



## Impulse aus dem EMR

### Algorithmen, APIs und Aufsicht

#### Überlegungen zur organisations- und verfahrensrechtlichen Effektivierung einer positiven Ordnung der Vielfaltssicherung im digitalen Raum

Von Dr. Jörg Ukrow

Geschäftsführendes Vorstandsmitglied des EMR

#### *I. Herausforderungen des globalen digitalen Wandels für eine freiheitlich-demokratische Kommunikationsordnung – einige Reminiszenzen und ein Appell*

1. Ohne aktive Gestaltung, Regulierung und demokratische Kontrolle birgt der globale digitale Wandel (auch) das Risiko, den Zusammenhalt freiheitlich verfasster Gesellschaften zu gefährden, Grund- und Menschenrechte zu verletzen und Demokratie, Rechts- und Sozialstaatlichkeit zu schwächen.<sup>1</sup> Nur wenn die Nutzung digitaler Technologien in eine Strategie nachhaltiger Entwicklung eingebettet wird, die auch die Informations- und Kommunikationsordnung in den Blick nimmt, kann sie auch einen positiven Beitrag für eine gemeinsame digitale Zukunft auf nationaler, europäischer und globaler Ebene leisten. Denn die Dynamik des digitalen Zeitalters<sup>2</sup> geht mit tiefgreifenden, strukturellen Veränderungen für Gesellschaft, Wirtschaft und Individuum einher, die mit neuen Herausforderungen im Umgang mit Privatsphäre ebenso verbunden sind wie mit umfassenden Veränderungen der

Die Reihe „Impulse aus dem EMR“ trägt dessen Rolle als Forum insbesondere für medien- und informationsrechtliche Debatten an der Schnittstelle von Rechtspolitik und Rechtsdogmatik Rechnung. Auf der Grundlage eigenständiger Erfahrungen und Expertise der Impulsgeber werden hier persönliche Diskussionsbeiträge veröffentlicht. Die Beiträge geben keine Position des Instituts wieder und binden nicht dessen Mitglieder.

<sup>1</sup> Vgl. hierzu z.B. *Boehme-Nefler*, Das Ende der Demokratie?: Effekte der Digitalisierung aus rechtlicher, politologischer und psychologischer Sicht, 2018, S. 1 ff., 59 ff.; *Kröbling*, Digitalisierung – Technik für eine nachhaltige Gesellschaft, in: Hildebrandt/Landhäußer (Hrsg.), CSR und Digitalisierung: Der digitale Wandel als Chance und Herausforderung für Wirtschaft und Gesellschaft, 2017, S. 23 ff. (32 ff.); *Martini*, Digitalisierung als Herausforderung und Chance für Staat und Verwaltung, 2016, S. 5 ff.; *Papier*, Herausforderungen des Rechtsstaats im Zeitalter der Digitalisierung, in: Bär u.a. (Hrsg.), Digitalisierung im Spannungsfeld von Politik, Wirtschaft, Wissenschaft und Recht, 2. Band: Wissenschaft und Recht, 2018, S. 171 ff.; *Russ-Mohl*, Die informierte Gesellschaft und ihre Feinde: Warum die Digitalisierung unsere Demokratie gefährdet, 2017, S. 44 ff., 92 ff.

<sup>2</sup> Vgl. hierzu z.B. *Hütber*, Digitalisierung: Systematisierung der Trends im Strukturwandel – Gestaltungsaufgabe für die Wirtschaftspolitik, 2016; *Türcke*, Digitale Gefolgschaft: Auf dem Weg in eine neue Stammesgesellschaft, 2019, S. 14; *Wolff/Göbel* (Hrsg.), Digitalisierung: Segen oder Fluch. Wie die Digitalisierung unsere Lebens- und Arbeitswelt verändert, 2018.

Marktdynamiken. Europäische Mediensouveränität<sup>3</sup> erweist sich insoweit als zentraler Baustein für eine souveräne EU, auf die sich Deutschland und Frankreich in ihrem Vertrag vom 22. Januar 2019 über die deutsch-französische Zusammenarbeit und Integration<sup>4</sup> völkerrechtlich verbindlich verpflichtet haben.<sup>5</sup> Präventiver Gestaltung in der und durch die Medien- und Kommunikationspolitik und -regulierung kommt bei der Bewältigung der neuen Herausforderungen in einer solche europäische Souveränität fördernden Weise ebenso grundlegende Bedeutung zu wie Technikfolgenabschätzung und Risikoanalyse.<sup>6</sup>

2. Durch die weltweite Verbreitung digitaler Technologien kommt Daten ein immer stärkeres Gewicht auch in der Informations- und Kommunikationsordnung zu. Dieses Gewicht steht in einem kritischen Missverhältnis zu demokratischer Kontrolle datengestützter Machtausübung und -konzentration. Datenerhebung, -zusammenführung, -handel und -nutzung sind weitestgehend intransparent.<sup>7</sup> Im Blick auf die Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 GG bedeutsame Entscheidungen, die auf Grundlage von Datenauswertungen getroffen werden, können derzeit vielfach nicht nachvollzogen werden. Die Kontrolle über große Mengen an Persönlichkeitsprofilen kann zudem Einflussmöglichkeiten auf die individuelle, gesellschaftliche und demokratische Willensbildung eröffnen, die die Grundlagen des verfassungsrechtlichen Modells freiheitlicher Demokratie gefährden. „Dadurch sind nicht nur Markt und Demokratie fundamental herausgefordert, sondern letztlich auch die Würde des Menschen durch eine mögliche Aushöhlung seiner Autonomie.“ Dementsprechend gilt es, die Kommunikationsfreiheiten als Basis freier, demokratischer, friedlicher und souveräner Gesellschaften langfristig zu verteidigen und zu bewahren. „Dazu ist es unabdingbar, sowohl Datenschutz, Datensicherheit, Manipulationsfreiheit und informationelle Selbstbestimmung als auch Datenqualität national, europäisch und global zu befördern und die digitale Öffentlichkeit und digitale Diskursräume zu erhalten und zu schützen.“<sup>8</sup>
3. Digitale Technologien übernehmen auch im kommunikationsbezogenen Raum zunehmend komplexe Kontroll- und Steuerungsaufgaben, von deren Verlässlichkeit Gesellschaften und Individuen abhängig sind. Auch vor diesem Hintergrund hat Bundespräsident *Frank-Walter Steinmeier* in seiner Eröffnung der diesjährigen *re:publica* gemahnt „Demokratie kann in Zukunft nur gelingen, wenn sie auch digital gelingt.“<sup>9</sup> Eine Übertragung von Entscheidungen auf automatisierte Systeme in gesellschaftlichen Kernbereichen wie denjenigen des demokratischen Diskurses und seiner Foren, Räume und Systeme sollte daher nur methodisch und demokratisch abgesichert erfolgen und für den demokratischen Souverän nachvollziehbar sein.

---

<sup>3</sup> Vgl. hierzu jüngst *Klossa*, Towards European Media Sovereignty. An Industrial Media Strategy to leverage Data, Algorithms and Artificial Intelligence, 2019 (abrufbar unter [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/guillaume\\_klossa\\_report\\_final.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/guillaume_klossa_report_final.pdf)).

<sup>4</sup> Zum Ratifikationsgesetz BR-Drs. 180/19.

<sup>5</sup> Vgl. hierzu *Ukron*, Élysée 2.0 im Lichte des Europarechts – Der Vertrag von Aachen und die „immer engere Union“, ZEuS 2019, 1 (21 f.) (erscheint demnächst).

<sup>6</sup> Vgl. hierzu jüngst *WBGU – Wissenschaftlicher Beirat der Bundesregierung Globale Umweltveränderungen*, Unsere gemeinsame digitale Zukunft, Kapitel 9 – Handlungsempfehlungen, S. 7.

<sup>7</sup> Vgl. z.B. *Gräf/Labmann/Otto*, Die Stärkung der digitalen Souveränität. Wege der Annäherung an ein Ideal im Wandel, 2018, S. 12; *Nida-Rümelin/Weidenfeld*, Digitaler Humanismus: Eine Ethik für das Zeitalter der Künstlichen Intelligenz, 2018, S. 43 ff.; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Digitale Souveränität, 2017, S. IV f., 4 ff.

<sup>8</sup> *WBGU – Wissenschaftlicher Beirat der Bundesregierung Globale Umweltveränderungen*, Unsere gemeinsame digitale Zukunft, Kapitel 9 – Handlungsempfehlungen, S. 27 unter Bezugnahme auf *Christl/Spiekermann*, Networks of Control, 2016, S. 118 ff.

