Walter Schmitt Glaeser zum 70. Geburtstag, 2003, S. 465–486.
- Blöbaum, Bernd/Krieter, Malte/Martin, Claudia/Staege, Nora:* Medienskeptikerinnen und Medienskeptiker im Spiegel quantitativer Studien, in: Bernd Blöbaum/Thomas Hanitzsch/Laura Badura (Hrsg.), Medienskepsis in Deutschland, 2020, S. 43–61.
- Bloch, Anna:* Meinungsvielfalt Contra Medienmacht: Aktuelle Entwicklungen und Reformbestrebungen Im Medienkonzentrationsrecht, 2013.
- Bloch-Wehba, Hannah:* Global Platform Governance: Private Power in the Shadow of the State, in: SMU Law Review 72.1 (2019), S. 27–80, url: <https://scholarship.law.tamu.edu/facscholar/1402> (besucht am 18.07.2023).
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang:* Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: Ernst Forsthoff (Hrsg.), Säkularisation und Utopie: Ebracher Studien. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag, 1967, S. 75–94.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang:* Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, in: Der Staat 29.1 (1990), S. 1–31.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang:* Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, 1991, S. 115–145.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang:* Recht, Staat, Freiheit: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, 2006.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang:* Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken. Zur Kritik Gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik, in: Der Staat 42.2 (2003), S. 165–192.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang/Wieland, Joachim:* Die „Rundfunkfreiheit“ – ein Grundrecht?, in: AfP – Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht 1982, S. 77–85.
- Bortnikov, Vyacheslav:* Netzneutralität und Bedingungen kommunikativer Selbstbestimmung: Pflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates zur Gewährleistung der Neutralität des Internets im Lichte der grundrechtlichen Schutzpflichtenlehre, 2013.

- Bremer*, Eckhard: Freiheit durch Organisation? „Ausgestaltung“ der Rundfunkfreiheit als Problem von Grundrechtsinterpretation, Grundrechtstheorie und Ordnungstheorie, in: Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), *Kommunikation ohne Monopole II: Ein Symposium über Ordnungsprinzipien im Wirtschaftsrecht der Telekommunikation und der elektronischen Medien*, 1995, S. 311–348.
- Bremer*, Eckhard/*Martini*, Karin: Kartellrechtsreform und Sicherung der Pressevielfalt: Wäre eine „Lex Holtzbrinck“ im Rahmen der 7. GWB-Novelle verfassungsgemäß?, in: ZUM – Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2003, S. 942–949.
- Breuer*, Rüdiger: Grundrechte als Anspruchsnormen, in: Otto Bachof/Ludwig Heigl/Konrad Redeker (Hrsg.), *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung: Festgabe aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts*, 1978, S. 89–119.
- Brinkmann*, Tomas: Zur Aktualität des Vielfaltgebots in den Massenmedien, in: ZUM – Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2013, S. 193–201.
- Bronsema*, Frauke: Medienspezifischer Grundrechtsschutz der elektronischen Presse: Darstellung des Grundrechtsschutzes in der Europäischen Union und Entwicklung eines Lösungsansatzes für den Grundrechtsschutz aus Art. 5 Abs. 1 GG, 2008.
- Brosius-Gersdorf*, Frauke (Hrsg.): *Grundgesetz-Kommentar*, 4. Aufl., 2023 (i. E.).
- Brown*, Alexander: Models of Governance of Online Hate Speech, 2020.
- Brugger*, Winfried: Rundfunkfreiheit und Verfassungsinterpretation, 1991.
- Brunn*, Axel: Filter bubble, in: Internet Policy Review 8.4 (Nov. 2019).
- Bucher*, Taina: Want to be on the top? Algorithmic power and the threat of invisibility on Facebook, in: New Media & Society 14.7 (2012), S. 1164–1180.
- Bullinger*, Martin: Das teilweise Zusammenwachsen von Presse und Rundfunk und ihren Freiheiten, in: AfP – Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht 2007, S. 407–410.
- Bullinger*, Martin: Kommunikationsfreiheit im Strukturwandel der Telekommunikation, 1980.
- Bullinger*, Martin: Private Rundfunkfreiheit auf dem Weg zur Pressefreiheit, in: ZUM – Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2007, S. 337–344.
- Bullinger*, Martin: Strukturwandel von Rundfunk und Presse. Rechtliche Folgewirkungen der neuen elektronischen Medien, in: NJW – Neue Juristische Wochenschrift 1984, S. 385–390.
- Bullinger*, Martin: Von presseferner zu pressenaher Rundfunkfreiheit, in: JZ – JuristenZeitung 61.23 (2018), S. 1137.
- Bumke*, Christian: Ausgestaltung von Grundrechten: Grundlagen und Grundzüge einer Dogmatik der Grundrechtsgestaltung unter besonderer Berücksichtigung der Vertragsfreiheit, 2009.
- Bumke*, Christian: Der Grundrechtsvorbehalt: Untersuchungen über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte, 1998.
- Bumke*, Christian/*Vosskuhle*, Andreas: Casebook Verfassungsrecht, 2013. Bundeskartellamt: Beschluss v. 08.08.2015, Az. B6-126/14, 2015, url: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2015/B6-126-14.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (besucht am 18.07.2023).

Bundesländer: Protokollerklärung aller Länder zum Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland, 2020, url: https://www.rlp.de/fileadmin/rlp-stk/pdf-Dateien/Medienpolitik/Protokollerklärung_der_Länder_zum_Medienstaatsvertrag.pdf (besucht am 18.07.2023).

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz: Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken, 2017.

Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend: Löschung von strafbaren Hasskommentaren im Netz noch nicht ausreichend, Sep. 2016, url: <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/aktuelles/presse/pressemittelungen/loeschung-vonstrafbaren-hasskommentaren-im-netz-noch-nicht-ausreichend-111512> (besucht am 18.07.2023).

Bundesregierung der Bundesrepublik Deutschland: Bundesjustizministerin: „Das Internet ist kein rechtsfreier Raum“, Apr. 2021, url: <https://www.bundesregierung.de/bregde/themen/digitalisierung/aus-regierungskreisen-folge20-1891450> (besucht am 18.07.2023).

Bundesregierung der Bundesrepublik Deutschland: Task-Force gegen Hassbotschaften, Sep. 2015, url: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/task-force-gegenhassbotschaften-422220> (besucht am 18.07.2023).

Büscher, Wolfgang/Dittmer, Stefan/Schiwy, Peter (Hrsg.): Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Medienrecht: Kommentar, 3. Aufl., 2015.

Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.): EUV/AEUV, 6. Aufl., 2022.

Cartes, Patricia: Announcing the Twitter Trust & Safety Council, Feb. 2016, url: https://blog.twitter.com/en_us/a/2016/announcing-the-twitter-trust-safety-council (besucht am 18.07.2023).

Charissé, Peter: Die Rundfunkveranstaltungsfreiheit und das Zulassungsregime der Rundfunk- und Mediengesetze: eine verfassungs- und europarechtliche Untersuchung der subjektiv-rechtlichen Stellung privater Rundfunkveranstalter, 1999.

Coelln, Christian von: Justiz und Medien: Rechtliche Anforderungen an das Verhältnis zwischen der Justiz und den Medien, insbesondere an die Berichterstattung über Gerichtsverfahren, in: AfP – Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht 2014, S. 193–202.

Coelln, Christian von: Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt: rechtliche Aspekte des Zugangs der Medien zur Rechtsprechung im Verfassungsstaat des Grundgesetzes, 2005.

Cole, Mark D./Ukrow, Jörg/Etteldorf, Christina: Zur Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten im Mediensektor: Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung medienvielfaltsbezogener Maßnahmen, 2020.

Cornils, Matthias: Designing platform governance: A normative perspective on needs, strategies, and tools to regulate intermediaries, Techn. Ber., Algorithm Watch, 2020, url: <https://algorithmwatch.org/en/wp-content/uploads/2020/05/GoverningPlatforms-legal-study-Cornils-May-2020-AlgorithmWatch.pdf> (besucht am 18.07.2023).

Cornils, Matthias: Die Ausgestaltung der Grundrechte: Untersuchungen zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers, 2005.

Cornils, Matthias: Die Perspektive der Wissenschaft: AVMD-Richtlinie, der 22. Rundfunkänderungsstaatsvertrag und der „Medienstaatsvertrag“ – Angemessene Instrumente für die

- Regulierungsherausforderungen?, in: ZUM – Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2019, S. 89–103.
- Cornils, Matthias: Vielfaltssicherung bei Telemedien, in: AfP – Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht 2018, S. 377–387.
- Cremer, Wolfram: Freiheitsgrundrechte: Funktionen und Strukturen, 2003.
- Cucciniello, Maria/Porumbescu, Gregory A./Grimmelikhuijsen, Stephan: 25 Years of Transparency Research: Evidence and Future Directions, in: Public Administration Review 77.1 (2017), S. 32–44, url: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/puar.12685> (besucht am 19.08.2022).
- Dahrendorf, Ralf: Aktive und passive Öffentlichkeit. Über Teilnahme und Initiative im politischen Prozeß moderner Gesellschaften, in: Martin Löffler (Hrsg.), Das Publikum, 1969, S. 1–12.
- Dankert, Kevin: Normative Technologie in sozialen Netzwerkdiensten – Neue Machtstrukturen als Anreiz für einen Paradigmenwechsel der Kommunikationsregulierung?, in: KritV – Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 98.1 (2015), S. 49–73.
- Dauses, Manfred A./Ludwigs, Markus (Hrsg.): Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 57. EL, 2022.
- Davis, Christopher Michael: Die „dienende“ Rundfunkfreiheit im Zeitalter der sozialen Vernetzung. Zum Erfordernis einer Neuordnung der Rundfunkverfassung am Beispiel der Sozialen Medien, 2019.
- De Gregorio, Giovanni: Digital Constitutionalism in Europe: Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society, Mai 2022.
- De Gregorio, Giovanni: From Constitutional Freedoms to the Power of the Platforms: Protecting Fundamental Rights Online in the Algorithmic Society, in: EJLS – European Journal of Legal Studies 11 (2019), S. 65–103, url: <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/63309> (besucht am 18.07.2023).
- Degen, Manfred: Pressefreiheit, Berufsfreiheit, Eigentumsgarantie: zugleich ein Beitrag zur Problematik von Grundrechtskonkurrenzen, 1981.
- Degenhart, Christoph: Medienkonvergenz zwischen Rundfunk- und Pressefreiheit, in: Michael Sachs/Helmut Siekmann (Hrsg.), Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat: Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag, 2012.
- Degenhart, Christoph: Verfassungsfragen der Internet-Kommunikation, in: Computer und Recht 4 (2011), S. 231–237.
- Denninger, Erhard (Hrsg.): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl (Reihe Alternativkommentare), 2001.
- Determann, Lothar: Kommunikationsfreiheit im Internet: Freiheitsrechte und gesetzliche Beschränkungen, 1999.
- Die Medienanstalten: Intermediäre und Meinungsbildung: Gewichtungsstudie zur Relevanz der Medien für die Meinungsbildung in Deutschland, 2021-I, 2021, url: https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/die_medienanstalten/Forschung/Intermediaere_und_Meinungsbildung/Intermediaere_Meinungsbildung_2021-I.pdf (besucht am 18.07.2023).

Die Medienanstalten: Medienvielfaltsmonitor 2022-I, 2022, url: https://www.lfk.de/fileadmin/PDFs/Publikationen/Studien/MedienVielfaltsMonitor/medienvielfaltsmonitor_2022-I.pdf (besucht am 18.07.2023).

Dietlein, Johannes: Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl., 2005.

Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten: Drittes Strukturpapier zur Unterscheidung von Rundfunk und Mediendiensten, 2003, url: https://www.medienanstalt-nrw.de/fileadmin/user_upload/lfmnrw/Die_LfM/Rechtsgrundlagen/Materialien/drittess_structurpapier.pdf (besucht am 18.07.2023).

DiResta, Renee et al.: The Tactics & Tropes of the Internet Research Agency, 2019, url: <https://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=senatedocs> (besucht am 18.07.2023).

Donges, Patrick/Jarren, Otfried: Differenzierung und Institutionalisierung des Medien- und Kommunikationssystems, in: MJ – MedienJournal 43.3 (Jan. 2020), S. 27–45.

Donges, Patrick/Jarren, Otfried: Politische Kommunikation in der Mediengesellschaft: eine Einführung, 4. Aufl., 2017.

Dörr, Dieter: Die Kabelbelegungsregelungen in den Landesmediengesetzen und der Anspruch auf unentgeltliche Durchleitung des Fernsehprogramms PREMIERE zu den angeschlossenen Haushalten, in: ZUM – Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 1997, S. 337–372, (besucht am 30.06.2021).

Dörr, Dieter: Die Meinungsmacht der Intermediare: Warum die Länder verpflichtet sind, ein medienübergreifendes „Vielfaltsicherungsrecht“ zu schaffen, in: VerfBlog – Verfassungsblog, Juni 2019, url: <https://verfassungsblog.de/die-meinungsmacht-der-intermediaere/> (besucht am 18.07.2023).

Dörr, Dieter: Die regulatorische Relevanz der Organisation massenhafter Individualkommunikation, unter besonderer Berücksichtigung der Sicherung der Meinungsvielfalt. Gutachten für die Medienanstalten, Juni 2019, url: https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/die_medienanstalten/Aufgaben/Vielfaltssicherung/Medienintermediaere/2019_06_04_Gutachten_Relevanz_Organisation_massenhafte_Individualkommunikation.pdf (besucht am 24.06.2019).

Dörr, Dieter: Ein Grundrecht der Medienfreiheit – Gleicher Recht für alle?, in: K&R – Kommunikation und Recht 2013, S. 9–12.

Dörr, Dieter: Multimedia und der Rundfunkbegriff, in: Armin Dittmann/Frank Fechner/Gerald G. Sander (Hrsg.), Der Rundfunkbegriff im Wandel der Medien, 1997, S. 121–128.

Dörr, Dieter: Regulierung intermediärer Plattformen durch den Medienstaatsvertrag, in: NJ – Neue Justiz 2022, S. 1–7.

Dörr, Dieter/Deicke, Richard: Positive Vielfaltsicherung, in: ZUM – Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2015, S. 89–106.