<sup>9</sup> *Steinmeier*, Eröffnung der *re:publica*, abrufbar unter <https://www.bundespraesident.de/SharedDocs/Reden/DE/Frank-Walter-Steinmeier/Reden/2019/05/190506-Eroeffnung-Republica.html>

„Deshalb braucht es mehr Transparenz über Verfahren, eine zivilgesellschaftliche Beteiligung, eine Verbesserung der Aufklärung von Betroffenen und staatliche Aufsicht im Rahmen algorithmischer Entscheidungsfindung.“<sup>10</sup>

4. Inzwischen wird selbst von Treibern dieses Prozesses der Ruf nach hoheitlichen Leitplanken für die neuen digitalen Herausforderungen erhoben: Unter Hinweis auf die „riesige Verantwortung“ der Internet-Giganten wie Facebook fordert z.B. *Mark Zuckerberg* unter dem Titel „Reguliert das Internet!“ eine „aktivere Rolle von Regierungen und Regulierungsbehörden“ ein.<sup>11</sup> In seinem Ansatz, hierbei auf internationale Regeln zu setzen, weist die Regulierungsüberlegung deutliche Parallelen zu der Regulierungsdiskussion über die Einführung einer sog. Digitalsteuer für große Internetkonzerne in der deutschen Bundesregierung auf.<sup>12</sup> Ebenso wenig wie dort sind allerdings auch bei neuen Vorgaben zur Sicherung des Prozesses freier individueller und öffentlicher Meinungs- und Willensbildung durch das Verfassungs-, das Europa- oder das Völkerrecht nationalen Alleingängen unüberwindbare Hemmnisse gesetzt: Was im harmonisierten Binnenmarkt-Recht der EU möglich ist,<sup>13</sup> ist es erst recht im nicht harmonisierten Regulierungsbereich. Die zunehmende Europäisierung auch der Rahmenbedingungen freier und vielfältiger Massenkommunikation nicht zuletzt durch die 2018 novellierte AVMD-Richtlinie<sup>14</sup> sowie die 2019 verabschiedete Richtlinie über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt<sup>15</sup> entfaltet keine Sperrwirkung für ein Bemühen um eine auch in der Zeit effektive Regulierung digitaler Herausforderungen. Gegenteilige Behauptungen sind „nichts anderes als eine Nebelbombe oder die Flucht in eine pangalaktische Diskussion, die - vielleicht kalkuliert - zu gar nichts führt“.<sup>16</sup> Auch die Reaktion des Europa- und des Völkerrechts auf die neuen digitalen Herausforderungen kann und wird sich in einem Wettbewerb der Rechtsordnungen<sup>17</sup> entwickeln – auch wenn die Einhaltung mehrerer Rechtsordnungen für transnational agierende Unternehmen unbequem, mit zusätzlichen Kosten verbunden und von

---

<sup>10</sup> *WBGU – Wissenschaftlicher Beirat der Bundesregierung Globale Umweltveränderungen*, Unsere gemeinsame digitale Zukunft, Kapitel 9 – Handlungsempfehlungen, S. 30.

<sup>11</sup> *Zuckerberg*, Reguliert das Internet!, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/diginomics/mark-zuckerberg-vier-ansaeetze-zur-regulierung-des-internets-16115996.html>

<sup>12</sup> Vgl. hierzu z.B. *Schieritz*, Kommt nun eine Digitalsteuer oder vielleicht doch nicht?, abrufbar unter <https://www.zeit.de/2018/38/olaf-scholz-digitalsteuer-koalitionsvertrag>; zu nationalen Alleingängen dritter EU-Mitgliedstaaten vgl. *Ukrow*, Österreich und Spanien wollen Digitalsteuer einführen, abrufbar unter <https://rsw.beck.de/cms/?toc=ZD.ARC.201902&docid=413844>; *ders.*, Österreich: Ministerrat beschließt Digitalsteuerpaket, abrufbar unter <https://rsw.beck.de/cms/?toc=mmr.root&docid=416999> sowie [https://www.bundeskanzleramt.gv.at/documents/131008/1297238/52\\_16\\_mrv.pdf/ec9523e8-03cc-4335-92cd-3915868651f9](https://www.bundeskanzleramt.gv.at/documents/131008/1297238/52_16_mrv.pdf/ec9523e8-03cc-4335-92cd-3915868651f9)

<sup>13</sup> Vgl. hierzu z.B. *Strinz*, Europarecht, 10. Auf. 2016, Rn. 981 ff.

<sup>14</sup> Richtlinie (EU) 2018/1808 vom 14. November 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. EU 2018 Nr. L 303/69; für einen Überblick über die Änderungen vgl. *EMR*, AVMSD synopsis 2018, abrufbar unter <https://emr-sb.de/synopsis-avms/>

<sup>15</sup> Die Novelle ist noch nicht im Amtsblatt der EU veröffentlicht; vgl. [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0245-AM-271-271\\_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0245-AM-271-271_DE.pdf).

<sup>16</sup> *Schmid*, Machen wir!, abrufbar unter <https://www.medienanstalt-nrw.de/service/positionen/direktor/machen-wir.html>

<sup>17</sup> Vgl. hierzu z.B. *Baetge*, Globalisierung des Wettbewerbsrechts, 2008, S. 95 ff.; *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt, 2002; *Lutter*, Konzepte, Erfolge und Zukunftsaufgaben Europäischer Gesellschaftsrechtsharmonisierung, in: Grundmann (Hrsg.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, 2000, S. 121 ff. (141 ff.); *Wernicke*, Perspektiven des deutschen Rechts im Wettbewerb der Rechtsordnungen, NJW 2017, S. 3038 ff.

Anpassungserfordernissen bei international ausgerichteten Geschäftsmodellen begleitet sein wird.

5. Es geht bei einer entsprechenden Regulierung um Macht und es geht um Mut: Auch im Zeitalter der Digitalisierung gebietet das deutsche Verfassungsrecht wie die Werteordnung des Art. 2 EUV, dass „alle grundlegenden Bestandteile des demokratischen Teilhabeprozesses auch einer demokratischen Kontrolle unterliegen müssen – es geht somit um die „Machtfrage“ in der Demokratie“.<sup>18</sup> Und es geht um Mut – auch um den Mut, föderale Verantwortlichkeiten entsprechend dem Leitbild grundsätzlicher Länderkompetenz für den Bereich der Gesetzgebung nach Art. 30, 70 GG wahrzunehmen.<sup>19</sup> Insofern sind die nachfolgenden Überlegungen auch Ausfluss des Bemühens, in Reaktion auf zunehmende Zugriffe des Bundes auf Regelungsbereiche wie diejenigen des NetzDG, bei denen seine Regelungskompetenz keineswegs staatsorganisationsrechtlich vorgegeben ist,<sup>20</sup> Medien- und Kommunikationsregulierung vom Kopf zentralstaatlicher Steuerung auf die Füße eines kooperativen Föderalismus zurückzustellen. Dieses Mutes bedarf es auch bei der Weiterentwicklung medienregulatorischer Ansätze zur Vermeidung und Entflechtung von Monopolen bei den neuen Medienakteuren.<sup>21</sup> Auch wenn ein solches Medienkonzentrationsrecht 4.0 nicht Gegenstand der nachfolgenden Betrachtungen ist, so gilt auch hier: wer als medienregulatorischer Bettvorleger startet, ist höchst selten als Tiger der Wahrung demokratischer Vielfalt gelandet.

## II. Organisation und Verfahren in ihrer Bedeutung für die Grundrechtsverwirklichung

6. Vor dem Hintergrund der neuen digitalen Gefährdungslagen spricht eine konsequente Fortführung der bisherigen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum einen zur verfassungsrechtlichen Relevanz von Organisations- und Verfahrensrechts, zum anderen zum Gebot einer positiven Ordnung des Rundfunks<sup>22</sup> dafür, organisations- und verfahrensrechtlichen Aspekten in der fortdauernden Diskussion über einen

---

<sup>18</sup> *Conradt*, Die Vermessung des Internets, abrufbar unter <https://www.medienpolitik.net/2019/04/die-vermessung-des-internets/>

<sup>19</sup> Vgl. hierzu z.B. jüngst *Battis/Eder*, Der Krebsgang der Föderalismusreform, NVwZ 2019, 592 (595) sowie die Pressemitteilung im Nachgang zur Gemeinsamen Kabinettsitzung von Bayern und Nordrhein-Westfalen am 12. März 2019 in München: „Nordrhein-Westfalen und Bayern beschließen Agenda für vertiefte Zusammenarbeit“, dort „Zukunft des Föderalismus: Länderkompetenzen stärken, Gestaltungsspielraum der Länder erhöhen und aufgabengerechte Finanzierung sicherstellen“, abrufbar unter <https://www.land.nrw/de/pressemitteilung/gemeinsame-kabinettsitzung-muenchen-nordrhein-westfalen-und-bayern-beschliessen>

<sup>20</sup> Vgl. zur Kritik am NetzDG aus kompetentieller Perspektive z.B. *Feldmann*, Zum Referentenentwurf eines NetzDG: Eine kritische Betrachtung, K&R 2017, 292 (294 f.); *Gersdorf*, Hate Speech in sozialen Netzwerken, MMR 2017, 439 (440 ff.); *Hain/Ferreau/Brings-Wiesen*, Regulierung sozialer Netzwerke revisited, K&R 2017, 433 (434 f.); *Kalscheuer/Hornung*, Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz – Ein verfassungswidriger Schnellschuss, NVwZ 2017, 1721 (1724 f.); *Ladour/Gostomyk*, Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz und die Logik der Meinungsfreiheit, K&R 2017, 390 (390 f.); *Müller-Franken*, Netzwerkdurchsetzungsgesetz: Selbstbehauptung des Rechts oder erster Schritt in die selbstregulierte Vorzensur? – Verfassungsrechtliche Fragen, AfP 2018, 1 (3 ff.).

<sup>21</sup> Zu medienkonzentrationsrechtlichen Fragestellungen bei Medienintermediären vgl. z.B. *die medienanstalten – ALM GbR* (Hrsg.), Sicherung der Meinungsvielfalt im digitalen Zeitalter. Bericht der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) über die Entwicklung der Konzentration und über Maßnahmen zur Sicherung der Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk, 2018, S. 439 ff.; *Dräger/Müller-Eiselt*, Wir und die intelligenten Maschinen, Wie Algorithmen unser Leben bestimmen und wir sie für uns nutzen können, 2019, S. 189 ff.

<sup>22</sup> Der Hinweis, dass es „keine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu der Frage (gebe), in welchem Maß die positive Ordnung der Rundfunkfreiheit in die digitale Sphäre zu übertragen ist“ (*Lischka/Stöcker*, Digitale Öffentlichkeit, 2017, S. 52) ist zwar semantisch korrekt, trägt aber der dynamischen Entwicklungslinie von dessen Judikatur nicht hinreichend Rechnung.

Medienstaatsvertrag deutlich stärkeres Gewicht beizumessen als dies bislang der Fall war und ist.

7. Die zunehmende Betonung der Bedeutung, die einer Grundrechtsverwirklichung durch Organisation und Verfahren zukommt,<sup>23</sup> gewinnt im Zuge der Digitalisierung und Globalisierung von Akteuren und Aktionen mit Bezug zur Sicherung freier individueller und öffentlicher Meinungs- und Willensbildung einen zusätzlichen Impuls. Dabei handelt es sich im Übrigen um eine nicht nur in der deutschen Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, sondern in rechtsstaatlich verfassten Ordnungen weit über den nationalen Rechtskreis hinaus zu beobachtende Entwicklungslinie der Grundrechtsinterpretation.<sup>24</sup>
8. Damit Grundrechte ihre Funktion in der sozialen, digitalen und globalen Wirklichkeit des 21. Jahrhunderts erfüllen können, bedarf es nicht nur näherer inhaltlicher Normierungen, sondern auch geeigneter Organisationsformen und Verfahrensregelungen.<sup>25</sup> Dieser Konnex gewinnt wachsende Bedeutung in einer Zeit, in der es in zunehmendem Maße der Abgrenzung und Zuordnung der Bereiche menschlicher Freiheit und eines Ausgleichs kollidierender Grundrechtspositionen in einem kommunikativen Gefüge bedarf, in dem die Grenzen zwischen Individual- und Massenkommunikation und damit bisherige grundrechtsdogmatische Besitzstände ebenso erodieren wie die Unübersichtlichkeit, Intransparenz und Internationalität kommunikationsbezogener Geschäftsmodelle wächst. In einer solchen Phase neuer Gefährdungslagen kommen Organisation und Verfahren besondere Bedeutung zu um die grundrechtliche Ordnung zu stabilisieren.
9. Die staatlichen Gewalten haben auf der Grundlage und in Anwendung des Art. 1 Abs. 3 GG nicht nur die Pflicht, die materiellen Grundrechte zu beachten, sie müssen ihnen in ihrem jeweiligen Kompetenzbereich auch durch eine entsprechende Organisations- und Verfahrensgestaltung Wirksamkeit verschaffen. Wenn das Organisations- und Verfahrensrecht nicht auf die Effektivierung der Grundrechte ausgerichtet ist, kann deren substantieller Gehalt beeinträchtigt werden. Dies zwingt die staatlichen Organe zu einer grundrechtskonformen Auslegung, Handhabung und Fortentwicklung der Verfahrensvorschriften und Organisationsbestimmungen.<sup>26</sup>
10. Das Bundesverfassungsgericht geht, besonders prononciert seit seinem *Mülheim-Kärlich*-Beschluss, davon aus, dass die einzelnen Grundrechte ihrerseits nicht nur die Ausgestaltung des materiellen Rechts beeinflussen, sondern auch Maßstäbe für eine den Grundrechtsschutz effektuierende Organisations- und Verfahrensgestaltung setzen.<sup>27</sup> Das Verfahrensrecht dient

---

<sup>23</sup> Vgl. bereits BVerfGE 53, 30 (71).

<sup>24</sup> Vgl. bereits *Bethge*, Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren - Zu einigen Aspekten der aktuellen Grundrechtsdiskussion, NJW 1982, 1 (2 ff.); *Hesse*, Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland. Bericht für die IV. Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte, 1978 in Wien, EuGRZ 1978, 427 (434); aus jüngerem Schrifttum z.B. *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, 2018, S. 45 ff.; *Stettner*, Brief-, Post und Fernmeldegeheimnis, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd, IV, 2007, § 92 Rn. 94.

<sup>25</sup> Im Übrigen wirken die Grundrechte ihrerseits auf das bestehende Organisationsrechts und Verfahrensrecht ein, und zwar nicht nur die eigentlichen verfahrensrechtlichen, sondern auch die materiellen Grundrechte; vgl. zum Ganzen bereits BVerfGE 53, 30 (71).

<sup>26</sup> Vgl. bereits BVerfGE 46, 325 (334); 49, 220 (235); 53, 30 (72).

<sup>27</sup> Vgl. zum Ganzen jüngst *Wieckborst*, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 250 ff.

Schon zuvor hat der Erste Senat unmittelbar aus der Eigentumsgarantie des Art 14 GG die Pflicht hergeleitet, bei Eingriffen in dieses Grundrecht einen effektiven Rechtsschutz zu gewähren (BVerfGE 24, 367 (401); 35, 348 (361); 37, 132 (141, 148); 45, 297 (322, 333); 46, 325 (334); 49, 220 (225)), der den Anspruch auf faire Verfahrensführung einschließt. Gleiche verfahrensrechtliche Konsequenzen wurden aus dem Grundrecht der Berufsfreiheit gezogen (BVerfGE 39, 276 (294); 41, 251 (265); 44, 105 (119 ff.); 45, 422 (430 ff.); 48, 292 (297 f.); 50, 16 (30)). Aus Art 2 Abs. 2 GG wurde die Pflicht zu einer Verfahrensgestaltung hergeleitet, die eine

dabei der "Herbeiführung gesetzmäßiger und unter diesem Blickpunkt richtiger, aber darüber hinaus auch im Rahmen dieser Richtigkeit gerechter Entscheidungen".<sup>28</sup> Für den Fall, dass sich materiell-rechtliche Voraussetzungen für eine hoheitliche Maßnahme nur durch ausfüllungsbedürftige Normbegriffe und Generalklauseln umschreiben lassen, ist es aus Sicht des BVerfG umso wichtiger, wer über die Ausfüllung und Anwendung dieser Normen entscheidet und wie dieses Entscheidungsverfahren gestaltet ist; solche Normen und Generalklauseln erschienen eher tragbar, wenn durch ein formalisiertes, gerichtlich kontrollierbares Verfahren dafür vorgesorgt werde, dass die wesentlichen Entscheidungsfaktoren geprüft und die mit der Norm angestrebten Ziele wirklich erreicht würden.<sup>29</sup>

11. Der auf der Grundlage namentlich der *Kalkar*- und der *Mülheim-Kärlich*- Judikatur des BVerfG entwickelte Ansatz, wonach die Grundrechte nicht nur die Ausgestaltung des materiellen Rechts beeinflussen, sondern zugleich Maßstäbe für eine den Grundrechtsschutz effektuierende Organisations- und Verfahrensgestaltung sowie für eine grundrechtsfreundliche Anwendung vorhandener Verfahrensvorschriften setzen,<sup>30</sup> ist auch für die Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG anzuwenden, zumal dieses Grundrecht auch einen wesentlichen verfahrens- und organisationsrechtlichen Gehalt hat, wie das BVerfG in seinen jüngsten rundfunkrechtlichen Judikaten, seinem ZDF-Urteil und seinem Rundfunkbeitrag-Urteil, erneut betont hat. Eine Organisations- und Verfahrensgestaltung, die auf einen bestmöglichen Grundrechtsschutz hinwirkt, ist danach auch und erst recht für die Bewältigung neuer Phänomene verfassungsrechtlich gefordert, die für die Sicherung eines freien individuellen und öffentlichen Meinungs- und Willensbildungsprozesses zunehmend bedeutsam sind.<sup>31</sup> Daher kommt der verfahrensmäßigen positiven Ordnung für den Kommunikationsprozess relevanter Prozesse im Zeitalter von Digitalisierung und Globalisierung keine abnehmende, sondern wachsende Bedeutung zu.
12. Die Notwendigkeit zum Grundrechtsschutz durch Verfahrensgestaltung im Bereich digitaler Entwicklungsprozesse folgt insbesondere aus zwei Besonderheiten, die auch in einem weiteren dynamischen wie sicherheitssensiblen Bereich an der Schnittstelle von Technik und Recht, dem Atomrecht, bereits in der *Kalkar*-Entscheidung betont worden sind: Wie im Atomrecht beruht auch im modernen, auf neue digitale Medienakteure und Geschäftsmodelle ausgerichteten Medienrecht, wie es durch den Medienstaatsvertrag nicht zuletzt in Bezug auf Medienplattformen, Benutzeroberflächen und Medienintermediäre fortentwickelt werden soll, die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Bereich der geplanten materiell-rechtlichen Vorgaben auf den besonderen Schwierigkeiten des in ständiger Entwicklung befindlichen Rechts technischer Sicherung von Gemeinwohlinteressen und dient zugleich einem

---

Verletzung der durch dieses Grundrecht geschützten Rechtsgüter tunlichst ausschließt (BVerfGE 51, 324; Beschluss vom 3. Oktober 1979, EuGRZ 1979, S 554 - Räumungsschutz).