Dörr, Dieter/Natt, Alexander: Suchmaschinen und Meinungsvielfalt, in: ZUM – Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2014, S. 829–847.

Dörr, Dieter/Schuster, Simon: Suchmaschinen im Spannungsfeld zwischen Nutzung und Regulierung: Rechtliche Bestandsaufnahme und Grundstrukturen einer Neuregelung, in: Birgit

- Stark/Dieter Dörr/Stefan Aufenanger (Hrsg.), Die Googleisierung der Informationssuche: Suchmaschinen zwischen Nutzung und Regulierung, 2014, S. 262–323.
- Dörr, Dieter/Schwartmann, Rolf: Medienrecht, 6. Aufl., 2019.
- Douek, Evelyn: Governing Online Speech: From ‚Posts-As-Trumps‘ to Proportionality and Probability, in: Columbia Law Review 121.3 2021, S. 759–833.
- Dreier, Horst: Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes, in: JURA – Juristische Ausbildung 1997, S. 249–257.
- Dreier, Horst (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl., 2013.
- Drexl, Josef: Bedrohung der Meinungsvielfalt durch Algorithmen, in: ZUM – Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2017, S. 529–543.
- Dreyer, Stephan: Entscheidungen unter Ungewissheit im Jugendmedienschutz: Untersuchung der spielraumprägenden Faktoren gesetzgeberischer und behördlicher Entscheidungen mit Wissensdefiziten, 2018.
- Dreyer, Stephan/Schulz, Wolfgang: Künstliche Intelligenz, Intermediäre und Öffentlichkeit, Bericht an das BAKOM, Alexander von Humboldt Institut für Internet und Gesellschaft und Leibniz-Institut für Medienforschung | Hans-Bredow-Institut, März 2019, url: https://www.bakom.admin.ch/dam/bakom/fr/dokumente/bakom/elektronische_medien/Zahlen%20und%20Fakten/Studien/studie-kuenstliche-intelliganz-intermediaere-oeffentlichkeit.pdf (besucht am 18.07.2023).
- Drièveke, Ricarda: Politische Kommunikationsräume im Internet: zum Verhältnis von Raum und Öffentlichkeit, 2013.
- Eady, Gregory et al.: Exposure to the Russian Internet Research Agency foreign influence campaign on Twitter in the 2016 US election and its relationship to attitudes and voting behavior, in: Nature Communications 62.14 (2023), S. 1–11.
- Eckert, Svea/Felke, Catharina/Grill, Markus/Milling, Palina/Vitlif, Oskar: TikTok nutzt in Deutschland Wortfilter, in: tagesschau.de, März 2022, url: <https://www.tagesschau.de/investigativ/tik-tok-begriffe-blockade-101.html> (besucht am 18.07.2023).
- Eichenberger, Kurt: Beziehungen zwischen Massenmedien und Demokratie, in: Detlev Christian Dicke/Fleiner-Gerster, Thomas (Hrsg.), Staat und Gesellschaft: Festschrift für Leo Schürmann zum 70. Geburtstag, 1987.
- Eifert, Martin: Die Rundfunkfreiheit, in: JURA – Juristische Ausbildung 37.4 (2015).
- Eifert, Martin: Rechenschaftspflichten für soziale Netzwerke und Suchmaschinen. Zur Veränderung des Umgangs von Recht und Politik mit dem Internet, in: NJW – Neue Juristische Wochenschrift 2017, S. 1450–1454.
- Eifert, Martin: Regulierung von Dynamik und dynamische Regulierung als netzwerkgerechtes Recht, in: Yoan Hermstrüwer/Jörn Lüdemann (Hrsg.), Der Schutz der Meinungsbildung im digitalen Zeitalter: Instrumente und Instrumentenvergleich, 2021, S. 189–203.
- Eifert, Martin: Regulierungsstrategien, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Bd. 1, 2012, S. 1319–1394.

- Eisenegger, Mark/Prinzing, Marlis/Ettinger, Patrik/Blum, Roger (Hrsg.): Digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit: Historische Verortung, Modelle und Konsequenzen, 2021.*
- Engel, Christoph: Rundfunk in Freiheit, in: AfP – Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht 1994, S. 185–191.*
- Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“: Dreizehnter Zwischenbericht (BT-Drucksache 17/12542), März 2013, url: <https://dipbt.bundestag.de/doc/btd/17/125/1712542.pdf> (besucht am 18.07.2023).*
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 53. Aufl., 2022.*
- European Regulators Group for Audiovisual Media Services: Memorandum of Understanding, Dez. 2020, url: https://erga-online.eu/wp-content/uploads/2020/12/ERGA_Memorandum_of_Understanding_adopted_0312-2020_1.pdf (besucht am 18.07.2023).*
- Faber, Markus: Privatisierung streng geheim! – Öffentlichkeitsdefizite bei kommunalen Privatisierungen im Spannungsfeld zu den Anforderungen des Demokratieprinzips. Zugleich ein Beitrag über Handlungsstrategien der kommunalen Korruptionsprävention, in: NVwZ – Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2003, S. 1317–1322.*
- Facebook: Facebook-Gemeinschaftsstandards, 2023, url: <https://transparency.fb.com/de-de/policies/community-standards/> (besucht am 18.07.2023).*
- Facebook: Hilfbereich: Ich bin der Ansicht, dass Facebook meinen Beitrag fälschlicherweise entfernt hat, 2023, url: https://www.facebook.com/help/2090856331203011/?cms_platform=www&helpref=platform_switcher (besucht am 30.08.2022).*
- Facebook: Mein persönliches Konto wurde gesperrt, 2023, url: <https://de-de.facebook.com/help/contact/260749603972907> (besucht am 18.07.2023).*
- Fechner, Frank: Medienrecht: Lehrbuch des gesamten Medienrechts unter besonderer Berücksichtigung von Presse, Rundfunk und Multimedia, 21. Aufl., 2021.*
- Fehling, Michael: § 59 Rundfunk, in: Dirk Ehlers/Michael Fehling/Hermann Pünder (Hrsg.), Planungs-, Bau- und Straßenrecht, Umweltrecht, Gesundheitsrecht, Medien- und Informationsrecht, 4. Aufl., Bd. 2, 2020, S. 1204–1270.*
- Fehling, Michael/Leymann, Matthias: Der neue Strukturwandel der Öffentlichkeit: Wie lassen sich die sozialen Medien regulieren?, in: AfP – Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht 2020, S. 110–119.*
- Fiedler, Christoph: Technologieneutrale Pressefreiheit, in: AfP – Zeitschrift für Medien und Kommunikationsrecht 2011, S. 15–18.*
- Fink, Udo: Wem dient die Rundfunkfreiheit?, in: DÖV – Die Öffentliche Verwaltung 1992, S. 805–813.*
- Fisahn, Andreas: Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, 2002.*
- Flamme, Florian: Schutz der Meinungsvielfalt im digitalen Raum: Transparenzpflichten für Intermediäre im nationalen und europäischen Vergleich, in: MMR – Multimedia und Recht 2021, S. 770–774.*

- Flaxman, Seth/Goel, Sharad/Rao, Justin M.: Filter Bubbles, Echo Chambers, and Online News Consumption*, in: *Public Opinion Quarterly* 80 (2016), S. 298–320, url: <https://academicoup.com/poq/article-lookup/doi/10.1093/poq/nfw006> (besucht am 06.05.2022).
- Flegenheimer, Matt: What's a „Covfefe“? Trump Tweet Unites a Bewildered Nation*, in: *The New York Times*, Mai 2017, url: <https://www.nytimes.com/2017/05/31/us/politics/covfefe-trump-twitter.html> (besucht am 18.07.2023).
- Fleischhauer, Jan: Facebook: Die Hass-Maschine*, in: *Der Spiegel*, Okt. 2016, url: <https://www.spiegel.de/spiegel/facebook-die-hass-maschine-a-1115052.html> (besucht am 18.07.2023).
- Flitsch, Michael: Die Funktionalisierung der Kommunikationsgrundrechte*, 1998.
- Faktionen der CDU/CSU und SPD: Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken* (BT-Drs. 18/12356), Mai 2017, url: <https://dserver.bundestag.de/btd/18/123/1812356.pdf> (besucht am 18.07.2023).
- Francke, Josefa: Plattformräte: Können sie Meta & Co. zähmen?* Digital Society Blog, Sep. 2022, url: <https://www.hiiq.de/plattformraete/> (besucht am 18.07.2023).
- Frank, Sabine: Mythos „Rabbit Hole“ – Aktuelle Studie zur Wirkung von Empfehlungen auf YouTube*, Feb. 2021, url: <https://blog.youtube/intl/de-de/news-and-events/mythos-rabbit-hole-aktuellestudie-zur-wirkung-von-empfehlungen-auf-youtube/> (besucht am 18.07.2023).
- Franzen, Martin/Gallner, Inken/Oetker, Hartmut (Hrsg.): Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*, 4. Aufl., 2022.
- Franzius, Claudio: Das Internet und die Grundrechte*, in: *JZ – JuristenZeitung* 71.13 (2016), S. 650.
- Friehe, Matthias: Löschen und Sperren in sozialen Netzwerken*, in: *NJW – Neue Juristische Wochenschrift* 2020, S. 1697–1702.
- Gallwitz, Florian/Krell, Michael: Die Mär von „Social Bots“*, in: *Tagesspiegel Background Digitalisierung & KI*, Juni 2019, url: <https://background.tagesspiegel.de/die-maeer-von-social-bots> (besucht am 18.07.2023).
- Geese, Alexandra: Der DSA: Teil #05 – Social Media Councils: Power to the people!*, Jan. 2021, url: <https://alexandrageeze.eu/der-dsa-teil-05-social-media-councils-power-to-the-people/> (besucht am 18.07.2023).
- Gellermann, Martin: Grundrechte in einfachgesetzlichen Gewande: Untersuchung zur normativen Ausgestaltung der Freiheitsrechte*, 2000.
- Gerhards, Jürgen: Öffentlichkeit*, in: Otfried Jarren/Ulrich Sarcinelli/Ulrich Saxon (Hrsg.), *Politische Kommunikation in der demokratischen Gesellschaft: Ein Handbuch mit Lexikonteil*, 1998, S. 268–274.
- Gerhards, Jürgen/Neidhardt, Friedhelm: Strukturen und Funktionen moderner Öffentlichkeit. Fragestellungen und Ansätze*, 1990.
- Gersdorf, Hubertus: Der Rundfunkbegriff: Vom technologieorientierten zum technologie-neutralen Begriffsverständnis*, 2007.
- Gersdorf, Hubertus: Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff im Lichte der Digitalisierung der Telekommunikation: ein Rechtsgutachten im Auftrag der Hamburgischen Anstalt für Neue Medien* (Schriftenreihe der Hamburgischen Anstalt für neue Medien 11), 1995.

- Gersdorf*, Hubertus: Funktionen der Gemeinschaftsgrundrechte im Lichte des Solange II-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts, in: AÖR – Archiv des öffentlichen Rechts 119.3 (1994), S. 400–426.
- Gersdorf*, Hubertus: Hate Speech in sozialen Netzwerken. Verfassungswidrigkeit des NetzDG-Entwurfs und grundrechtliche Einordnung der Anbieter sozialer Netzwerke, in: MMR – Multimedia und Recht 2017, S. 439–447.
- Gersdorf*, Hubertus: Legitimation und Limitierung von Onlineangeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks: Konzeption der Kommunikationsverfassung des 21. Jahrhunderts: Rechtsgutachten im Auftrag der Stiftervereinigung der Presse e.V., 2009.
- Gersdorf*, Hubertus: Netzneutralität: Juristische Analyse eines „heißen Eisens“, in: AfP – Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht 2011, S. 209–217.
- Gersdorf*, Hubertus: Verbot presseähnlicher Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, in: AfP – Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht 2010, S. 421–434.
- Gersdorf*, Hubertus: Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für den grenzüberschreitenden privaten Rundfunk, in: Der grenzüberschreitende Rundfunk im deutschen Recht, 1993.
- Gersdorf*, Hubertus/*Paal*, Boris P. (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht, 38. Ed., 2022.
- Gestrich*, Andreas: Öffentlichkeit und Verfassung in der Frühen Neuzeit, in: Lothar Schilling, Christoph Schönberger/Andreas Thier (Hrsg.), Verfassung und Öffentlichkeit in der Verfassungsgeschichte. Tagung der Vereinigung für Verfassungsgeschichte vom 22. bis 24. Februar 2016 auf der Insel Reichenau, 2020, S. 77–93.
- Giere*, Katrin: Grundrechtliche Einordnung sozialer Netzwerke vor dem Hintergrund des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG), 2021.
- Gillespie*, Tarleton: Content moderation, AI, and the question of scale, in: Big Data & Society 7.2 (2020).
- Gillespie*, Tarleton: Do Not Recommend? Reduction as a Form of Content Moderation, in: SM+S – Social Media + Society 8.3 (2022).
- Goldman*, Eric: Search Engine Bias and the Demise of Search Engine Utopianism, in: Yale Journal of Law and Technology 8 (2006), S. 188–200, url: <https://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/76> (besucht am 18.07.2023).
- Goodrow*, Cristos: Über das Empfehlungssystem von YouTube, Sep. 2021, url: <https://blog.youtube/intl/de-de/news-and-events/uber-die-empfehlungen-vonyoutube-videos/> (besucht am 18.07.2023).
- Gorwa*, Robert: Elections, institutions, and the regulatory politics of platform governance: The case of the German NetzDG, in: Telecommunications Policy 45.6 (Juli 2021).
- Gorwa*, Robert/*Ash*, Timothy Garton: Democratic Transparency in the Platform Society, in: Nathaniel Persily/Joshua A. Tucker (Hrsg.), Social Media and Democracy: The State of the Field, Prospects for Reform, 2020, S. 286–312.
- Gostomzyk*, Tobias: Grundrechtsträgerschaft für soziale Netzwerke? Der Anwendungsbereich des Art. 19 Abs. 3 GG, in: Martin Eifert LL.M. (Berkeley)/Tobias Gostomzyk (Hrsg.), Netzwerkrecht: Die Zukunft des NetzDG und seine Folgen für die Netzwerkkommunikation, 2018, S. 109–124.