<sup>28</sup> BVerfGE 42, 64 (73); 46, 325 (333); vgl. ferner Beschluss vom 25. Juli 1979, EuGRZ 1979, S 506 (509).

<sup>29</sup> BVerfGE 33, 303 (341); 41, 251 (265); 44, 105 (116).

<sup>30</sup> Vgl. BVerfGE 53, 30 (65 f. und 72 f.); 56, 216 (236); 63, 131 (143); 65, 1 (44, 49); 65, 76 (94).

<sup>31</sup> Vgl. zu dieser Bedeutung z.B. *Dörr/Schuster*, Suchmaschinen im Spannungsfeld zwischen Nutzung und Regulierung. Rechtliche Bestandsaufnahme und Grundstrukturen einer Neuregelung, in: Stark/Dörr/Aufenanger (Hrsg.), Die Googleisierung der Informationssuche. Suchmaschinen zwischen Nutzung und Regulierung, 2014, S. 262 ff.; *Gasser/Thurman*, Themen und Herausforderungen der Regulierung von Suchmaschinen, in: Machill/Beiler (Hrsg.), Die Macht der Suchmaschinen – The Power of Search Engines, 2007, S. 44 ff.; *Lobigs/Neuberger*, Meinungsmacht im Internet und die Digitalstrategien von Medienunternehmen, 2018, S. 68 ff.; *Paal*, Suchmaschinen, Marktmacht und Meinungsbildung, 2012; *Schulz/Dankert*, Die Macht der Informationsintermediäre. Erscheinungsformen, Strukturen und Regulierungsoptionen, 2016, S. 34 ff.

zukunftsgerichteten dynamischen Grundrechtsschutz.<sup>32</sup> Diese Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ist nach der auf dem *Kalkar*-Beschluss des BVerfG aufbauenden verfassungsgerichtlichen Judikatur zulässig; doch werden dadurch die Schwierigkeiten der verbindlichen Konkretisierung und der laufenden Anpassung technischer resp. regulatorischer Anforderungen an den neuesten Erkenntnisstand mehr oder weniger auf die administrative und judikative Ebene verlagert. Behörden und Gerichte müssen das Regelungsdefizit der normativen Ebene ausgleichen. Vor diesem Hintergrund kann es nach der Rechtsprechung verfassungsrechtlich nicht gleichgültig sein, wie gerade auch das behördliche Aufsichtsverfahren strukturiert ist und wer als Beteiligter auf vielfaltsrelevante Entscheidungen Einfluss nehmen kann. Wahrscheinlich lässt sich in einer solchen Situation der besonderen Entwicklungsdynamik nur über das Verfahrensrecht verhindern, „dass der Bereich zwischen Recht und Technik zum juristischen Niemandsland wird“.<sup>33</sup>

13. Ein geeignetes, den Schutz der in ihrer freien Meinungs- und Willensbildung Gefährdeten sicherstellendes Verfahren zur Entscheidungsbildung ist im Bereich digitaler Geschäftsmodelle auch aus einem weiteren, ebenfalls bereits im *Kalkar*-Beschluss<sup>34</sup> im Ansatz angesprochenen Grund bedeutsam. Während im herkömmlichen Bereich der Sicherung von Meinungsvielfalt die regulatorischen Anforderungen auf einem mehr oder minder umfassenden empirischen Material beruhen, muss auf dem Gebiet der Sicherung der Meinungsvielfalt gegenüber Herausforderungen durch neue digitale Player und Geschäftsmodelle eine "Sicherheitsphilosophie"<sup>35</sup> vorausgedacht und versucht werden, aufgrund theoretischer Überlegungen und wissenschaftlicher Untersuchungen mögliche Gefährdungslagen vorzusehen und die erforderlichen Schutzmaßnahmen zu entwickeln. Dabei kann es sich – in Anlehnung an die Einordnung im *Kalkar*-Beschluss - nur um „Annäherungswissen“<sup>36</sup> handeln, das durch jede neue Erfahrung korrigierbar ist und sich insofern „immer nur auf den neuesten Stand unwiderlegten möglichen Irrtums befindet“. Da ferner diese Sicherheitsphilosophie mit nur denkbaren Risiken arbeitet, hängt deren Beurteilung einschließlich der Einplanung entsprechender Schutzmaßnahmen von Wertungen ab, die sich schwerlich freihalten lassen von den jeweiligen grundsätzlichen Standpunkten und subjektiven Interessen. Umso wesentlicher erscheint es, die Standpunkte, Interessen und Befürchtungen aller Beteiligten rechtzeitig in die betreffenden Aufsichtsverfahren einzubeziehen und durch einen Prozess der Kommunikation zwischen bisherigen und neuen für die Medienordnung bedeutsamen Akteuren, in ihrem Vielfaltsinteresse gefährdeten Mediennutzern und zuständigen Behörden eine sachgemäße Berücksichtigung aller maßgeblichen Gesichtspunkte sicherzustellen.
14. Wenn aus der Judikatur des BVerfG zu folgern ist, dass der medienrechtliche Staatsvertragsgeber angesichts der Gefährdungen freier individueller Meinungs- und Willensbildung durch neue Medienakteure und -aktionen auch organisatorische und verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu treffen hat, welche der Gefahr einer Verletzung des verfassungsrechtlichen Systems einer freien Kommunikationsordnung entgegenwirken,<sup>37</sup> so weist diese staatsvertragliche Handlungspflicht deutliche Bezüge auch zur

---

<sup>32</sup> Vgl. zu diesen Aspekten im Bereich des Energierechts BVerfGE 49, 89 (133 ff.).

<sup>33</sup> BVerfGE 53, 30 (76).

<sup>34</sup> Vgl. BVerfGE 49, 89 (142 f.).

<sup>35</sup> Zur „Sicherheitsphilosophie“ des BVerfG vgl. z.B. *Aulebner*, Polizeiliche Gefahren- und Informationsvorsorge, 1998, S. 428 ff., 442 ff.; *Fisahn*, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, 2002, S. 205 f.; *Mackenroth*, Der Rechtsstaat in der Zwickmühle? Zur Balance von Freiheit und Sicherheit, 2011, S. 19 ff.

<sup>36</sup> BVerfGE 53, 30 (77).

<sup>37</sup> Vgl. für den Bereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts BVerfGE 53, 30 (65); 63, 131 (143); 65, 1 (44)

verfassungsgerichtlichen Schutzpflicht-Dogmatik auf. Aus der Schutzpflicht staatlicher Organe leitet das BVerfG deren Aufgabe ab, Grundrechtsverletzungen nach Möglichkeit auszuschließen.<sup>38</sup> Grundsätzlich kommt dem Gesetzgeber bei der Erfüllung von Schutzpflichten ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsbereich zu, der auch Raum lässt, etwa konkurrierende öffentliche und private Interessen zu berücksichtigen.<sup>39</sup> Der Gesetzgeber kommt seinem Schutzauftrag nur dann nicht nach, wenn er „Schutzvorkehrungen 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“.<sup>40</sup> Teilweise formuliert das Bundesverfassungsgericht die Anforderungen, die es mit dieser Evidenzkontrolle in Bezug auf die Einhaltung der Schutzpflicht aufstellt, auch strenger. Danach müssen die Vorkehrungen, die der Gesetzgeber trifft, i.S. eines sog. Untermaßverbots „für einen angemessenen und wirksamen Schutz ausreichend sein und zudem auf sorgfältigen Tatsachenermittlungen und vertretbaren Einschätzungen beruhen“.<sup>41</sup> Ob, wann und mit welchem Inhalt sich eine solche Ausgestaltung auf Grundlage grundrechtlicher Schutzpflichten von Verfassungen wegen gebietet, hängt von der Art, der Nähe und dem Ausmaß möglicher Gefahren, der Art und dem Rang des verfassungsrechtlich geschützten Rechtsguts sowie von den schon vorhandenen Regelungen ab.<sup>42</sup>

### *III. Transparenzpflichten als instrumentelles „must have“ demokratie- und vielfaltsverträglicher Digitalisierung*

15. Die Digitalisierung der Medien und „insbesondere die Netz- und Plattformökonomie des Internet einschließlich der sozialen Netzwerke“ begünstigen, wie das BVerfG in seinem Rundfunkbeitrags-Urteil betont hat, Konzentrations- und Monopolisierungstendenzen bei „Anbietern, Verbreitern und Vermittlern von Inhalten“.<sup>43</sup> Damit erweitert das BVerfG selbst den Kreis der für eine positive Rundfunkordnung bedeutenden Medienakteure über die traditionellen Adressaten, die Rundfunkveranstalter, deutlich hinaus. Hinzu kommt, worauf das BVerfG in dieser Entscheidung erstmalig hinweist, „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“.<sup>44</sup> Solche Angebote seien nicht auf Meinungsvielfalt gerichtet, sondern würden durch einseitige Interessen oder die wirtschaftliche Rationalität eines Geschäftsmodells bestimmt, nämlich die Verweildauer der Nutzer auf den Seiten möglichst zu maximieren und dadurch den Werbewert der Plattform für die Kunden zu erhöhen. Insoweit seien auch Ergebnisse in Suchmaschinen vorgefiltert und teils werbefinanziert, teils von „Klickzahlen“ abhängig.
16. Die Rahmenbedingungen solcher algorithmengestützter Aggregations-, Auswahl- und Empfehlungsprozesse transparent zu machen<sup>45</sup> ist eine in der Linie dieser Erweiterung des

---

<sup>38</sup> Vgl. BVerfGE 52, 214 <220 f.>; BVerfGK 6, 5 <10>; BVerfG, Beschluss vom 06.07.2016 - 2 BvR 548/16 - Rn. 12.

<sup>39</sup> BVerfGE 50, 290 (332 f.); 77, 170 (214 f.); 121, 317 (360); BVerfG, Beschluss vom 15.10.2009 - 1 BvR 3522/08 - Rn. 27.

<sup>40</sup> BVerfGE 77, 170 (214 f.); 88, 203 (251 ff., 254 f.);

<sup>41</sup> BVerfG, Beschluss vom 15.10.2009 - 1 BvR 3522/08 - Rn. 27.

<sup>42</sup> BVerfGE 49, 89 (142).

<sup>43</sup> BVerfG, Urteil vom 18.07.2018 - 1 BvR 1675/16 - Rn. 79.

<sup>44</sup> BVerfG, Urteil vom 18.07.2018 - 1 BvR 1675/16 - Rn. 79.

<sup>45</sup> Der hierzu in § 53d Abs. 1 Nr. 2 MedStV-E enthaltene Regelungsvorschlag erscheint im Hinblick auf seinen personellen und sachlichen Anwendungsbereich ausbaufähig.

Anwendungsbereichs einer positiven Rundfunkordnung zumindest naheliegende, wenn nicht gebotene gesetzgeberische Reaktion.<sup>46</sup> Denn solche algorithmengestützte Prozesse prägen auch immer mehr Bereiche mit Bezug zur Meinungsvielfalt.<sup>47</sup> Mit ihrer Hilfe werden Entscheidungen getroffen, die erhebliche Auswirkungen auf das Mediennutzungsverhalten wie auf Mediennutzungsmöglichkeiten haben. Sie bringen ebenso Chancen wie Risiken mit sich. Es obliegt auch den für eine positive Rundfunkordnung Verantwortlichen, dafür zu sorgen, dass algorithmische Systeme zum Wohle der Gesellschaft gestaltet werden. Dass algorithmische Systeme im Interesse einer „*algorithmic accountability*“ mit ihren Funktionsweisen und Wirkungen, insbesondere mit den dem jeweiligen System zugrunde liegenden Daten und Modellen und seiner Architektur veröffentlicht und in leicht verständlicher Sprache<sup>48</sup> dargestellt werden müssen, ist insoweit ein naheliegender Regulierungsgedanke. Zudem könnte vorgegeben werden, dass vor dem Einsatz eines algorithmischen Systems eine dokumentierte Folgenabschätzung durchgeführt wird. Da es sich beim Einsatz in den durch den geplanten Medienstaatsvertrag vorgesehenen Regelungsbereichen zum einen regelmäßig und zunehmend um lernende Systeme und zudem um besonders dynamische Einsatzfelder mit viel Veränderung handeln dürfte, erscheint es zudem zumindest zweckmäßig, die Folgenabschätzung in regelmäßigen Abständen zu wiederholen. Hierbei sind insbesondere neue Risiken für Diskriminierungen und weitere das Individuum als Mediennutzer und den Prozess freier individueller und öffentlicher Meinungs- und Willensbildung und das Vielfaltsziel als Gemeinwohlbelange berührende Folgen im Blick zu behalten. Schließlich sollte auch vorgegeben werden, dass Werteabwägungen bei der Zielsetzung und dem Einsatz von algorithmischen Systemen festgehalten werden.<sup>49</sup> Genügt ein System diesen Anforderungen nicht, kann als *ultima ratio* seitens der zuständigen Aufsicht ein Verbot ausgesprochen werden.

17. Offenlegungspflichten in Bezug auf algorithmengestützte Aggregations-, Auswahl- und Empfehlungsprozesse können einen wesentlichen Beitrag dazu liefern, neuen Unsicherheiten hinsichtlich Glaubwürdigkeit von Quellen und Wertungen entgegenzuwirken. Sie entlasten den einzelnen Nutzer bei der Verarbeitung und massenmedialen Bewertung, die er aus Sicht des BVerfG<sup>50</sup> übernehmen muss, nachdem herkömmliche Filter professioneller Selektionen durch die Digitalisierung der Medien an Bedeutung eingebüßt haben. Erweiterte Transparenzpflichten für neue Medienakteure und Stabilisierung des beitragsfinanzierten öffentlich-rechtlichen Rundfunks sind insoweit in gleicher Weise vielfaltssichernde und Orientierungshilfe bietende Instrumente einer grundrechtskompatiblen und -effektuerenden positiven digitalen Medienordnung. Über die Entwicklung eines Katalogs an Kriterien, die beachtet werden müssen, um eine vielfaltswahrende und -fördernde Gestaltung und Überprüfung von algorithmischen Systemen zu ermöglichen und zu erleichtern, könnten und sollten medienethische und –rechtliche Erwägungen in die Gestaltung und Nutzung algorithmengestützter medienvielfaltsrelevanter Prozesse eingebunden werden. Dabei liegt es im Sinne eines Regelungsansatzes „*Security and Value Alignment by Design*“ nahe, Sicherheit,

---

<sup>46</sup> Vgl. zur Bedeutung von Transparenz jüngst auch die „Leitlinien Digitale Ethik“ des Medienrates der BLM, Ziffer 1; abrufbar unter <https://www.blm.de/infothek/pressemitteilungen/2019-04-11-technisierung-verantwortungsvoll-gestalten-medienrat-erlaesst-leitlinien-digitale-ethik-11575>

<sup>47</sup> Vgl. zum Ganzen auch jenseits des Medienbereichs *Bertelsmann Stiftung*, Algo.Rules. Regeln für die Gestaltung algorithmischer Systeme, Stand: 7. März 2019, Präambel (abrufbar unter [https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/Algo.Rules\\_DE.pdf](https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/Algo.Rules_DE.pdf))

<sup>48</sup> Vgl. zum Erfordernis der Explainability auch *Robde*, Gütekriterien für algorithmische Prozesse. Eine Stärken- und Schwächenanalyse ausgewählter Forderungskataloge, 2018, S. 16.

<sup>49</sup> Vgl. *Bertelsmann Stiftung*, Algo.Rules. Regeln für die Gestaltung algorithmischer Systeme, Stand: 7. März 2019, Ziele und erwartete Wirkung dokumentieren.

<sup>50</sup> BVerfG, Urteil vom 18.07.2018 - 1 BvR 1675/16 - Rn. 80.

Vielfaltsförderung und Werteorientierung<sup>51</sup> von Anfang an zum festen Bestandteil der Gestaltung des algorithmischen Systems zu machen.<sup>52</sup> Die einzelnen Regelungsvorgaben dürften dabei oftmals interdependent und als Gesamtkomplex zu betrachten sein.<sup>53</sup> Sie dürften zudem auf dynamische Weiterentwicklung angelegt sein. Von daher sprechen gewichtige Gründe sowohl dafür, die einzelne Ausformung der vielfaltsrelevanten einer Konkretisierung durch Satzungs- und Richtlinienrecht der Landesmedienanstalten zu überlassen und zudem Systeme regulierter Selbstregulierung zum Einsatz zu bringen.