- Greve*, Holger: Access-Blocking – Grenzen staatlicher Gefahrenabwehr im Internet, 2012.
- Grewé*, Gregor/*Schmid*, Max: Digital Services Act: Neues „Grundgesetz für Onlinedienste“?, in: MMR – Multimedia und Recht 2021, S. 279–282.
- Grimm*, Dieter: Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, in: Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer 42 (1984), S. 46–79.
- Groß*, Thomas: Die Schutzwirkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses nach der Privatisierung der Post, in: JZ – JuristenZeitung 1999, S. 326–335.
- Grunenberg*, Benedikt: Suchmaschinen als Rundfunk: Die Haftung für Suchergebnisse nach Maßgabe der Rundfunkfreiheit, 2017.
- Häberle*, Peter: Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie d. offenen Gesellschaft, 1980.
- Habermas*, Jürgen: Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik, 2022.
- Habermas*, Jürgen: Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 1994.
- Habermas*, Jürgen: Strukturwandel der Öffentlichkeit: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft, 14. Aufl., 1962.
- Hain*, Karl-Eberhard: Die zweite Gebührenentscheidung des Bundesverfassungsgerichts – Kontinuität in den Zeiten der Konvergenz, in: JZ – JuristenZeitung 63.3 (2008), S. 128.
- Hain*, Karl-Eberhard: Ist die Etablierung einer Internetdienstfreiheit sinnvoll?, in: K&R – Kommunikation und Recht 2012, S. 98–103.
- Hain*, Karl-Eberhard: Rundfunkfreiheit als „dienende Freiheit“ – ein Relikt?, in: Gesellschaft für Rechtspolitik, Trier und Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier (Hrsg.), Bitburger Gespräche Jahrbuch 2007/I, 2008, S. 21–35.
- Hain*, Karl-Eberhard: Rundfunkfreiheit als dienende Freiheit?, in: Dieter Dörr (Hrsg.), Die Macht der Medien: Medienrechtliches Kolloquium zum 75. Geburtstag von Hartmut Schiedermaier, 2011, S. 63–78.
- Hain*, Karl-Eberhard: Rundfunkfreiheit und Rundfunkordnung, 1993.
- Hamacher*, Andreas: Der Rundfunkbegriff im Wandel des deutschen und europäischen Rechts, 2015.
- Hamilton*, Alexander: Federalist No. 84, in: Michael A. Genovese (Hrsg.), The Federalist papers, 2010, S. 265–271.
- Härtling*, Niko/*Adamek*, Max Valentin: Digital Services Act – ein Überblick, in: CR – Computer und Recht 2021, S. 165–171.
- Hartl*, Korbinian: Suchmaschinen, Algorithmen und Meinungsmacht: eine verfassungs- und einfachrechtliche Betrachtung, 2017.
- Hartmann*, Bernd J.: Dienende Freiheit – notwendige Verstärkung oder widersprüchliche Beschränkung subjektiver Rechte?, in: JZ – JuristenZeitung 71.1 (2018), S. 18.
- Hartmann*, Matthias: Kapitel 1. Telemedienrecht, in: Artur-Axel Wandtke/Claudia Ohst (Hrsg.), IT-Recht, Jan. 2014, S. 1–106.

- Hasebrink, Uwe/Schulz, Wolfgang/Held, Thorsten:* Macht als Wirkungspotenzial. Zur Bedeutung der Medienwirkungsforschung für die Bestimmung vorherrschender Meinungsmacht, 2009.
- Hegemann, Lisa:* Faktencheck: Falsch, Mr. President!, in: Die Zeit, Mai 2020, url: <https://www.zeit.de/digital/internet/2020-05/faktencheck-donald-trump-twitterwarnhinweis/komplettansicht> (besucht am 18.07.2023).
- Heidtke, Aron:* Meinungsbildung und Medienintermediäre: Vielfaltssichernde Regulierung zur Gewährleistung der Funktionsbedingungen freier Meinungsbildung im Zeitalter der Digitalisierung, 2020.
- Heilmann, Dorothea:* Regulierung von Suchmaschinen, in: MMR – Multimedia und Recht (2020), S. 162–166.
- Heilmann, Stefan:* Anonymität für User-Generated Content? verfassungsrechtliche und einfach-gesetzliche Analyse der Informationspflichten für journalistisch-redaktionelle Angebote und andere Telemedien in §§ 5 TMG, 55 RStV, 2013.
- Held, Thorsten:* Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten: eine Untersuchung des verfassungsrechtlich geprägten und einfachgesetzlich ausgestalteten Funktionsauftrags öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Hinblick auf Internet-Dienste, 2008.
- Heldt, Amélie:* Intensivere Drittewirkung: die mittelbare Drittewirkung der Meinungsfreiheit in Öffentlichkeiten der digitalen Gesellschaft: eine verfassungsrechtliche, rechtsvergleichende und interdisziplinäre Analyse, 2023.
- Heldt, Amélie:* Loi Avia: Frankreichs Verfassungsrat kippt Gesetz gegen Hass im Netz, in: JuWissBlog – Junge Wissenschaft im Öffentlichen Recht 2020, url: <https://www.juwiss.de/96-2020/> (besucht am 18.07.2023).
- Hellgardt, Alexander:* Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittewirkung?, in: JZ – Juristen-Zeitung 73.19 (2018), S. 901.
- Hennemann, Moritz/Heldt, Amélie:* Prozedurale Vermessung: Das Kuratieren kommunikativer Räume durch soziale Netzwerke. Zugleich Besprechung von BGH, Urteile vom 29.7.2021 – BGH Aktenzeichen III ZR 179/20 und BGH Aktenzeichen III ZR 192/20, in: ZUM – Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2021, S. 981–992.
- Herdegen, Matthias/Masing, Johannes/Poscher, Ralf/Gärditz, Klaus Ferdinand* (Hrsg.): Handbuch des Verfassungsrechts: Darstellung in transnationaler Perspektive, 2021.
- Hermstrüwer, Yoan:* Wahrheit als Regelungsproblem: Instrumente zum Umgang mit Fake News, in: Yoan Hermstrüwer/Jörn Lüdemann (Hrsg.), Der Schutz der Meinungsbildung im digitalen Zeitalter: Instrumente und Instrumentenvergleich, 2021, S. 149–188.
- Herrmann, Günter:* Fernsehen und Hörfunk in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland, 1975.
- Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H.* (Hrsg.): Grundgesetzkommentar, 98. EL, 2022.
- Heymann, Britta/Götz, Johanna:* Sperren erlaubt? Anmerkungen zu BGH III ZR 179/20 und III ZR 192/20 zu Nutzungsbedingungen und Gemeinschaftsstandards von Facebook, in: GRUR – Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2021, S. 1491–1495.

- Hirzebruch*, Christian: Öffentlichkeit und Neue Medien im gerichtlichen Verfahren: Reichweite und Grenzen der Gerichtsberichterstattung im Zeitalter der Massenmedien, 2018.
- Hochstein*, Reiner: Teledienste, Mediendienste und Rundfunkbegriff – Anmerkungen zur praktischen Abgrenzung multimedialer Erscheinungsformen, in: NJW – Neue Juristische Wochenschrift 1997, S. 2977–2981.
- Hoeren*, Thomas: Das Pferd frisst keinen Gurkensalat. Überlegungen zur Internet Governance, in: NJW – Neue Juristische Wochenschrift 2008, S. 2615–2619.
- Hoffmann-Riem*, Wolfgang: § 7 Kommunikations- und Medienfreiheit, in: Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1995.
- Hoffmann-Riem*, Wolfgang: Chancengleichheit in zukünftigen Kommunikationssystemen: Rechtspolitische Erwägungen zur Weiterentwicklung elektronischer Medien, insbesondere des Kabelfernsehens, in: ZRP – Zeitschrift für Rechtspolitik 9.12 (1976), S. 291–299.
- Hoffmann-Riem*, Wolfgang: Der Rundfunkbegriff in der Differenzierung kommunikativer Dienste, in: Jörg Tausch/Johannes Kollbeck/Jan Mönikes (Hrsg.), Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft: Herausforderungen und Perspektiven für Wirtschaft, Wissenschaft, Recht und Politik, 1996, S. 584–607.
- Hoffmann-Riem*, Wolfgang: Ermöglichung von Flexibilität und Innovationsoffenheit im Verwaltungsrecht: Einleitende Problemskizze, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, S. 9–66.
- Hoffmann-Riem*, Wolfgang: Kommunikationsfreiheit und Chancengleichheit, in: Johannes Schwartländer/Eibe H. Riedel/Winfried Brugger (Hrsg.), Neue Medien und Meinungsfreiheit im nationalen und internationalen Kontext: interdisziplinäre Kolloquien, Tübingen und Marburg 1985 bis 1988, 1990, S. 27–58.
- Hoffmann-Riem*, Wolfgang: Kommunikationsfreiheiten: Kommentierungen zu Art. 5 Abs. 1 und 2 sowie Art. 8 GG, 2002.
- Hoffmann-Riem*, Wolfgang: Mediendemokratie als rechtliche Herausforderung, in: Der Staat 42.2 (2003), S. 193–223.
- Hoffmann-Riem*, Wolfgang: Medienregulierung als objektiv-rechtlicher Grundrechtsauftrag, in: M&K – Medien & Kommunikationswissenschaft 50.2 (2002), S. 175–194.
- Hoffmann-Riem*, Wolfgang: Modellversuch als Scheintest: Zur geplanten Einführung der Kabelfunkkommunikation in Ludwigshafen, in: ZRP – Zeitschrift für Rechtspolitik 13.2 (1980), S. 31–38.
- Hoffmann-Riem*, Wolfgang: Regelungsstrukturen für öffentliche Kommunikation im Internet, in: AöR – Archiv des öffentlichen Rechts 137.4 (2012), S. 509–544.
- Hoffmann-Riem*, Wolfgang: Rundfunkfreiheit durch Rundfunkorganisation: Anmerkungen zur Neufassung des Radio Bremen-Gesetzes, 1979.
- Hoffmann-Riem*, Wolfgang: Schutz der natürlichen und der gesellschaftlichen Umwelt – zum Vergleich von Umweltrecht und Digitalisierungsrecht, in: EurUP – Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht 2018, S. 2–11.

- Hoffmann-Riem*, Wolfgang: Wandel der Medienordnung – Reaktionen in Medienrecht, Medienpolitik und Medienwissenschaft: ausgewählte Abhandlungen, 2009.
- Hoffmann-Riem*, Wolfgang/*Schulz*, Wolfgang: Politische Kommunikation – Rechtswissenschaftliche Perspektiven, in: Otfried Jarren/Ulrich Sarcinelli/Ulrich Saxer (Hrsg.), Politische Kommunikation in der demokratischen Gesellschaft: Ein Handbuch mit Lexikonteil, 1998, S. 154–172.
- Holznagel*, Bernd: Die Freiheit der Internetdienste, in: Jürgen Becker/Peter Weber (Hrsg.), Funktionsauftrag, Finanzierung, Strukturen – Zur Situation des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland, 2012, S. 163–180.
- Holznagel*, Bernd: Die Zukunft der Mediengrundrechte in Zeiten der Konvergenz, in: MMR – Multimedia und Recht 2011, S. 1–2.
- Holznagel*, Bernd: Erosion demokratischer Öffentlichkeit?, in: Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer 68 (2009), S. 381–478.
- Holznagel*, Bernd: Internetdienstefreiheit und Netzneutralität, in: AfP – Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht 2011, S. 532–539.
- Holznagel*, Bernd: Konvergenz der Medien – Herausforderungen an das Recht, in: NJW – Neue Juristische Wochenschrift 2002, S. 2351–2356.
- Holznagel*, Bernd: Meinungsbildung im Internet, in: NordÖR – Zeitschrift für öffentliches Recht in Norddeutschland 2011, S. 205–212.
- Holznagel*, Bernd: Zukunft der Rundfunkregulierung, in: ZRP – Zeitschrift für Rechtspolitik 2021, S. 229–232.
- Holznagel*, Bernd/*Schumacher*, Pascal: Netzpolitik Reloaded. Pflichten und Grenzen staatlicher Internetpolitik, in: ZRP – Zeitschrift für Rechtspolitik 2011, S. 74–78.
- Holznagel*, Daniel: The Digital Services Act wants you to „sue“ Facebook over content decisions in private de facto courts, in: Verfassungsblog 2021, url: <https://verfassungsblog.de/dsa-art-18/> (besucht am 02.09.2022).
- Howard*, Philip N./*Ganesh*, Bharath/*Liotsiou*, Dimitra/*Kelly*, John/*François*, Camille: The IRA, Social Media and Political Polarization in the United States, 2012–2018, 2018, url: <https://comprop.ox.ac.uk/wp-content/uploads/sites/93/2018/12/The-IRA-SocialMedia-and-Political-Polarization.pdf> (besucht am 18.07.2023).
- Huber*, Peter M.: Das bayerische Rundfunkmodell im Lichte seiner verfassungs- und unionsrechtlichen Rahmenbedingungen, in: BayVBl – Bayerische Verwaltungsblätter 2004, S. 609–616.
- Hufen*, Friedhelm: Berufsfreiheit – Erinnerung an ein Grundrecht, in: NJW – Neue Juristische Wochenschrift 1994, S. 2913–2922.
- Hume*, David: Of the first principles of government, in: Knud Haakonssen (Hrsg.), Political Essays, 1994, S. 16–19.
- Iglesias Keller*, Clara: Don't Shoot the Message: Regulating Disinformation Beyond Content, in: Direito Público 18.99 (Okt. 2021).
- Ingold*, Albert: Digitalisierung demokratischer Öffentlichkeiten, in: Der Staat 56.4 (Dez. 2017), S. 491–533.