18. Schon das geltende Rundfunkrecht weist Anknüpfungspunkte auf, die mit Blick auf Gefährdungslagen durch unzureichende Transparenz des Handelns von neuen medien(verfassungs-)rechtlich relevanten Akteuren wie Anbieter von Medienplattformen, Benutzeroberflächen, Medienintermediären und Sprachassistenten ggf. aktiviert werden können. Denn im Rundfunkstaatsvertrag sind bereits Transparenzpflichten zumindest auch für private Medienakteure niedergelegt. Beachtung verdienen insoweit sowohl Regelungen des Rundfunkwerberechts wie des Rechts der Sicherung der Meinungsvielfalt. Die betreffenden Pflichten sind in der aktuellen Formulierung allerdings nicht geeignet, unmittelbar auf Herstellung von Transparenz ihres Handelns gerichtete Aufsichtshandlungen gegenüber diesen neuen Medienakteuren auszulösen: Ein allgemeines, auch neue Akteure umfassendes Transparenzgebot für alle an der medialen Wertschöpfungskette Beteiligte lässt sich dem aktuellen medienrechtlichen Normenmaterial nicht entnehmen. Namentlich mangels unmittelbarer rundfunkstaatsvertraglicher oder (sonstiger) landesmedienrechtlicher Inanspruchnahme von Mediaagenturen beim derzeitigen Stand der Medienregulierung in Deutschland scheidet eine solche Transparenzpflicht *de lege lata* aus. Auch aus verfassungsrechtlichen Erwägungen<sup>54</sup> lässt sich eine solche operationalisierbare Transparenzpflicht nicht ableiten: Aus dem Verfassungsrecht lässt sich allenfalls die Pflicht zur Transparenz, nicht deren Ausformung im Einzelnen ableiten. Eine sinngemäße Erweiterung der entsprechenden Tatbestände würde mit Blick auf das gleiche Regelungsziel jedoch möglich sein.<sup>55</sup>

#### IV. Transparenzpflichten und der Grundrechtsschutz

##### 1. Die Bedeutung der Freiheit der Berufsausübung

19. Für einen Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung, wie er mit an Anbieter von Medienplattformen, Benutzeroberflächen, Medienintermediären und Suchmaschinen adressierten Offenlegungs-, Organisations- und Mitwirkungspflichten zur Abwehr von Gefährdungslagen verbunden ist, fordert Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass das verfolgte Ziel „vernünftigen Erwägungen des Allgemeinwohls“ entspricht. Um eine solche allgemeinwohlorientierte Zielsetzung handelt es sich bei dem Ziel, Transparenz im Prozess auch demokratisch bedeutsamer Meinungs- und

---

<sup>51</sup> Vgl. zu Leitwerten für die Öffentlichkeit (Freiheit, Vielfalt, Wahrheit, Integration) bei algorithmischen Prozessen *Lischka/Stöcker*, Digitale Öffentlichkeit, 2017, S. 43 ff.; speziell zum Vielfalts-Wert *Schmidt/Sørensen/Dreyer/Hasebrink*, Algorithmische Empfehlungen. Funktionsweise, Bedeutung und Besonderheiten für öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten, 2018, S. 4 f., 12 ff.

<sup>52</sup> Vgl. hierzu auch *Robde*, Gütekriterien für algorithmische Prozesse. Eine Stärken- und Schwächenanalyse ausgewählter Forderungskataloge, 2018, S. 12.

<sup>53</sup> Vgl. *Bertelsmann Stiftung*, Algo.Rules. Regeln für die Gestaltung algorithmischer Systeme, Stand: 7. März 2019, Was sind die Algo.Rules?

<sup>54</sup> Vgl. hierzu z.B. *Bröbmer*, Transparenz als Verfassungsprinzip, 2004.

<sup>55</sup> Vgl. im Einzelnen bereits *Ukrow/Cole*, Zur Transparenz von Mediaagenturen, 2017, S. 46 ff.

Willensbildung mit Blick auf mediale Akteure und Geschäftsmodelle zu wahren und Diskriminierungsfreiheit nicht zuletzt bei der Auffindbarkeit von Inhalten auf Medienplattformen und Benutzeroberflächen, bei Sprachassistenten und Medienintermediären zu sichern. Werden entsprechende Standards, die die Offenheit des Kommunikationsprozesses sicherstellen und medialen Machtballungen entgegensteuern sollen, verletzt, kann dies nicht nur zu gesellschaftlichen Risiken für die Demokratie führen. Es kann auch die Entwicklungsmöglichkeit jedes einzelnen Menschen im medialen Kontext begrenzen und damit der Menschenwürde-Konzeption des Grundgesetzes widersprechen.

20. Informationspflichten nicht zuletzt auch in Bezug auf den Einsatz algorithmischer Systeme können zudem die Sicherung von Markttransparenz auf Verbraucherseite befördern. „Die Sicherstellung der Souveränität von Verbraucherinnen und Verbrauchern (und damit die Anknüpfung sowohl am Marktideal des „mündigen Verbrauchers“ als auch am demokratischen Ideal des mündigen Bürgers) trägt nicht nur Grundgedanken der Demokratie Rechnung;<sup>56</sup> der staatliche Ausgleich von Informationsdefiziten auf Verbraucherseite fördert auch das Funktionieren des Marktes, indem Gegengewichte zur überlegenen Marktmacht unternehmerischer Marktteilnehmer geschaffen werden.<sup>57</sup> Das Potenzial von Transparenz zur Gewährleistung fairen Wettbewerbs auf Verbrauchermärkten und zur Verhinderung eines „Missbrauchs von Marktmacht“<sup>58</sup> sollte nicht unterschätzt werden.“<sup>59</sup> Auch die Zielsetzung der Markt- und Verbrauchertransparenz liegt somit im öffentlichen Interesse.<sup>60</sup>
21. Die jeweils für sich als Allgemeininteresse anzuerkennende (a) Durchsetzung von massenkommunikationsbezogenen Diskriminierungsverboten und (b) Gewährleistung von Markttransparenz stehen zudem in einem instrumentellen Verhältnis, das gleichfalls dem Gemeinwohl entspricht: Die Informationspflicht gegenüber dem Markt soll indirekt die Durchsetzung der Diskriminierungsverbote befördern. Durch sie soll eine Verhaltenssteuerung durch den Anreiz bewirkt werden, Informationen, die sich negativ auf das Ansehen eines Anbieters einer Medienplattform, einer Benutzeroberfläche, eines Medienintermediärs oder eines Sprachassistenten und das Vertrauen ihm gegenüber auswirken, zu vermeiden.<sup>61</sup> Diese „Steuerungsfunktion der Offenlegungspflichten“<sup>62</sup> ist gerechtfertigt, um zur Effektivierung von massenkommunikationsbezogenen Diskriminierungsverboten beizutragen. Die Ziele namentlich auch einer staatsvertraglich verankerten Veröffentlichungspflicht für bestimmte Informationen, aus denen auf die Erfüllung von massenkommunikationsbezogenen Diskriminierungsverboten geschlossen werden kann, entsprechen somit vernünftigen Erwägungen des Allgemeinwohls und stellen einen legitimen Zweck für den informatorischen Eingriff in das Grundrecht auf freie Berufsausübung der betroffenen Medien- und IuK-Unternehmen dar.

---

<sup>56</sup> Vgl. hierzu *Dilling*, Grenzüberschreitende Produktverantwortung, 2009, S. 153.

<sup>57</sup> Hierzu BVerfGE 105, 252 (266).

<sup>58</sup> Hierzu *Wagner*, Die Entwicklung des Transparenzgebots im Lauterkeitsrecht, 2007, S. 42.

<sup>59</sup> *Kocher/Klose/Kühn/Wenckebach*, Verantwortung braucht Transparenz – Die rechtliche Verankerung unternehmerischer Pflichten zur Offenlegung von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, 2012, S. 12.

<sup>60</sup> Vgl. zum Ganzen auch *Roßnagel/Hentschel*, Verfassungsrechtliche Grenzen gesetzlicher Pflichten zur Offenlegung von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, 2016, S. 75 f.

<sup>61</sup> Zu einem parallelen Ansatz im unternehmensbezogenen Transparenzrecht *Kocher/Wenckebach*, Ein Plädoyer für gesetzliche Pflichten von Unternehmen zur Offenlegung ihrer Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, KJ 2013, 18 (19 f.).

<sup>62</sup> *Roßnagel/Hentschel*, Verfassungsrechtliche Grenzen gesetzlicher Pflichten zur Offenlegung von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, 2016, S. 76.

22. Ein entsprechender Eingriff stellt sich im Ansatz auch als geeignet, erforderlich und verhältnismäßig dar. Denn eine staatsvertragliche Regelung ist zur Zweckerreichung bereits dann geeignet, wenn mit ihrer Hilfe „der erstrebte Erfolg gefördert werden kann“, wobei insoweit dem Gesetzgeber durch das BVerfG<sup>63</sup> ein beträchtlicher Einschätzungsspielraum eingeräumt ist.<sup>64</sup> Bedingung für die Eignung ist nach dieser Judikatur nicht, dass der Eingriff in allen Fällen oder auch nur im Regelfall den erhofften Erfolg bewirkt.<sup>65</sup> Es ist vor diesem Hintergrund verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn der Staatsvertragsgeber davon ausgeht, dass Transparenzpflichten nicht zuletzt auch in Bezug auf den Einsatz algorithmischer Systeme in einem beachtlichen Umfang dazu beitragen, die Durchsetzung von massenkommunikationsbezogenen Diskriminierungsverboten zu befördern. Diese Form der Zweckförderung reicht für die Eignung des Eingriffs aus.
23. Der informatorische Eingriff in das Grundrecht auf freie Berufsausübung der betroffenen Medien- und IuK-Unternehmen ist zur Verfolgung des staatsvertraglichen Zwecks dann erforderlich, wenn er sich nicht durch mildere Mittel ebenso wirksam erreichen lässt.<sup>66</sup> Auch für diese Bewertung, die auf einem Vergleich der Eingriffstiefe alternativer Maßnahmen aufsetzen muss, besteht eine Einschätzungsprärogative der Länder. Bei der Bewertung sind aber nur Maßnahmen zu berücksichtigen, die für den verfolgten Zweck gleich geeignet sind, weil sie das gleiche Maß an Zielerreichung bewirken.<sup>67</sup> Eine Regelung, die die Veröffentlichung in die freie Entscheidung von Anbietern von Medienplattformen, Benutzeroberflächen, Medienintermediären oder Sprachassistenten stellt oder auf Selbstverpflichtungen eines solchen Medien- oder IuK-Unternehmens beruhen wurde, hätte zwar eine geringere Eingriffstiefe, könnte aber nicht sicherstellen, dass hinsichtlich der Erfüllung von massenkommunikationsbezogenen Diskriminierungsverboten das gleiche Maß an Öffentlichkeit und Transparenz entsteht.<sup>68</sup> Das Erfordernis der Erforderlichkeit stellt an den Staatsvertragsgeber im Übrigen die Anforderung, zwischen der uneingeschränkten Gewährleistung des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen regelungsunterworfenen Medien- oder IuK-Unternehmen und der staatsvertraglichen Transparenzpflichten eine eingeschränkte Informationspflicht vorzusehen, wenn dies zur Erreichung des Zwecks der Norm ausreichend ist: Eine Verpflichtung zur Offenbarung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen darf danach nur in dem Umfang sowie in der Art und Weise angeordnet werden, wie dies für das Erreichen des staatsvertraglichen Zwecks der prozeduralen Absicherung der Offenheit des Kommunikationsprozesses und der Abwehr medialer Machtballungen unabweisbar ist.<sup>69</sup> Dem tragen nicht zuletzt auch Begrenzungen des Umfangs der zu veröffentlichenden Informationen über den Einsatz algorithmischer Systeme durch die vorgenannten Anbieter Rechnung.

---

<sup>63</sup> BVerfGE 67, 157 (173, 175); 90, 145 (172); 100, 313 (373); 109, 279 (336).

<sup>64</sup> BVerfGE 77, 84 (106); 90, 145 (173); 109, 279 (336).

<sup>65</sup> BVerfG, NJW 2006, 1939 (1941), Rn. 85; BVerfGE 100, 313 (373); zum Ganzen *Roßnagel/Hentschel*, Verfassungsrechtliche Grenzen gesetzlicher Pflichten zur Offenlegung von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, 2016, S. 76.

<sup>66</sup> Vgl. z.B. BVerfGE 115, 320 (345).

<sup>67</sup> *Roßnagel/Hentschel*, Verfassungsrechtliche Grenzen gesetzlicher Pflichten zur Offenlegung von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, 2016, S. 77.

<sup>68</sup> Zu einem parallelen Ansatz im unternehmensbezogenen Transparenzrecht *Kocher/Wenckebach*, Ein Plädoyer für gesetzliche Pflichten von Unternehmen zur Offenlegung ihrer Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, KJ 2013, 18 (20 ff.).

<sup>69</sup> Vgl. hierzu auch *Roßnagel/Hentschel*, Verfassungsrechtliche Grenzen gesetzlicher Pflichten zur Offenlegung von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, 2016, S. 78; *Taeger*, Die Offenbarung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, 1988, S. 90.

24. Das Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, d.h. der Angemessenheit des Eingriffs in die Berufsfreiheit verlangt, „dass die Schwere des Eingriffs bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe stehen darf“.<sup>70</sup> „Die Prüfung an diesem Maßstab kann dazu führen, dass ein Mittel nicht zur Durchsetzung von Allgemeininteressen angewandt werden darf, weil die davon ausgehenden Grundrechtsbeeinträchtigungen schwerer wiegen als die durchzusetzenden Belange“.<sup>71</sup> Bei dem danach seitens des Staatsvertragsgebers vorzunehmenden Ausgleich der widerstreitenden Interessen – einerseits dem Allgemeininteresse an einer Absicherung der Freiheit und Offenheit des Kommunikationsprozesses auch im Zeitalter neuer digitaler Gefährdungslagen, andererseits dem Interesse der regelungsunterworfenen Medien sowie IuK-Unternehmen an der Wahrung ihrer grundgesetzlich verbürgten Berufsfreiheit - dürfen „Einbußen an grundrechtlicher geschützter Freiheit ... nicht im unangemessenen Verhältnis zu den Zwecken stehen, denen die Grundrechtsbeeinträchtigung dient. Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person führen zwar dazu, dass der Einzelne Einschränkungen seiner Grundrechte hinzunehmen hat, wenn überwiegende Allgemeininteressen dies rechtfertigen. Der Gesetzgeber muss aber zwischen Allgemein- und Individualinteressen einen angemessenen Ausgleich herstellen“.<sup>72</sup> Hierfür muss er die prozeduralen und organisatorischen Vorkehrungen für eine digitale positive Ordnung der digitalen Kommunikationsprozesse so gestalten, dass eine einseitige Lösung verhindert wird und es zu einem Ausgleich zwischen Allgemeininteressen und Grundrechtsschutz kommt.<sup>73</sup>
25. Bei der Prüfung, ob die Einführung von Veröffentlichungspflichten die Anforderungen an die Angemessenheit erfüllt, ist verfassungsrechtlich relevant, welche Unternehmen erfasst werden, zur Veröffentlichung welcher Informationen sie verpflichtet werden, in welcher Form die Publikation erfolgen soll und welche Nachteile den Grundrechtsträgern durch die Preisgabe der Informationen drohen. Auf Seiten der mit dem Eingriff verfolgten Zwecke ist das Gewicht der Ziele und Belange maßgeblich, denen die Transparenzpflicht dient. Es hängt unter anderem davon ab, wie bedeutsam die Zwecke sind, die mit Hilfe der Maßnahme verfolgt werden sollen, und in welchem Ausmaß diese durch die Maßnahme erreicht werden können.<sup>74</sup> Die staatsvertraglichen Regelungen müssen versuchen, praktische Konkordanz zwischen den kollidierenden Rechtsgütern herzustellen. Ist das Interesse an der Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ohne erhebliches Gewicht, ist es gerechtfertigt, es hinter ein bedeutendes Interesse der Öffentlichkeit an der Information zurücktreten zu lassen.<sup>75</sup> Ist dieses Transparenzinteresse demgegenüber nur geringfügig, muss es hinter einer gravierenden Wettbewerbsbeeinträchtigung durch Publikation des Geheimnisses zurücktreten. Sind beide widerstreitenden Interessen gewichtig, muss nach einer Lösung gesucht werden, die beiden möglichst weitgehend gerecht wird. Daher bedarf es stets einer Abwägung zwischen den kollidierenden Rechtsgütern im konkreten Einzelfall.<sup>76</sup> Die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse dürfen in dieser Abwägung nicht nur dann als schützenswert eingestuft werden, wenn deren Offenlegung nachhaltige oder gar existenzbedrohende Nachteile für das

---

<sup>70</sup> BVerfGE 90, 145 (173); 92, 277 (327); 109, 279 (349 ff.).

<sup>71</sup> BVerfGE 115, 320 (345f.); 90, 145 (173); 100, 313 (383f.); 109, 279 (350 ff.).

<sup>72</sup> BVerfGE 113, 348 (382).

<sup>73</sup> Vgl. BVerfGE 113, 348 (382).

<sup>74</sup> Vgl. *Roßnagel/Hentschel*, Verfassungsrechtliche Grenzen gesetzlicher Pflichten zur Offenlegung von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, 2016, S. 82 unter Bezugnahme auf BVerfGE 113, 348 (382); 100, 313 (375f.).

<sup>75</sup> BVerfGE 115, 205 (240).

<sup>76</sup> *Roßnagel/Hentschel*, Verfassungsrechtliche Grenzen gesetzlicher Pflichten zur Offenlegung von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, 2016, S. 82.

verpflichtete Unternehmen besorgen lässt. Denn es ist schwer vorstellbar, dass die Offenlegung eines Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses ein marktstarkes oder gar marktbeherrschendes Unternehmen in existentielle Gefahr bringen kann. Davon abgesehen erlaubt die Grenze der nachhaltigen oder existenzbedrohenden Nachteile keine differenzierende Abwägung. Sie lässt außer Acht, dass die Intensität des Geheimnisschutzes auch von dem Gewicht des Offenlegungsinteresses abhängt. Selbst ein geringfügiges Offenlegungsinteresse, dem ein gewichtiges Geheimhaltungsinteresse gegenüber steht, würde nach dieser Formel die Offenlegung ermöglichen, wenn sie -- wie wohl stets anzunehmen sein wird -- das marktbeherrschende Unternehmen nicht in existentielle Gefährdung brächte.<sup>77</sup>

26. Im Ergebnis der Prüfung einer Einführung von algorithmenbezogenen Transparenzpflichten für Anbieter von Medienplattformen, Benutzeroberflächen, Medienintermediären und Sprachassistenten am Maßstab der Berufsausübungsfreiheit kann festgehalten werden, dass auf der einen Seite das Allgemeininteresse an Markttransparenz und an der Durchsetzung der adressierten Diskriminierungsverbote im Interesse der Offenheit des Kommunikationsprozesses und der Minderung von Manipulationsmöglichkeiten in Bezug auf diesen Prozess hoch ist. Die zu veröffentlichenden Informationen beziehen sich auf „die Öffentlichkeit wesentlich berührende Fragen“, deren Beantwortung einen begrenzten Eingriff in die grundrechtlich geschützte interne Sphäre des Unternehmens rechtfertigen kann. Zudem ist der Kreis der Adressaten der Transparenzpflichten durch die Bezugnahme auf die Schranken des Anwendungsbereichs des jeweiligen materiellen Rechts (für Medienplattformen und Benutzeroberflächen in § 52 Abs. 1 MedStV-E, für Medienintermediäre in § 53c Abs. 2 MedStV-E) in einer dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechenden Weise begrenzt und der Eingriff in die grundrechtlich geschützte Berufsausübungsfreiheit des betreffenden Medien- oder IuK-Unternehmens überwiegend vergleichsweise gering. Hinsichtlich der zu veröffentlichenden Informationen können Wettbewerbsnachteile und unvertretbare Aufwände je nach Ausgestaltung der Transparenzpflichten praktisch ausgeschlossen werden. Sonderfällen kann abstrakt-generell in Wahrnehmung einer Satzungs- und Richtlinienkompetenz der Landesmedienanstalten, konkret-individuell bei der Rechtsanwendung Rechnung getragen werden.