- Ingold*, Albert: Meinungsmacht des Netzes, in: MMR – Multimedia und Recht 2020, S. 82–86.
- Isensee*, Josef: Das Grundrecht auf Sicherheit: zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates. Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 24. November 1982, 1983.
- Isensee*, Josef/*Kirchhof*, Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. II, 2004.
- Isensee*, Josef/*Kirchhof*, Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. III, 2011.
- Isensee*, Josef/*Kirchhof*, Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. IV, 2011.
- Isensee*, Josef/*Kirchhof*, Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. V, 2007.
- Isensee*, Josef/*Kirchhof*, Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. VII, 2009.
- Isensee*, Josef/*Kirchhof*, Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. IX, 2011.
- Isensee*, Josef/*Kirchhof*, Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. XII, 2014.
- Iwańska*, Karolina: To Track or Not to Track? Towards Privacy-Friendly and Sustainable Online Advertising, 2020, url: https://panoptikon.org/sites/default/files/publikacje/panoptikon_to_track_or_not_to_track_final.pdf (besucht am 18.07.2023).
- Jaeckel*, Liv: Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik: moderne Technologien im Spiegel des Verwaltungsrechts, 2010.
- Janal*, Ruth: Haftung und Verantwortung im Entwurf des Digital Services Acts, in: ZEuP – Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2021, S. 227–274.
- Jarass*, Hans D.: Die Freiheit der Massenmedien: zur staatlichen Einwirkung auf Presse, Rundfunk, Film und andere Medien, 1978.
- Jarass*, Hans D./*Pieroth*, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 17. Aufl., 2022.
- Jarren*, Otfried: Ordnung durch Medien?, in: Klaus-Dieter Altmeppen et al. (Hrsg.), Soziale Ordnung durch Kommunikation?, 2015, S. 27–50.
- Jarren*, Otfried/*Fischer*, Renate: Die Plattformisierung von Öffentlichkeit und der Relevanzverlust des Journalismus als demokratische Herausforderung, in: Martin Seeliger/Sebastian Sevignani (Hrsg.), Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit?, 2021, S. 365–382.
- Jarren*, Otfried/*Klinger*, Ulrike: Öffentlichkeit und Medien im digitalen Zeitalter: zwischen Differenzierung und Neu-Institutionalisierung, in: Harald Gapski/Walter R. W. Staufer/ Monika Oberle (Hrsg.), Medienkompetenz: Herausforderung für Politik, politische Bildung und Medienbildung, 2017, S. 33–42.
- Jaursch*, Julian: Regeln für faire digitale Wahlkämpfe. Welche Risiken mit politischer Onlinewerbung verbunden sind und welche Reformen in Deutschland nötig sind, Techn. Ber.,

- Stiftung Neue Verantwortung, 2020, url: https://www.stiftungnv.de/sites/default/files/regeln_fur_faire_digitale_wahlkampfe.pdf (besucht am 18.07.2023).
- Jugendschutz.net*: Löschung rechtswidriger Hassbeiträge bei Facebook, YouTube und Twitter: Ergebnisse des Monitorings von Beschwerdemechanismen jugendaffiner Dienste, 2017, url: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/03142017_Monitoring_jugendschutz.net.pdf (besucht am 18.07.2023).
- Jungheim*, Stephanie: Medienordnung und Wettbewerbsrecht im Zeitalter der Digitalisierung und Globalisierung, 2012.
- Jungherr*, Andreas/*Rivero*, Gonzalo/*Gayo-Avello*, Daniel: Retooling Politics: How Digital Media Are Shaping Democracy, Juni 2020.
- Jungherr*, Andreas/*Schroeder*, Ralph: Disinformation and the Structural Transformations of the Public Arena: Addressing the Actual Challenges to Democracy, in: SM+S – Social Media + Society 7.1 (Jan. 2021).
- Just*, Natascha/*Latzer*, Michael: Governance by algorithms: reality construction by algorithmic selection on the Internet, in: Media, Culture & Society 39.2 (2017), S. 238–258.
- Kaesling*, Katharina: Evolution statt Revolution der Plattformregulierung, in: ZUM – Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2021, S. 177–184.
- Kahl*, Wolfgang/*Waldhoff*, Christian/*Walter*, Christian (Hrsg.): Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 218. Lieferung Dezember 2022.
- Kaiser*, Anna-Bettina/*Reiling*, Ines: Meinungsfilter durch soziale Medien – und das demokratische Ideal der Meinungsvielfalt?, in: Sebastian Unger/Antje von Ungern-Sternberg (Hrsg.), Demokratie und künstliche Intelligenz, 2019.
- Kämmerer*, Jörn-Axel/*Kotzur*, Markus (Hrsg.): begründet von Ingo von Münch/Philip Kunig, Grundgesetz: Kommentar, 7. Aufl., 2021.
- Karppinen*, Kari: Rethinking Media Pluralism, 2013.
- Kaufhold*, Ann-Katrin: Systemaufsicht: Anforderungen an die Ausgestaltung einer Aufsicht zur Abwehr systemischer Risiken entwickelt am Beispiel der Finanzaufsicht, 2016.
- Kellner*, Anna: Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären, 2019.
- Kennedy*, Alex: Peeled back: „Overtly sexual“ onions get Facebook reprieve, Okt. 2020, url: <https://www.cbc.ca/news/canada/newfoundland-labrador/facebook-responsesexy-onions-gaze-seed-1.5753822> (besucht am 18.07.2023).
- Kerssenbrock*, Dagmar: Eine konvergenztaugliche Medienordnung? Die funktionsorientierte Dynamisierung der Presse- und Rundfunkfreiheit, Diss., Johannes Gutenberg-Universität zu Mainz, 2017.
- Kersten*, Jens: § 29 Beteiligung – Partizipation – Öffentlichkeit, in: Andreas Voßkuhle/Martin Eifert/Christoph Möllers/Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Bd. 2, 2022, S. 197–241.
- Kettemann*, Matthias/*Fertmann*, Martin: Die Demokratie plattformfest machen. Social Media Councils als Werkzeug zur gesellschaftlichen Rückbindung der privaten Ordnungen digitaler Plattformen, 2021.
- Kingreen*, Thorsten/*Poscher*, Ralf: Grundrechte. Staatsrecht II, 2020.

- Kissler, Leo:* § 36 Parlamentsöffentlichkeit: Transparenz und Artikulation, in: Hans-Peter Schneider/Wolfgang Zeh (Hrsg.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland: Ein Handbuch*, 2011, S. 993–1020.
- Klaes, Roland L.:* Verfassungsrechtlicher Rundfunkbegriff und Internet, in: *ZUM – Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 2009, S. 135–141.
- Klafki, Anika:* Risiko und Recht, 2017.
- Klausa, Torben:* Graduating from ‚new-school‘ – Germany’s procedural approach to regulating online discourse, in: *Information, Communication & Society* 2022, S. 1–16.
- Klausa, Torben:* Staatlicher Zahnersatz für den Presserat, in: *Verfassungsblog*, März 2021, url: https://intr2dok.vifa-recht.de/receive/mir_mods_00010317 (besucht am 18.07.2023).
- Klein, Bodo:* Konkurrenz auf dem Markt der geistigen Freiheiten: Verfassungsfragen des Wettbewerbs im Pressewesen, 1990.
- Klein, Eckart:* Die Rundfunkfreiheit als europäische Rechtsgarantie, in: Klaus Stern (Hrsg.), *Die Bedeutung des Europäischen Rechts für den nationalen Rundfunk*, 2007, S. 11–28.
- Klein, Ezra:* Mark Zuckerberg on Facebook’s hardest year, and what comes next, Apr. 2018, url: <https://www.vox.com/2018/4/2/17185052/mark-zuckerberg-facebookinterview-fake-news-bots-cambridge> (besucht am 18.07.2023).
- Klein, Hans Hugo:* Die grundrechtliche Schutzpflicht, in: *DVBl – Das Deutsche Verwaltungsblatt* 109.9 (1994), S. 489–497.
- Klein, Hans Hugo:* Die Rundfunkfreiheit, 1978.
- Klein, Hans Hugo:* Öffentliche und private Freiheit: Zur Auslegung des Grundrechts der Meinungsfreiheit, in: *Der Staat* 10.2 (1971), S. 145–172.
- Klein, Hans Hugo:* Rundfunkrecht und Rundfunkfreiheit, in: *Der Staat* 20.2 (1981), S. 177–200.
- Klinger, Ulrike:* Social Bots: Realität digitaler Öffentlichkeit, in: *Tagesspiegel Background Digitalisierung & KI*, Juni 2019, url: <https://background.tagesspiegel.de/social-bots-realitaet-digitaler-oefentlichkeit> (besucht am 18.07.2023).
- Kloepfer, Michael:* Umweltrecht, 4. Aufl., 2016.
- Klonick, Kate:* The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression, in: *Yale Law Journal* 129 (2019), S. 2418–2499.
- Kluth, Winfried/Schulz, Wolfgang:* Konvergenz und regulatorische Folgen. Gutachten im Auftrag der Rundfunkkommission der Länder, 2014, url: <https://www.hans-bredow-institut.de/uploads/media/Publikationen/cms/media/d74b139d80000c12483526a23a55bf89f9d971c6.pdf> (besucht am 18.07.2023).
- Knebel, Sophie Victoria:* Die Drittewirkung der Grundrechte und -freiheiten gegenüber Privaten: Regulierungsmöglichkeiten sozialer Netzwerke, 2018.
- Knothe, Matthias/Nowosadtko, Volker:* Sicherstellung von Rezeptionschancengleichheit, in: *ZRP – Zeitschrift für Rechtspolitik* 2001, S. 33–36.
- Kokott, Juliane:* Der Grundrechtsschutz im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: *AöR – Archiv des öffentlichen Rechts* 121.4 (1996), S. 599–638.

Költzsch, Tobias: Facebook und Nacktheit: Keine nackten flämischen Meister bei Facebook – Golem.de, in: golem.de, Juli 2018, url: <https://www.golem.de/news/facebook-und-nacktheit-keine-nackten-flaeemischenmeister-bei-facebook-1807-135745.html> (besucht am 18.07.2023).

Kommission für Pressefreiheit: Eine freie und verantwortliche Presse, 1948.

Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich: Zukunftsorientierte Vielfaltssicherung im Gesamtmarkt der Medien: Bericht der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) über die Entwicklung der Konzentration und über Maßnahmen zur Sicherung der Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk, 2022, url: https://www.kek-online.de/fileadmin/user_upload/KEK/Publikationen/Medienkonzentrationsberichte/Siebter_Konzentrationsbericht/Konzentrationsbericht_2022_Web.pdf (besucht am 18.07.2023).

Koreng, Ansgar: Meinungsmarkt und Netzneutralität, in: CR – Computer und Recht 2009, S. 758–760.

Korte, Stefan: Die dienende Funktion der Rundfunkfreiheit in Zeiten medialer Konvergenz, in: AÖR – Archiv des öffentlichen Rechts 139.3 (2014), S. 384.

Koumchatzy, Nicolas/Andryeyev, Anton: Using Deep Learning at Scale in Twitter's Timelines, Mai 2017, url: https://blog.twitter.com/engineering/en_us/topics/insights/2017/using-deep-learning-at-scale-in-tweeters-timelines (besucht am 18.07.2023).

Krause, Lars: Das Risiko und Restrisiko im Gefahrstoffrecht, in: NVwZ – Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2009, S. 496–500.

Krausnick, Daniel: Das deutsche Rundfunksystem unter dem Einfluss des Europarechts, 2005.

Krönke, Christoph: Öffentliches Digitalwirtschaftsrecht: Grundlagen – Herausforderungen und Konzepte – Perspektiven, 2020.

Krönke, Christoph: Privatverfahrensrecht in digitalen Grundrechtsnetzwerken. Zugleich Be- spruchung von BGH, Urteile vom 29.7.2021 – III ZR 179/20 und III ZR 192/20 – aus der Perspektive des Öffentlichen Rechts, in: ZUM – Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2022, S. 13–20.

Kubicek, Herbert: Das Internet auf dem Weg zum Massenmedium? Ein Versuch, Lehren aus der Geschichte alter und anderer neuer Medien zu ziehen, in: Raymund Werle/Christa Lang (Hrsg.), Modell Internet? Entwicklungsperspektiven neuer Kommunikationsnetze, 1997, S. 213–239.

Kiibler, Friedrich: Legitimationsfragen der Medienregulierung, in: AfP – Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht 2002, S. 277–283.

Kuczerawy, Aleksandra: Private enforcement of public policy: freedom of expression in the era of online gatekeeping, Diss., Katholieke Universiteit Leuven, 2018, url: https://limo.libis.be/primo-explore/fulldisplay?docid=LIRIAS1683371&context=L&vid=Lirias&search_scope=Lirias&tab=default_tab&lang=en_US (besucht am 18.07.2023).

Kühl, Eike: Instagram-Studie: Ganz schön deprimierend, oder?, in: Die Zeit, Sep. 2021, url: <https://www.zeit.de/digital/internet/2021-09/instagram-studie-kinderjugendliche-facebook-psychologie-social-media/komplettansicht> (besucht am 18.07.2023).

- Kühling, Jürgen:* Die Verantwortung der Medienintermediäre für den Schutz öffentlicher Kommunikationsräume – Algorithmen als Treiber von Hate speech, Fake News und Filter bubbles?, in: Daniel Zimmer (Hrsg.), Regulierung für Algorithmen und Künstliche Intelligenz, 2021, S. 89–148.
- Kühling, Jürgen:* Die Verantwortung der Medienintermediäre für die demokratische Diskursvielfalt, in: JZ – JuristenZeitung 76.11 (2021), S. 529.
- Kühling, Jürgen:* „Fake News“ und „Hate Speech“ – Die Verantwortung der Medienintermediäre zwischen neuen NetzDG, MStV und Digital Services Act, in: ZUM – Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2021, S. 461–472.
- Kühling, Jürgen:* Gemeinwohlorientierte Regulierung der Medienintermediäre: Verantwortungszuweisung durch Recht, in: MMR-Beilage 2022, S. 1016–1021.
- Kulick, Andreas:* Horizontalwirkung im Vergleich: ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020.
- Künast, Renate:* Regeln für Wahlkämpfe im digitalen Zeitalter, in: ZRP – Zeitschrift für Rechtspolitik 2019, S. 62–65.
- Lada, Akos/Wang, Meihong/Yan, Tak:* How machine learning powers Facebook's News Feed ranking algorithm, Jan. 2021, url: <https://engineering.fb.com/2021/01/26/ml-applications/news-feed-ranking/> (besucht am 18.07.2023).
- Ladeur, Karl-Heinz:* Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft: von der Gefahrenabwehr zum Risikomanagement, 1995.
- Ladeur, Karl-Heinz:* Der prozedurale Schutz der Medienfreiheit. Zur Bedeutung von Verfahren für den Schutz der öffentlichen Kommunikation, insbesondere im Internet, in: ZUM – Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2004, S. 1–14.
- Ladeur, Karl-Heinz:* Die „objektiv-rechtliche Dimension der Rundfunkfreiheit“ unter Bedingungen von Multimedia, in: Heiko Faber/Götz Frank (Hrsg.), Demokratie in Staat und Wirtschaft: Festschrift für Ekkehart Stein zum 70. Geburtstag am 24.9.2002, 2002.
- Ladeur, Karl-Heinz:* Die Rundfunkfreiheit und der Wegfall der „besonderen Umstände“ ihrer Ausübung: Notizen zur Interpretation des Verfassungskompromisses, in: NJW – Neue Juristische Wochenschrift 1982, S. 359–362.
- Ladeur, Karl-Heinz:* Die Zukunft der Medienverfassung, in: Dan Wielsch (Hrsg.), Die Zukunft der Medienverfassung, 2021, S. 17–89.
- Ladeur, Karl-Heinz:* Helmut Ridder's Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie, in: Kritische Justiz 32.2 (1999), S. 281–294.
- Ladeur, Karl-Heinz:* Rechtliche Möglichkeiten der Qualitätssicherung im Journalismus, in: Publizistik 45.4 (2000), S. 442–461.
- Ladeur, Karl-Heinz/Gostomzyk, Tobias:* Das Medienrecht und die Herausforderung der technologischen Hybridisierung, in: K&R – Kommunikation und Recht 2018, S. 686–693.
- Landmann, Robert von/Rohmer, Gustav/Beckmann, Martin (Hrsg.):* Umweltrecht: Kommentar, 96. EL, 2021.
- Lang, Andrej:* Netzwerkdurchsetzungsgesetz und Meinungsfreiheit, in: AöR – Archiv des öffentlichen Rechts 143.2 (2018), S. 220.

- Laude, Lennart:* Automatisierte Meinungsbeeinflussung: Der Schutz des Kommunikationsprozesses in sozialen Online-Netzwerken, 2021.
- Lenski, Sophie-Charlotte:* Personenbezogene Massenkommunikation als verfassungsrechtliches Problem: das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Konflikt mit Medien, Kunst und Wissenschaft, 2007.
- Lent, Wolfgang:* Elektronische Presse zwischen E-Zines, Blogs und Wikis: Was sind Telemedien mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten?, in: ZUM – Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2013, S. 914–920.
- Lent, Wolfgang:* Paradigmenwechsel bei den publizistischen Sorgfaltspflichten im Online-Journalismus – Zur Neuregelung des § 19 Medienstaatsvertrag, in: ZUM – Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2020, S. 593–600.
- Lenz, Helmut:* Rundfunkorganisation und öffentliche Meinungsbildungsfreiheit, in: JZ – JuristenZeitung 18.11/12 (1963), S. 338–350.
- Leopoldt, Swaantje:* Navigatoren: Zugangsregulierung bei elektronischen Programmführern im digitalen Fernsehen, 2002.
- Lepsius, Oliver:* Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?, in: Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer 63 (2004), S. 264–343.
- Lerche, Peter:* Landesbericht Bundesrepublik Deutschland, in: Martin Bullinger/Friedrich Kübler (Hrsg.), Rundfunkorganisation und Kommunikationsfreiheit: Landesbericht u. Generalbericht d. Tagung für Rechtsvergleichung 1979 in Lausanne, 1979, S. 15–107.
- Lerche, Peter:* Rundfunkmonopol: Zur Zulassung privater Fernsehveranstaltungen, 1970.
- Linck, Joachim:* Die Parlamentsöffentlichkeit, in: ZParl – Zeitschrift für Parlamentsfragen 23.4 (1992), S. 673–708.
- Lindner, Josef Franz:* Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005.
- Lobigs, Frank:* Plattform-Revolution der öffentlichen Kommunikation und Krise der Vermittlung aus institutionenökonomischer Perspektive, in: Otfried Jarren/Christoph Neuberger (Hrsg.), Gesellschaftliche Vermittlung in der Krise: Medien und Plattformen als Intermediäre, 2020, S. 155–187.
- Lobigs, Frank/Neuberger, Christoph:* Meinungsmacht im Internet und die Digitalstrategien von Medienunternehmen: Neue Machtverhältnisse trotz expandierender Internet-Geschäfte der traditionellen Massenmedien-Konzerne. Gutachten für die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK), 2018, url: https://www.kek-online.de/fileadmin/user_upload/KEK/Publikationen/Gutachten/Meinungsmacht_im_Internet_ALM51_web_2018.pdf (besucht am 18.07.2023).
- Lohse, Eva Julia:* (Noch) Ungewisse Risiken: gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten und -pflichten am Beispiel der Nanotechnologien, in: Marcel Dalibor/Katja Fröhlich/Katja Rodi/ Paul Schächterle/Jörg Scharrer (Hrsg.), Risiko im Recht – Recht im Risiko, 2011, S. 37–60.
- Lücke, Jörg:* Die „allgemeinen“ Gesetze (Art. 5 Abs. 2 GG): Versuch einer Neuinterpretation, 1998.
- Lüdemann, Jörn:* Grundrechtliche Vorgaben für die Löschung von Beiträgen in sozialen Netzwerken, in: MMR – Multimedia und Recht 2019, S. 279–284.

- Lüdemann, Jörn:* Warum und wie reguliert man digitale Informationsintermediäre? Grundfragen der medienrechtlichen Instrumentendiskussion am Beispiel des Suchmaschinensektors, in: Yoan Hermstrüwer/Jörn Lüdemann (Hrsg.), *Der Schutz der Meinungsbildung im digitalen Zeitalter: Instrumente und Instrumentenvergleich*, 2021, S. 1–34.
- Lutzi, Tobias:* Plattformregulierung durch AGB-Kontrolle?, in: *Verfassungsblog*, Juli 2021, url: <https://verfassungsblog.de/facebook-agb-kontrolle/> (besucht am 18.07.2023).
- Mafi Gudarzi, Nima:* Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken, Diss., Universität zu Köln, 2022, url: <https://kups.ub.uni-koeln.de/61080/1/Vielfaltssicherung%20in%20sozialen%20Netzwerken.pdf> (besucht am 18.07.2023).
- Mager, Ute:* Einrichtungsgarantien: Entstehung, Wurzeln, Wandlungen und grundgesetzmäßige Neubestimmung einer dogmatischen Figur des Verfassungsrechts, 2003.
- Manca, Anna Gianna:* Parlament und Öffentlichkeit im Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts, in: Lothar Schilling/Christoph Schönberger/Andreas Thier (Hrsg.), *Verfassung und Öffentlichkeit in der Verfassungsgeschichte. Tagung der Vereinigung für Verfassungsgeschichte vom 22. bis 24. Februar 2016 auf der Insel Reichenau*, 2020, S. 161–179.
- Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian/Huber, Peter M./Voßkuhle, Andreas (Hrsg.):* *Grundgesetz. Kommentar*, 7. Aufl., 2018.
- Marcinkowski, Frank/Pfetsch, Barbara (Hrsg.):* *Politik in der Mediendemokratie*, 2009.
- Maréchal, Nathalie/MacKinnon, Rebecca/Dheere, Jessica:* Getting to the Source of Infodemics: It's the Business Model, Mai 2020, url: newamerica.org/oti/reports/getting-to-the-source-of-infodemics-its-the-businessmodel/ (besucht am 18.07.2023).
- Maréchal, Nathalie/Roberts Biddle, Ellery:* It's Not Just the Content, It's the Business Model: Democracy's Online Speech Challenge, März 2020, url: <https://www.newamerica.org/oti/reports/its-not-just-content-its-business-model/> (besucht am 18.07.2023).
- Martens, Wolfgang:* Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969.
- Martinsen, Renate:* Öffentlichkeit in der „Mediendemokratie“ aus der Perspektive konkurrierender Demokratietheorien, in: Frank Marcinkowski/Barbara Pfetsch (Hrsg.), *Politik in der Mediendemokratie*, 2009, S. 37–69.
- Mason, George:* Declaration of Rights, 1776, url: <https://edu.lva.virginia.gov/dbva/files/original/a979048b0df36e6b22c5241f6fb06216.pdf> (besucht am 18.07.2023).
- Matsakis, Louise:* Twitter Trust and Safety Advisers Say They're Being Ignored, in: *Wired*, Aug. 2019, url: <https://www.wired.com/story/twitter-trust-and-safety-council-letter/> (besucht am 18.07.2023).
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Hrsg.):* *Grundgesetz-Kommentar*, 11. EL, 1970.
- Maurer, Marcus:* Sagen Bilder mehr als tausend Worte? Die Relevanz verbaler und visueller Informationen für die Urteilsbildung über Personen im Fernsehen, in: *M&K – Medien & Kommunikationswissenschaft* 57.2 (2009), S. 198–216, url: <http://www.nomos-elibrary.de/index.php?doi=10.5771/1615-634x-2009-2-198> (besucht am 12.01.2022).
- Mayer, Matthias:* Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie: die Bedeutung staatlicher Schutzpflichten für den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Grundrechtsbereich, 2005.

Mecklenburg, Wilhelm: Internetfreiheit, in: ZUM – Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 1997, S. 525–543.

Mede, Niels G./*Brucklachner*, Alina/*Heim*, Mathias: Versagen des Journalismus? Medienskepsis und Journalismuswahrnehmung, in: Bernd Blöbaum/Thomas Hanitzsch/Laura Baadura (Hrsg.), Medienskepsis in Deutschland, 2020, S. 87–112, url: http://link.springer.com/10.1007/978-3-658-31369-2_5 (besucht am 23.02.2022).

Meineck, Sebastian/*Laufer*, Daniel: Desinformation: So penetrant empfiehlt Amazon den Kauf von Verschwörungsliteratur, Sep. 2020, url: <https://netzpolitik.org/2020/desinformation-so-penetrant-empfiehlt-amazon-denkauf-von-verschwoerungsliteratur/> (besucht am 18.07.2023).

Mengden, Martin: Zugangsfreiheit und Aufmerksamkeitsregulierung: Zur Reichweite des Gebots der Gewährleistung freier Meinungsbildung am Beispiel algorithmengestützter Zugangsdienste im Internet, 2018.

Merten, Detlef/*Papier*, Hans-Jürgen (Hrsg.): Facebooks Maßnahmen nach der Bewertung durch Faktenprüfer, 2022, url: <https://de-de.facebook.com/business/help/297022994952764> (besucht am 18.07.2023).

Merten, Detlef/*Papier*, Hans-Jürgen (Hrsg.): Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II, 2006.

Merten, Detlef/*Papier*, Hans-Jürgen (Hrsg.): Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. IV, 2011. Meta: Community Standards Enforcement Report, Mai 2022, url: <https://transparency.fb.com/data/community-standards-enforcement/> (besucht am 18.07.2023).

Merten, Detlef/*Papier*, Hans-Jürgen (Hrsg.): Inhalte, gegen die wir Maßnahmen ergriffen haben, Jan. 2022, url: <https://transparency.fb.com/de-de/policies/improving/content-actioned-metric/> (besucht am 18.07.2023).

Merten, Detlef/*Papier*, Hans-Jürgen (Hrsg.): Unser Ansatz für das Ranking, Apr. 2022, url: <https://transparency.fb.com/en-gb/features/ranking-and-content/> (besucht am 18.07.2023).

Merten, Detlef/*Papier*, Hans-Jürgen (Hrsg.): Wiederhergestellte Inhalte, Jan. 2022, url: <https://transparency.fb.com/de-de/policies/improving/restored-content-metric/> (besucht am 18.07.2023).

Michl, Fabian: Situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung privater Akteure, in: JZ – Juristen-Zeitung 73.19 (2018), S. 910–918.

Mihr, Christian: Stellungnahme von Reporter ohne Grenzen zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 19. Juni 2017, 2017, url: <https://www.bundestag.de/resource/blob/510780/aee6b7be1689e54c1740d78210db5d44/mihr Rog-data.pdf> (besucht am 15.08.2022).

Milstein, Alexander/*Lippold*, Matthias: Suchmaschinenergebnisse im Lichte der Meinungsfreiheit der nationalen und europäischen Grund- und Menschenrechte, in: NVwZ – Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2013, S. 182–187.

Mitsch, Lukas: Soziale Netzwerke und der Paradigmenwechsel des öffentlichen Meinungsbildungsprozesses, in: DVBl – Das Deutsche Verwaltungsblatt 2019, S. 811–818.

- Mock, Thomas:* Was ist ein Medium? Eine Unterscheidung kommunikations- und medienwissenschaftlicher Grundverständnisse eines zentralen Begriffs, in: *Publizistik* 51.2 (2006), S. 183–200.
- Monopolkommission:* Wettbewerb 2018. XXII. Hauptgutachten der Monopolkommission, 2018, url: https://www.monopolkommission.de/images/HG22/HGXXII_Gesamt.pdf (besucht am 18.07.2023).
- Mörsdorf, Oliver:* Beitragslöschungen und Kontensperrungen nach den „Hausregeln“ sozialer Netzwerke, in: *NJW – Neue Juristische Wochenschrift* 2021, S. 3158–3161.
- Müller, Werner:* Wirkungsbereich und Schranken der Versammlungsfreiheit, insbesondere im Verhältnis zur Meinungsfreiheit, 1974.
- Müller-Terpitz, Ralf:* Einbindung von Intermediären in das medienrechtliche System der Vielfaltssicherung, in: *AfP – Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht* 48.5 (2017).
- Murswiek, Dietrich:* Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik. Verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionsschutzrechtliche Ausformung, 1985.
- Napoli, Philip/Caplan, Robyn:* Why media companies insist they're not media companies, why they're wrong, and why it matters, in: *First Monday*, Mai 2017.
- Natt, Alexander:* Meinungsmacht in einer konvergenten Medienwelt: Erfassung medialen Einflusspotentials und seine rechtliche Bewertung, 2016.
- Neuberger, Christoph:* Medienrecht und Medienwandel aus kommunikationswissenschaftlicher Sicht, in: *AfP – Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht* 2009, S. 537–541.
- Neuberger, Christoph/Lobigs, Frank:* Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltssicherung: Gutachten im Auftrag der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK), 2010.
- Neuhoff, Heiko:* Die Dynamik der Medienfreiheit am Beispiel von Presse und Rundfunk. Zur Operationalisierung des Verbots nichtsendungsbezogener presseähnlicher Teamedienangebote der Rundfunkanstalten, in: *ZUM – Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 2012, S. 371–383.
- Neuner, Jörg:* Das BVerfG im Labyrinth der Drittewirkung, in: *NJW – Neue Juristische Wochenschrift* 2020, S. 1851–1855.
- Nicholas, Gabriel:* Shedding Light on Shadowbanning, 2022, url: <https://cdt.org/wp-content/uploads/2022/04/remediated-final-shadowbanning-final-050322-upd-ref.pdf> (besucht am 18.07.2023).
- Niggemann, Sandra:* Hasskriminalität in sozialen Netzwerken: eine rechtliche Einordnung unter Berücksichtigung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes, 2022.
- Nolte, Rüdiger:* Die Gewährleistung des Zugangs zu Daten der Exekutive durch das Grundrecht der Informationsfreiheit, in: *NVwZ – Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2018, S. 521–528.
- Oberreuter, Heinrich/Steimer, Bruno (Hrsg.):* Staatslexikon: Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, 8. Aufl., 2017.
- Ory, Stephan:* Herausforderungen der Medienfreiheit – oder: Der Rundfunk als Endpunkt der Konvergenz?, in: *AfP – Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht* 2011, S. 19–22.

- Ossenbühl, Fritz:* Medien zwischen Macht und Recht, in: Gesellschaft für Rechtspolitik, Trier und Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier (Hrsg.), *Herrschaft der Medien? Faktische Möglichkeiten und rechtliche Grenzen publizistischer Macht*, 1995, S. 1–24.
- Oversight Board:* Oversight Board Charter, 2019, url: https://about.fb.com/wp-content/uploads/2019/09/oversight_board_charter.pdf (besucht am 18.07.2023).
- Paal, Boris P.:* Intermediäre: Regulierung und Vielfaltssicherung. Rechtsgutachten im Auftrag der Landesanstalt für Medien Nordrhein-Westfalen, 2018.
- Paal, Boris P.:* Medienvielfalt und Wettbewerbsrecht, 2010.
- Paal, Boris P.:* Suchmaschinen, Marktmacht und Meinungsbildung, 2012.
- Paal, Boris P.:* Vielfaltssicherung bei Intermediären. Fragen der Regulierung von sozialen Netzwerken, Suchmaschinen, Instant-Messengern und Videoportalen, in: *MMR – Multimedia und Recht* 2018, S. 567–572.
- Paal, Boris P./Heidtke, Aron:* Vielfaltssichernde Regulierung der Medienintermediäre nach den Vorschriften des Medienstaatsvertrags der Länder, in: *ZUM – Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 2020, S. 230–240.
- Paal, Boris P./Hennemann, Moritz:* Meinungsbildung im digitalen Zeitalter. Regulierungsinstrumente für einen gefährdungsdäiquaten Rechtsrahmen, in: *JZ – JuristenZeitung* 72.13 (2017), S. 641–652.
- Papier, Hans-Jürgen:* Rechtsgutachten zur Abgrenzung der Rundfunk- und Pressefreiheit zur Auslegung des Begriffs der Presseähnlichkeit und Anwendung des Verbots nicht sendungsbezogener presse-ähnlicher Angebote gemäß § 11d Abs. 2 Nr. 3 Hs. 3 RStV, 2010.
- Pappas, Vanessa:* Introducing the TikTok Content Advisory Council, März 2020, url: <https://newsroom.tiktok.com/en-us/introducing-the-tiktok-content-advisory-council> (besucht am 18.07.2023).
- Pariser, Eli:* The filter bubble: what the Internet is hiding from you, 2011.
- Paschke, Anne:* Digitale Gerichtsöffentlichkeit: informationstechnische Maßnahmen, rechtliche Grenzen und gesellschaftliche Aspekte der Öffentlichkeitsgewähr in der Justiz, 2018.
- Paschke, Marian/Berlit, Wolfgang/Meyer, Claus (Hrsg.):* Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht, 4. Aufl., 2021.
- Pernice, Ina Maria:* Öffentlichkeit und Medienöffentlichkeit: die Fernsehberichterstattung über öffentliche staatliche Sitzungen am Beispiel von Bundestag und Bundesrat, Gerichten und Gemeinderäten, 2000.
- Peters, Hans:* Die Zuständigkeit des Bundes im Rundfunkwesen, 1954.
- Pikart, Eberhard/Werner, Wolfram (Hrsg.):* Der Parlamentarische Rat, 1948–1949, Bd. 5: Ausschuß für Grundsatzfragen, 2010.
- Pille, Jens-Ullrich:* Der Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit im Internet, in: *NJW – Neue Juristische Wochenschrift* 2018, S. 3545–3550.
- Pille, Jens-Ullrich:* Meinungsmacht sozialer Netzwerke, 2016.
- Pörksen, Bernhard:* Die Theorie der Filterblasen ist nicht länger haltbar – Wir leiden bereits unter dem Filter-Clash, in: *Neue Zürcher Zeitung*, Juli 2018, url: <https://www.nzz.ch/feuille>

- ton/die-theorie-der-filterblasen-ist-nicht-laenger-haltbardenn-wir-leiden-bereits-unter-dem-fil-ter-clash-ld.1402553 (besucht am 18.07.2023).
- Puppis, Manuel:* Governance der Vermittlung öffentlicher Kommunikation, in: Otfried Jarren/Christoph Neuberger (Hrsg.), *Gesellschaftliche Vermittlung in der Krise: Medien und Plattformen als Intermediäre*, 2020, S. 189–224.
- Radlsbeck, Susanne:* Online-Magazine – rechtliche Würdigung von journalistisch-redaktionell gestalteten Abrufdiensten, 2004.
- Raue, Benjamin:* Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken, in: *JZ – JuristenZeitung* 73.20 (2018), S. 961.
- Raue, Peter/Hegemann, Jan (Hrsg.):* Münchener Anwalts-Handbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl., 2017.
- Reckwitz, Andreas:* Die Gesellschaft der Singularitäten: zum Strukturwandel der Moderne, 2017.
- Ricker, Reinhart/Schiwy, Peter:* Rundfunkverfassungsrecht, 1997.
- Ridder, Helmut:* Aktuelle Rechtsfragen des KPD-Verbots, 1966.
- Ridder, Helmut:* Kommunikation in der Demokratie, hrsg. v. Friedhelm Hase, Karl-Heinz Ladeur und Ulrich K. Preuß, 2019, S. 158–193.
- Ridder, Helmut K. J.:* Meinungsfreiheit, in: Franz L. Neumann/Hans Carl Nipperdey/Ulrich Scheuner (Hrsg.), *Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Bd. 2: Die Freiheitsrechte in Deutschland, 1954.
- Rieder, Bernhard/Hofmann, Jeanette:* Towards platform observability, in: *Internet Policy Review* 9.4 (2020).
- Roessing, Thomas:* Öffentliche Meinung, in: Wolfgang Schweiger/Andreas Fahr (Hrsg.), *Handbuch Medienwirkungsforschung*, 2013, S. 481–494.
- Röger, Ralf:* Internet und Verfassungsrecht: Materielle und kompetentielle Probleme eines neuen Mediums, in: *ZRP – Zeitschrift für Rechtspolitik* 30.5 (1997), S. 203–211.
- Roßbach, Matthias/Wischmeyer, Thomas:* Grundrechtsschutz durch Organisation: Das erste Fernsehurteil und das Hochschulurteil, in: Dieter Grimm (Hrsg.), *Vorbereiter – Nachbereiter? Studien zum Verhältnis von Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft*, 2019, S. 193–259.
- Rossen, Helge:* Freie Meinungsbildung durch den Rundfunk: die Rundfunkfreiheit im Gewährleistungsgefüge des Art. 5 Abs. 1 GG, 1988.
- Rossen-Stadtfeld, Helge:* § 29 Beteiligung, Partizipation und Öffentlichkeit, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 2. Aufl., Bd. 2, 2012, S. 663–730.
- Rossen-Stadtfeld, Helge:* Audiovisuelle Bewegtbildangebote von Presseunternehmen im Internet: Presse oder Rundfunk?, 2009.
- Rossen-Stadtfeld, Helge:* Kontrollfunktion der Öffentlichkeit – ihre Möglichkeiten und (rechtlichen) Grenzen, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Verwaltungskontrolle*, 2001, S. 117–203.

- Rothenbücher, Karl:* Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer 4 (1928), S. 6–43.
- Ruck, Silke:* Zur Unterscheidung von Ausgestaltungs- und Schrankengesetzen im Bereich der Rundfunkfreiheit, in: AöR 117.4 (1992), S. 543–566.
- Rudolf, Walter:* Über die Zulässigkeit privaten Rundfunks, 1971.
- Rudolph, Daniel:* Erhalt von Vielfalt im Pressewesen, 2008.
- Rusteberg, Benjamin:* Wissensgenerierung in der personenbezogenen Prävention: Zwischen kriminalistischer Erfahrung und erkenntnistheoretischer Rationalität, in: Laura Münkler (Hrsg.), Dimensionen des Wissens im Recht, 2019, S. 233–264.
- Rüthers, Bernd:* Dienstverpflichtung der Medien durch „öffentliche Aufgabe“?, in: AfP – Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht 1982, S. 23–25.
- Sachs, Michael (Hrsg.):* Grundgesetz. Kommentar, 9. Aufl., 2021.
- Sängerlaub, Alexander:* Feuerwehr ohne Wasser? Möglichkeiten und Grenzen des Fact-Checkings als Mittel gegen Desinformation, 2018, url: https://www.stiftungnv.de/sites/default/files/grenzen_und_moeglichkeiten_fact_checking.pdf (besucht am 18.07.2023).
- Savary, Fiona:* Regulierung von Gatekeeper-Plattformen, in: RDi – Recht Digital 2021, S. 117–123.
- Schemmel, Jakob:* Soziale Netzwerke in der Demokratie des Grundgesetzes, in: Der Staat 57.4 (2018), S. 501–528.
- Schenk, Michael:* Medienwirkungsforschung, 3. Aufl., 2007.
- Scherer, Helmut:* Massenmedien, Meinungsklima und Einstellung: eine Untersuchung zur Theorie der Schweigespirale, 1990.
- Scherzberg, Arno:* § 49 Öffentlichkeitskontrolle, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Bd. 3, 2013, S. 665–742.
- Scherzberg, Arno:* Die Öffentlichkeit der Verwaltung, 2000.
- Scherzberg, Arno:* Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?, in: Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer 63 (2004), S. 214–263.
- Scheuner, Ulrich:* Das Grundrecht der Rundfunkfreiheit, 1982.
- Scheuner, Ulrich:* Pressefreiheit, in: Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer 22 (1965), S. 1–100.
- Schiff, Alexander:* Informationsintermediäre: Verantwortung und Haftung, 2021.
- Schiff, Alexander:* Meinungsfreiheit in mediatisierten digitalen Räumen: Das NetzDG auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts, in: MMR – Multimedia und Recht 2018, S. 366–371.
- Schimmele, Tanja:* Staatliche Verantwortung für diskursive Integrität in öffentlichen Räumen, 2020.
- Schindler, Dierk:* Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten: Entwurf eines Kollisionsmodells unter Zusammenführung der Schutzpflichten- und der Drittirrtumslahre, 2001.

- Schliesky, Utz:* Digitalisierung. Herausforderung für den demokratischen Verfassungsstaat, in: NVwZ – Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2019, S. 693–701.
- Schmid, Tobias/Braam, Laura/Mischke, Julia:* Gegen Meinungsmacht – Reformbedürfnisse aus Sicht eines Regulierers, in: MMR – Multimedia und Recht 2020, S. 19–23.
- Schmidt, Carolin Louisa:* Die Selbstregulierung der Presse im Wandel – Der Deutsche Presserat, seine Kritiker und Lösungsmöglichkeiten, in: DVBl – Das Deutsche Verwaltungsblatt 2018, S. 1460–1468.
- Schmidt, Jan-Hinrik/Merten, Lisa/Hasebrink, Uwe/Petrich, Isabelle/Rolfs, Amelie:* Zur Relevanz von Online-Intermediären für die Meinungsbildung, in: Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Instituts 2017.
- Schmidt, Walter:* Die Rundfunkgewährleistung, 1980.
- Schmidt, Walter:* Rundfunkfreiheit und Rundfunkgewährleistung, in: ZRP – Zeitschrift für Rechtspolitik 13.6 (1980), S. 132–137.
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz/Bethge, Herbert (Hrsg.):* Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Kommentar, 62. EL, 2022.
- Schmidtmann, Karin:* Die verfassungsrechtliche Einordnung konvergenter Massenmedien: Eine Analyse der Auswirkungen des Medienwandels auf Presse und Rundfunk aus verfassungsrechtlicher Sicht, 2013.
- Schmiege, Thorsten/Deck, Regina:* Make Social Media a Better Place: Sicherung der Medien- und Meinungsvielfalt in Sozialen Medien, in: Die Medienanstalten (Hrsg.), Vielfaltsbericht der Medienanstalten 22, 2022, S. 34–49.
- Schmitt, Carl:* Verfassungslehre, 11. Aufl., 2017.
- Schmitt, Carl:* Weiterentwicklung des totalen Staats in Deutschland, in: Positionen und Begriffe: im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles; 1923–1939, 1940, S. 211–216.
- Schmitt Glaeser, Walter:* Die Beurteilung politisch motivierter Privatgewalt durch das Bundesverfassungsgericht, in: Hartmut Maurer (Hrsg.), Das Akzeptierte Grundgesetz: Festschrift für Günter Dürig zum 70. Geburtstag, 1990, S. 91–107.
- Schmitt Glaeser, Walter:* Kabelkommunikation und Verfassung: das privatrechtliche Unternehmen im „Münchner Pilotprojekt“, 1979.
- Schneider, Franz:* Die historischen Voraussetzungen von Artikel 5 des Grundgesetzes, in: Franz Schneider/Wilmont Haacke/Hartmund Visbeck (Hrsg.), Die Freiheit der Meinungsbildung und -äußerung. Untersuchungen zu Artikel 5 I des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 1967, S. 7–43.
- Schneider, Franz:* Pressefreiheit und politische Öffentlichkeit. Studien zur politischen Geschichte Deutschlands bis 1848, 1966.
- Schneider, Norbert:* Von der Sendermacht zur Medienmacht – Fiktionen und Fakten im Medienkonzentrationsrecht. Die vierte Fiktion: Einige Gründe und einige Eckpunkte für ein neues Medienkonzentrationsrecht, in: Marc Jan Eumann/Martin Stadelmaier (Hrsg.), Media-Governance und Medienregulierung: Plädoyers für ein neues Zusammenwirken von Regulierung und Selbstregulierung, 2009, S. 68–77.

- Schneiders*, Pascal: Keine Meinungsmacht den Medienintermediären? – Zum Diskriminierungsverbot für Medienintermediäre im Medienstaatsvertrag, in: ZUM – Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2021, S. 480–489.
- Schoch*, Friedrich: Konvergenz der Medien – Sollte das Recht der Medien harmonisiert werden?, in: JZ – JuristenZeitung 57.17 (2002), S. 798–807.
- Schoch*, Friedrich K.: Informationsfreiheitsgesetz: Kommentar, 2. Aufl., 2016.
- Schoch*, Friedrich K.: Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, in: Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer 57 (1998), S. 158–215.
- Schoch*, Friedrich K./*Schneider*, Jens-Peter/*Bier*, Wolfgang (Hrsg.): Verwaltungsgerichtsordnung: Kommentar, 42. EL, 2022.
- Schönbach*, Klaus: Das unterschätzte Medium: politische Wirkungen von Presse und Fernsehen im Vergleich, 1983.
- Schüller*, Valérie: Die Auftragsdefinition für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk nach dem 7. und 8. Rundfunkänderungsstaatsvertrag, 2007.
- Schulz*, Winfried: Politische Kommunikation: theoretische Ansätze und Ergebnisse empirischer Forschung, 3. Aufl., 2011.
- Schulz*, Wolfgang: Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung, 1998.
- Schulz*, Wolfgang: Kommunikationsverfassung, Kommunikationsgrundrechte, Staatsfreiheit – Staatsfreiheit als Gestaltungsprinzip, in: AfP – Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht 2013, S. 464–470.
- Schulz*, Wolfgang: Kontrolle vorherrschender Meinungsmacht – Dekonstruktion eines medienrechtlichen Schlüsselbegriffs, in: AfP – Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht 2017, S. 373–379.
- Schulz*, Wolfgang: Soziale Ordnung und Kommunikationsstrukturen: Die normative Perspektive, in: Klaus-Dieter Altmeppen et al. (Hrsg.), Soziale Ordnung durch Kommunikation?, 2015, S. 89–104.
- Schulz*, Wolfgang: Von der Medienfreiheit zum Grundrechtsschutz für Intermediäre?, in: CR – Computer und Recht 24.7 (2008), S. 470–476.
- Schulz*, Wolfgang/*Dankert*, Kevin: Die Macht der Informationsintermediäre: Erscheinungsformen, Strukturen und Regulierungsoptionen, 2016.
- Schulz*, Wolfgang/*Held*, Thorsten/*Kops*, Manfred: Perspektiven der Gewährleistung freier öffentlicher Kommunikation, in: ZUM – Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2001, S. 621–642.
- Schulz*, Wolfgang/*Seufert*, Wolfgang/*Holznagel*, Bernd: Digitales Fernsehen: Regulierungskonzepte und -perspektiven, 1999.
- Schuster*, Simon/*Jürgens*, Pascal/*Dörr*, Dieter/*Stark*, Birgit/*Magin*, Melanie: Neutralität, Transparenz und Kompetenz: Rechtliche Ansatzpunkte für eine Neuregulierung des Suchmaschinenmarktes, in: Martin Emmer/Christian Strippel (Hrsg.), Kommunikationspolitik für die digitale Gesellschaft, 2015, S. 87–118.
- Schwäble*, Ulrich: Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit: Art. 8 GG, 1975.

- Schwartmann*, Rolf: Muster-AGB für Meinungsneutralität: Ein Impuls zur Fortentwicklung von BGB und DSA, in: NJW – Neue Juristische Wochenschrift 2022, S. 133–138.
- Schwartmann*, Rolf: Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 19. Juni 2017, 2017, url: <https://www.bundestag.de/resource/blob/510886/002a8ce4b15005b96318abacee89199d/schwartmann-data.pdf> (besucht am 18.07.2023).
- Schwartmann*, Rolf: Zwei Säulen für die Demokratie, in: FAZ.NET, Mai 2019, url: <https://www.faz.net/aktuell/karriere-hochschule/forderung-fuer-demokratiekontrolle-von-internet-und-algorithmen-16198048.html> (besucht am 18.07.2023).
- Schwartmann*, Rolf/*Hermann*, Maximilian/*Mihlenbeck*, Robin L.: Eine Medienordnung für Intermediäre. Das Zwei-Säulen-Modell zur Sicherung der Vielfalt im Netz, in: MMR – Multimedia und Recht 2019, S. 498–503.
- Schwartmann*, Rolf/*Hermann*, Maximilian/*Mihlenbeck*, Robin L.: Transparenz bei Medienintermediären, 2020.
- Scott*, Mark: Facebook did little to moderate posts in the world's most violent countries, Okt. 2021, url: <https://www.politico.eu/article/facebook-content-moderation-postswars-afghanistan-middle-east-arabic/> (besucht am 18.07.2023).
- Seeliger*, Martin/*Sevignani*, Sebastian: Zum Verhältnis von Öffentlichkeit und Demokratie. Ein neuer Strukturwandel?, in: dies. (Hrsg.), Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit?, 2021, S. 9–39.
- Seeliger*, Martin/*Sevignani*, Sebastian (Hrsg.): Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit?, 2021.
- Selmer*, Peter: Bestands- und Entwicklungsgarantien für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in einer dualen Rundfunkordnung: eine verfassungsrechtliche Untersuchung ihrer Zulässigkeit und Reichweite, 1988.
- Seymour*, Tom/*Frantsvog*, Dean/*Kumar*, Satheesh: History Of Search Engines, in: IJMIS – International Journal of Management & Information Systems 15.4 (2011), S. 47–58.
- Siara*, Carsten: Der Medienstaatsvertrag und die „neuen“ Medien, in: MMR – Multimedia und Recht 2020, S. 523–526.
- Smend*, Rudolf: Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 2010.
- Smend*, Rudolf: Verfassung und Verfassungsrecht, 1928.
- Smend*, Rudolf: Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit, in: Otto Bachof (Hrsg.), Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 11–20.
- Smend*, Rudolf: Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit, in: Staatsrechtliche Abhandlungen: und andere Aufsätze, 2010, S. 462–474.
- Sonnenfeld*, Isabelle: Wie Google und YouTube im Wahljahr gegen Fehlinformationen vorgehen, 2021, url: <https://blog.google/intl/de-de/produkte/suchen-entdecken/wiegoogle-und-youtube-im-wahljahr-gegen-fehlinformationen-vorgehen/> (besucht am 18.07.2023).

Sorge, Aden: Digitaler Bundestagswahlkampf 2021: Desinformation, „Microtargeting“ und „Social-Bots“ – Die Integrität der Willensbildung in Gefahr, in: MIP – Zeitschrift für Parteienwissenschaften 2022, S. 31–53.

Sozialdemokratische Partei Deutschlands, Bündnis 90/Die Grünen und Freie Demokratische Partei: Mehr Fortschritt wagen. Koalitionsvertrag 2021–2025, 2021, url: https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_20212025.pdf (besucht am 18.07.2023).

Specht-Riemenschneider, Louisa/*Hofmann*, Franz: Verantwortung von Onlineplattformen: Gutachten im Auftrag des vzbv, 2021, url: https://www.vzby.de/sites/default/files/downloads/2021/02/04/specht_hofmann_gutachten_plattformverantwortlichkeitdocx.pdf (besucht am 18.07.2023).

Spindler, Gerald: Durchbruch für ein Recht auf Vergessen(werden)?, in: JZ – JuristenZeitung 69.20 (2014), S. 981–991.

Spindler, Gerald/*Schuster*, Fabian (Hrsg.): Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl., 2019.

Sporn, Stefan: Ein Grundrecht der Medienfreiheit – Gleiches Recht für alle!?, in: K&R – Kommunikation und Recht 2013, S. 2–8.

Spotify: Introducing the Spotify Safety Advisory Council, Juni 2022, url: <https://newsroom.spotify.com/2022-06-13/introducing-the-spotify-safety-advisory-council/> (besucht am 18.07.2023).

Staab, Philipp/*Thiel*, Thorsten: Privatisierung ohne Privatismus: Soziale Medien im digitalen Strukturwandel der Öffentlichkeit, in: Martin Seeliger/Sebastian Sevignani (Hrsg.), Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit?, 2021, S. 277–297.

Stammler, Dieter: Die Presse als soziale und verfassungsrechtliche Institution: Eine Untersuchung zur Pressefreiheit nach dem Bonner Grundgesetz, 1971.

Starck, Christian: Grund- und Individualrechte als Mittel institutionellen Wandels in der Telekommunikation, in: Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Kommunikation ohne Monopole II: Ein Symposium über Ordnungsprinzipien im Wirtschaftsrecht der Telekommunikation und der elektronischen Medien, 1995, S. 291–310.

Starck, Christian: Grund- und Individualrechte als Mittel institutionellen Wandels in der Telekommunikation, in: Freiheit und Institutionen, 2002, S. 477–494.

Starck, Christian: „Grundversorgung“ und Rundfunkfreiheit, in: NJW – Neue Juristische Wochenschrift 1992, S. 3257–3263.

Starck, Christian: Rundfunkfreiheit als Organisationsproblem: zur Zusammensetzung der Rundfunkgremien, 1973.

Starck, Christian: Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen?, in: Freiheit und Institutionen, 2002, S. 158–204.

Starck, Christian: Zur notwendigen Neuordnung des Rundfunks, in: Freiheit und Institutionen, 2002, S. 464–476.

Stark, Birgit/*Magin*, Melanie: Neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit durch Informationsintermediäre: Wie Facebook, Google & Co. die Medien und den Journalismus verändern, in: Mark Eisenegger/Linards Udris/Patrik Ettinger (Hrsg.), Wandel der Öffentlichkeit und der Gesellschaft, 2019, S. 377–406.

- Stark, Birgit/Magin, Melanie/Jürgens, Pascal:* Maßlos überschätzt. Ein Überblick über theoretische Annahmen und empirische Befunde zu Filterblasen und Echokammern, in: Mark Eisenegger/Marlis Prinzing/Patrik Ettinger/Roger Blum (Hrsg.), Digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit, 2021, S. 303–321.
- Stark, Birgit/Stegmann, Daniel:* Vielfaltssicherung im Zeitalter von Medienintermediären: Modelle zur Messung und normative Maßstäbe, Working Paper 3, bidt – Bayerisches Forschungsinstitut für Digitale Transformation, 2021, S. 62, url: <https://www.bidt.digital/publikation-vielfaltssicherung/> (besucht am 18.07.2023).
- Stark, Birgit/Stegmann, Daniel/Magin, Melanie/Jürgens, Pascal:* Are Algorithms a Threat to Democracy? The Rise of Intermediaries: A Challenge for Public Discourse, 2020, url: <https://algorithmwatch.org/en/wp-content/uploads/2020/05/GoverningPlatforms-communications-study-Stark-May-2020-AlgorithmWatch.pdf> (besucht am 18.07.2023).
- Stern, Klaus:* Neue Medien – neue Aufgaben des Rechts?, in: DVBl – Das Deutsche Verwaltungsblatt 97.23 (1982), S. 1109–1118.
- Stern, Klaus/Becker, Florian/Blanke, Hermann-Josef:* Grundrechte-Kommentar, 3. Aufl., 2019.
- Stern, Klaus/Bethge, Herbert:* Öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Rundfunk: rechts-gutachtliche Untersuchung der Verfassungsmässigkeit des Zweiten Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Gesetzes Nr. 806 über die Veranstaltung von Rundfunksendungen im Saarland vom 7. Juni 1967, 1971.
- Stern, Klaus/Sachs, Michael/Dietlein, Johannes:* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1. Aufl., Bd. III/1: Allgemeine Lehren der Grundrechte, 1988.
- Stern, Klaus/Sachs, Michael/Dietlein, Johannes:* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1. Aufl., Bd. IV/1: Die einzelnen Grundrechte, 2006.
- Stern, Klaus/Sachs, Michael/Dietlein, Johannes:* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1. Aufl., Bd. IV/2: Die einzelnen Grundrechte, 2011.
- Stern, Klaus/Sodan, Helge/Möstl, Markus (Hrsg.):* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, 2. Aufl., Bd. I: Grundlagen und Grundbegriffe des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 2022.
- Stern, Klaus/Sodan, Helge/Möstl, Markus (Hrsg.):* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, 2. Aufl., Bd. III: Allgemeine Lehren der Grundrechte, 2022.
- Stern, Klaus/Sodan, Helge/Möstl, Markus (Hrsg.):* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, 2. Aufl., Bd. IV: Die einzelnen Grundrechte, 2022.
- Stettner, Rupert:* Rundfunkstruktur im Wandel: Rechtsgutachten zur Vereinbarkeit des Bayerischen Medienerprobungs- und -entwicklungsgesetzes mit der Bayerischen Verfassung, 1988.
- Stinner, Julia:* Staatliche Schutzpflichten im Rahmen informationstechnischer Systeme, 2018.
- Stock, Martin:* Medienfreiheit als Funktionsgrundrecht: Die journalistische Freiheit des Rundfunks als Voraussetzung allgemeiner Kommunikationsfreiheit, 1985.
- Stoll, Peter-Tobias:* Sicherheit als Aufgabe von Staat und Gesellschaft Verfassungsordnung, Umwelt- und Technikrecht im Umgang mit Unsicherheit und Risiko, 2020.

- Stüber, Heinz-Werner (Hrsg.): Medien in Deutschland, Band 2: Rundfunk, 1. Teil, 1998.*
- Stürner, Rolf: Gerichtsöffentlichkeit und Medienöffentlichkeit in der Informationsgesellschaft: Das Bundesverfassungsgericht zwischen Liberalität und Zensur, in: JZ – JuristenZeitung 2001, S. 699–703.*
- Suerbaum, Joachim: Die Schutzpflichtdimension der Gemeinschaftsgrundrechte, in: EuR – Europarecht 2003, S. 390–416.*
- Sunstein, Cass R.: #Republic: divided democracy in the age of social media, 3. Aufl., 2018.*
- Szczekalla, Peter: Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht: Inhalt und Reichweite einer „gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion“, 2002.*
- Teachout, Zephyr: Break 'em up: recovering our freedom from Big Ag, Big Tech, and big money, 2020.*
- Tettinger, Peter Josef: Neue Medien und Verfassungsrecht, 1980.*
- Tief, Samira: Kommunikation auf Facebook, Twitter & YouTube: verfassungsrechtlicher Schutz der Informationsintermediäre und ihrer Nutzer durch die Medienfreiheiten, 2020.*
- Tieschky, Claudia: Presseförderung: Bundeswirtschaftsministerium zieht Plan zurück, Apr. 2021, url: <https://www.sueddeutsche.de/medien/pressefoerderung-zeitungenzeitschriften-altmaier-1.5277915> (besucht am 18.07.2023).*
- TikTok: Community-Richtlinien, Feb. 2022, url: <https://www.tiktok.com/community-guidelines> (besucht am 18.07.2023).*
- Tompkins, Andrew: Is fact-checking effective? A critical review of what works – and what doesn't, Okt. 2020, url: <https://www.dw.com/en/is-fact-checking-effective-a-critical-review-of-what-works-and-what-doesnt/a-55248257> (besucht am 18.07.2023).*
- Tomson, Danielle/Morar, David: A Better Way to Regulate Social Media. A multistakeholder „content congress“ could take account of everyone's concerns, in: Wall Street Journal, Aug. 2018, url: <https://www.wsj.com/articles/a-better-way-to-regulate-social-media-1534707906> (besucht am 18.07.2023).*
- Tracking-Free Ads Coalition: About us, 2022, url: <https://trackingfreeads.eu/about-us/> (besucht am 18.07.2023).*
- Tracking-Free Ads Coalition: Supporters, 2022, url: <https://trackingfreeads.eu/supporters/> (besucht am 18.07.2023).*
- Trautmann, Helmut: Innerparteiliche Demokratie im Parteienstaat, 1975.*
- Trute, Hans-Heinrich: Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, in: Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer 57 (1998), S. 216–273.*
- Trute, Hans-Heinrich/Broemel, Roland: Der Verbreitungsauftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten. Einspeisung und Vergütung von Programmen mit Must-Carry-Status in Kabelnetzen, in: MMR-Beilage 2012, S. 1–30.*
- Tuchfeld, Erik: Marktplätze, soziale Netzwerke und die BVerfG-Entscheidung zum „III. Weg“, in: Verfassungsblog, Mai 2019, url: https://intr2dok.vifa-recht.de/receive/mir_mods_00007341 (besucht am 24.05.2022).*

- Tufekci, Zeynep:* Algorithmic Harms Beyond Facebook and Google: Emergent Challenges of Computational Agency, in: Colorado Technology Law Journal 13 (2015), S. 203–217.
- Twitch:* Safety Advisory Council, Mai 2020, url: https://safety.twitch.tv/s/article/Safety-Advisory-Council?language=en_US (besucht am 18.07.2023).
- Twitter:* Regeln und Richtlinien, 2022, url: <https://help.twitter.com/de/rules-and-policies> (besucht am 18.07.2023).
- Twitter:* Richtlinie zu irreführenden Informationen über COVID-19, Dez. 2021, url: <https://help.twitter.com/de/rules-and-policies/medical-misinformation-policy> (besucht am 18.07.2023).
- Tworek, Heidi:* Social Media Councils, in: Centre for International Governance Innovation (Hrsg.), Models for Platform Governance, 2019, S. 97–102, url: https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/Platform-govWEB_VERSION.pdf#page=99 (besucht am 18.07.2023).
- Tworek, Heidi/Ó Fathaigh, Ronan/Bruggeman, Lisanne/Tenove, Chris:* Dispute Resolution and Content Moderation: Fair, Accountable, Independent, Transparent, and Effective, 2020, url: https://cdn.annenbergpublicpolicycenter.org/wpcontent/uploads/2020/06/Dispute_Resolutions_TWG_Tworek_Jan_2020.pdf (besucht am 18.07.2023).
- Ullrich, Norbert:* Das Demonstrationsrecht: im Spannungsfeld von Meinungsfreiheit, Versammlungsfreiheit und öffentlicher Sicherheit, 2015.
- Ullrich, Norbert/Coelln, Christian von/Heusch, Andreas* (Hrsg.): Handbuch Versammlungsrecht, 2021.
- Umbach, Dieter C./Clemens, Thomas* (Hrsg.): Grundgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch, 2002.
- Unruh, Peter:* Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996.
- Van Aelst, Peter et al.:* Political communication in a high-choice media environment: a challenge for democracy?, in: Annals of the International Communication Association 41.1 (Jan. 2017), S. 3–27.
- Van Cuilenburg, Jan:* On Competition, Access and Diversity in Media, Old and New: Some Remarks for Communications Policy in the Information Age, in: New Media & Society 1.2 (1999), S. 183–207.
- Van Loo, Rory:* Corporation as Courthouse, in: Yale J. Reg. – Yale Journal on Regulation 33.2 (2016), S. 547–602, url: <https://www.yalejreg.com/print/corporation-as-courthouse/> (besucht am 18.07.2023).
- Volkmann, Uwe:* Leitbildorientierte Verfassungsanwendung, in: AöR – Archiv des öffentlichen Rechts 134.2 (2009), S. 157.
- Vosgerau, Ulrich:* Grenzen der Liberalen Gewährleistungstheorie: Schutzpflichten und Gemeinwohl im staatlichen Risikomanagement, in: Marcel Dalibor/Katja Fröhlich/Katja Rodi/Paul Schächterle/Jörg Scharrer (Hrsg.), Risiko im Recht –, 2011, S. 135–156.

- Voßkuhle*, Andreas: § 1 Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Andreas Voßkuhle/Martin Eifert/Christoph Möllers/Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 3. Aufl., Bd. 1, 2022, S. 3–70.
- Voßkuhle*, Andreas: Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfaltssicherung – Die Pflege des verfassungsrechtlichen „Quellcodes“ durch das BVerfG, in: *JZ – JuristenZeitung* 64.19 (2009), S. 917.
- Wagner*, Ben/Rozgonyi, Krisztina/Sekwenz, Marie-Therese/Cobbe, Jennifer/Singh, Jatinder: Regulating transparency? Facebook, Twitter and the German Network Enforcement Act, in: *Proceedings of the 2020 Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, 2020, S. 261–271.
- Wagner*, Christoph: Kommunikation in sozialen Medien und Grundrechte: Zur Drittirkung der Meinungsfreiheit und Ausgestaltung einer dienenden Medienfreiheit, in: *ZUM – Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 2022, S. 861–869.
- Wagner*, Gerhard: Haftung von Plattformen für Rechtsverletzungen (Teil 2), in: *GRUR – Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2020, S. 447–457.
- Wahl*, Rainer/Appel, Ivo: Prävention und Vorsorge: Von der Staatsaufgabe zur rechtlichen Ausgestaltung, in: Rainer Wahl (Hrsg.), *Prävention und Vorsorge: Von der Staatsaufgabe zu den verwaltungsrechtlichen Instrumenten*, 1995, S. 1–216.
- Wall*, Heinrich de: Die Einrichtungsgarantien des Grundgesetzes als Grundlagen Subjektiver Rechte, in: *Der Staat* 1999, S. 377–398.
- Walther*, Susanne: Mehr Publizität oder mehr Diskretion? Zu den Grundlagen und zum zeitgemäßen Verständnis von Gerichtsöffentlichkeit aus strafverfahrensrechtlicher Sicht, in: *JZ – JuristenZeitung* 1998, S. 1145–1153.
- Weber*, Marie-Teresa: Stellungnahme des Bitkom zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 19. Juni 2017, 2017, url: https://www.bundestag.de/resource/blob/510906/e8e218a40bd46373a96839c32b966faa/rohleder_bitkom-data.pdf (besucht am 18.07.2023).
- Weber*, Patrick: Nachrichtenwert, in: Jessica Heesen (Hrsg.), *Handbuch Medien- und Informationsethik*, 2016, S. 114–121.
- Weber*, Werner: Zur Diskussion über die Zulassung eines privaten Fernsehens, in: *Der Staat* 11.1 (1972), S. 82–92.
- Weber*, Werner: Zur Rechtslage des Rundfunks, in: Fritz Borinski/Werner Weber/Erich Weigner/Hans Wenke (Hrsg.), *Der Rundfunk im politischen und geistigen Raum des Volkes*, o. A. S. 63–74.
- Wiater*, Patricia: Verwaltungsverfahren durch Private?, in: *JZ – JuristenZeitung* 75.8 (2020), S. 379–388.
- Wieland*, Christoph Martin: Ueber die Rechte und Pflichten der Schriftsteller, in: C. M. Wieland's sämmtliche Werke, Bd. 30, 1857, S. 379–393.
- Wieland*, Joachim: Die Freiheit des Rundfunks: zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Artikel 12, Absatz 1 GG, 1984.

- Wimmers, Jörg: The Out-of-court dispute settlement mechanism in the Digital Services Act: A disservice to its own goals, in: JIPITEC – Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law 12.4 (2021), S. 421–441.
- Wischmeyer, Thomas: Informationssicherheit, 2023.
- Wischmeyer, Thomas: Making social media an instrument of democracy, in: European Law Journal 25.2 (2019), S. 169–181.
- Wischmeyer, Thomas: Regulierung intelligenter Systeme, in: AöR – Archiv des öffentlichen Rechts 143.1 (2018), S. 1–66.
- Wischmeyer, Thomas: What is illegal offline is also illegal online: the German Network Enforcement Act 2017, in: Bilyana Petkova/Tuomas Ojanen (Hrsg.), Fundamental Rights Protection Online, 2020, S. 28–56.
- Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages*: Regulierung von Intermediären. Möglichkeiten und Auswirkungen der Regulierung im Hinblick auf Medienvielfalt (WD 10-3000-062/18), 2018.
- Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie*: Gutachten über eine offene Medienordnung vom 18. 11. 1999, 1999.
- Witt, Jörn: Internet-Aktivitäten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, 2007.
- Wolf, Joachim: Medienfreiheit und Medienunternehmen, 1985.
- Wolff, Heinrich A.: Privatheit und Öffentlichkeit – eine Positionsbestimmung in der digitalen Welt, in: Hermann Hill/Mario Martini/Edgar Wagner (Hrsg.), Facebook, Google & Co.: Chancen und Risiken, 2013, S. 19–32.
- Worms, Christoph/Gusy, Christoph: Verfassung und Datenschutz: Das Private und das Öffentliche in der Rechtsordnung, in: DuD – Datenschutz und Datensicherheit 36.2 (2012), S. 92–99.
- YouTube: Community-Richtlinien, 2023, url: <https://www.youtube.com/howyoutubeworks/policies/community-guidelines/> (besucht am 18.07.2023).
- YouTube: Entfernung von Inhalten nach dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz – Google Transparenzbericht, 2022, url: <https://transparencyreport.google.com/netzdg/youtube?hl=de> (besucht am 18.07.2023).
- ZDF Magazin Royale: TargetLeaks: Wie die Parteien geheime Daten für ihren Wahlkampf bei Facebook nutzen, 2021, url: <https://targetleaks.de/> (besucht am 18.07.2023).
- Zehnpfennig, Barbara: Staat in der Antike, in: Rüdiger Voigt (Hrsg.), Handbuch Staat, 2018, S. 245–254.
- Ziebarth, Lennart: Die Netzneutralität des Grundgesetzes, 2016.
- Zuboff, Shoshana: The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power, 2019.
- Zuckerberg, Mark: A Blueprint for Content Governance and Enforcement, 2018, url: <https://facebook.com/notes/mark-zuckerberg/a-blueprint-for-content-governanceand-enforcement/10156443129621634/> (besucht am 18.07.2023).

Stichwortverzeichnis

- Außenpluralismus** 116 ff.
- Binnenpluralismus** 118 ff.
- Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis** 65 ff.
- Diskriminierungsfreiheit als Intermediärsregulierung** 291 ff.
- Echokammer** 251 ff.
- Filterblase** 251 ff.
- Gerichtsöffentlichkeit** 60 ff.
- Inhaltsferne** 324 ff.
- Institutsgarantien, mediale** 120 ff.
- Intermediäre** 232 ff.
- Entwicklung 234 ff.
 - Gefahren und Risiken 244 ff.
 - Geschäftsmodell der ~ 322 ff.
 - Grundrechtspositionen der ~ 273 ff.
 - Regulierungsbausteine 278 ff.
- Internetdienstefreiheit** 97, 106 f.
- Kommunikationsfreiheit(en)** 70 ff., 92 ff., 107 ff.
- Macht, mediale** 46 ff., 85 f., 262 ff.
- Medien, Rolle der ~** 44 ff.
- Medienfreiheit** 81 ff., 98 ff.
- objektivrechtliche Dimension 112 ff.
 - subjektivrechtliche Dimension 109 ff.
- Medienkonvergenz** 95 ff., 234 ff.
- Medienkonzentrationsrecht** 321 f.
- Öffentlichkeit**
- Demokratieprinzip und ~ 51 ff.
 - Dimensionen der ~ 34 ff.
 - Meinungsbildung und ~ 39 ff.
 - Politische Willensbildung und ~ 55 ff.
 - Strukturwandel der ~ 16 ff., 234 ff.
 - verfassungsrechtliche Erwartungen an die ~ 50 ff.
 - verfassungsrechtliche Gestaltung der ~ 70 ff.
- Parlamentsöffentlichkeit** 57 ff.
- Plattformräte als Intermediärsregulierung** 316 ff.
- Rundfunkfreiheit, dienende** 134 ff.
- Entwicklung der Sonderdogmatik 135 ff.
 - Kritik 144 ff.
- Schutzwicht** 175 ff.
- Dogmatik 177 ff.
 - mediale 186 ff.
 - Erfüllung durch Medienregulierung 204 ff.
- Staatswillensbildung** 32 ff.
- Transparenz als Intermediärsregulierung** 284 ff.
- Verfahrensrechte als Intermediärsregulierung** 297 ff.
- Versammungsfreiheit** 63 ff.
- Vielfalt** 113 ff., 245 ff., 306 ff.
- Vielfaltssicherung, positive als Intermediärsregulierung** 306 ff.
- Volkswillensbildung** 32 ff.