## 2. Die Bedeutung der Rundfunkfreiheit

27. Die genannten neuen Medienakteure können durch die Einführung von Transparenzpflichten zudem auch in ihrer verfassungsrechtlichen Rundfunkfreiheit grundrechtlich berührt sein: Indem und soweit diese Akteure in der sich entwickelnden konvergenten Medienordnung in den Prozess der Rundfunk-Wertschöpfung integriert sind, ist ihre Tätigkeit deshalb auch vom Schutzbereich der Rundfunkfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG erfasst: denn dieser umfasst nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG alle wesensmäßig mit der Veranstaltung von Rundfunk zusammenhängenden Tätigkeiten, von der Beschaffung der Information und der Produktion der Sendungen bis hin zu ihrer Verbreitung, einschließlich aller zur Erfüllung der Funktion des Rundfunks notwendigen Voraussetzungen und Hilfstätigkeiten.<sup>78</sup> Von dieser weiten Erstreckung des Schutzbereichs sind bei dem gebotenen funktionalen Verständnis auch kommunikationsbezogen aggregative Tätigkeiten wie die der neuen Akteure erfasst.<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> BVerfGE 115, 205 (244 ff.).

<sup>78</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 13.01.1988 – 1 BvR 1548/82 = BVerfGE 77, 346, 354; BVerfG, Beschluss vom 23.03.1988 – 1 BvR 686/86 = BVerfGE 78, 101, 103.

<sup>79</sup> Vgl. hierzu für Mediaagenturen *Hans/Ukrow/Knapp/Cole*, (Neue) Geschäftsmodelle der Mediaagenturen, 2016, S. 109 f. ([https://www.blm.de/files/pdf1/emr-gutachten\\_mediaagenturen\\_.pdf](https://www.blm.de/files/pdf1/emr-gutachten_mediaagenturen_.pdf)).

28. Allerdings ist auch der Schutz der Betätigung von Anbietern von Medienplattformen, Benutzeroberflächen, Medienintermediären und Sprachassistenten über die in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG garantierte Rundfunkfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 2 GG durch „allgemeine Gesetze“ einschränkbar: Bei solchen „allgemeinen Gesetzen“ handelt es sich um formelle, aber auch nur-materielle Gesetze,<sup>80</sup> die nicht i.S. der sog. Sonderrechtslehre eine bestimmte Meinung wegen ihrer geistigen Zielrichtung verbieten und sich nicht gegen die Meinungsäußerung als solche richten, sondern die i.S. der sog. Abwägungslehre dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu gewährleistenden Rechtsguts dienen, das gegenüber der Betätigung der jeweils betroffenen Medienfreiheit Vorrang hat.<sup>81</sup> Die Einführung gesetzlicher Transparenzpflichten für die neue Akteure würde diesen Kriterien eines „allgemeinen Gesetzes“ entsprechen, da sie nicht meinungsäußerungsorientiert wäre, sondern dem Schutz der Medien- und Meinungsvielfalt und damit dem Schutz schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu gewährleistender Rechtsgüter dienen würde. Der Vorrang dieses Schutzes wäre zumindest dann gegeben, wenn dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der Regulierung Beachtung geschenkt würde.<sup>82</sup>
29. Bedeutsam ist insoweit im Übrigen mit Blick auf die Auslegung und Anwendung transparenzbezogener Regelungen zu Lasten der genannten neuen Medienakteure als Träger der Rundfunkfreiheit die sog. Wechselwirkungstheorie des BVerfG, nach der die Auslegung und Anwendung allgemeiner Gesetze i.S. des Art. 5 Abs. 2 GG unter Beachtung von Bedeutung und Tragweite des betroffenen Medien-Grundrechts zu erfolgen hat: Die gegenseitige Beziehung zwischen den Grundrechten aus Art. 5 Abs. 1 GG und den „allgemeinen Gesetzen“ ist danach nicht als einseitige Beschränkung der Grundrechte aufzufassen; es findet vielmehr eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, dass die „allgemeinen Gesetze“ ihrerseits im Lichte der Bedeutung der Grundrechte ausgelegt und angewendet und so in ihrer grundrechtsbegrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen.<sup>83</sup>
30. Anbietern von Medienplattformen, Benutzeroberflächen, Medienintermediären und Sprachassistenten kann indessen in medienverfassungsrechtlicher Sicht nicht nur Bedeutung als Grundrechtsträger des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG zukommen. Vielmehr ist ihnen im Lichte der jüngeren rechtswissenschaftlichen Analyse zur Bedeutung von Grundrechten im Hinblick auf Gefährdungslagen für den Grundrechtsschutz, die von Privaten, insbesondere privaten Unternehmen, ausgehen können, möglicherweise eine Zwitterrolle eigen, die der fortdauernd abwehrrechtlichen Konstruktion der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts noch nicht angemessen aufgegriffen wurde: Im Zusammenhang mit der Vermeidung von Machtballungen, der auch das Gebot der Staatsferne des Rundfunks dient, gewinnt insoweit Bedeutung, dass solchen Machtballungen unter den Bedingungen der Digitalisierung nicht nur dann begegnet werden muss, wenn sie staatlicherseits drohen, sondern auch dann, wenn sie von Seiten Privater zu besorgen sind. Die Dogmatik des Grundrechtsschutzes hat im Blick auf den Schutz des Grundrechts auch gegenüber privater Machtkonzentration mit Bezug auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung eine besonders prägnante Entwicklung gefunden.<sup>84</sup> Hier ist anerkannt, dass es sogar eine verfassungsrechtliche Schutzpflicht des Staates geben kann, Regelungen zu treffen, die den

---

<sup>80</sup> Vgl. BVerwGE 72, 183 (186).

<sup>81</sup> Vgl. z.B. BVerfGE 7, 198 (209 f.); 97, 125 (146); 111, 147 (155).

<sup>82</sup> Vgl. bereits *Ukrow/Cole*, Zur Transparenz von Mediaagenturen, 2017, S. 78.

<sup>83</sup> Vgl. BVerfGE 7, 198 (208) (st. Rspr.).

<sup>84</sup> Vgl. z. B. *Franzjusz*, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Zeitschrift für das Juristische Studium 2015, 250 (263).

einzelnen vor Beeinträchtigungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung durch Private schützen.<sup>85</sup> Dieser Ansatz verdient auch im Bereich des Rundfunks, der mindestens in gleicher Weise wie sonstige Geschäftsfelder von Digitalisierungsprozessen betroffen ist, besondere Beachtung. Insofern kommt neueren Erwägungen zur Reichweite von Schutzpflichten des Staates auch mit Blick auf Gefährdungen des Prozesses freier medialer Beeinflussung individueller und öffentlicher Meinungsbildung durch Tätigkeiten von Anbietern von Medienplattformen, Benutzeroberflächen, Medienintermediären und Sprachassistenten eine verfassungsdogmatische Bedeutung zu, die sich als Ergänzung und Unterstützung des Ansatzes einer positiven staatlichen Ordnungspflicht für den Rundfunk kennzeichnen lässt.<sup>86</sup>

*V. Effektive Aufsicht, interne organisatorische Sicherungsmaßnahmen, regulierte Selbstregulierung und die interföderale Kooperation von Aufsichtsinstanzen*

31. Um eine effektive Aufsicht in Bezug auf die materiell-rechtlichen Vorgaben eines neuen Medienstaatsvertrages zu gewährleisten, erscheint zunächst eine Regelung über das Bereithalten einer Anwendungs-Programmierschnittstelle (API) durch die betreffenden Regelungsadressaten, namentlich Medienintermediäre, kaum verzichtbar. Denn neben dem Screen Scraping ist der Abruf strukturierter Daten direkt von einem Anbieter insbesondere bei der Aufsicht über Medienintermediäre in besonderer Weise geeignet, die gebotenen Informationen über eine etwaige Verletzung von Rechtspflichten zu erlangen. APIs, deren Gestaltung nicht ausschließlich betreiberseitig bestimmt werden kann, erscheinen vor diesem Hintergrund als notwendige, aber nicht hinreichende Erweiterung eines für eine effektive Aufsicht gebotenen Instrumentenkastens.
32. Zur Effektuierung einer zukünftigen Aufsicht im Anwendungsbereich des neuen Medienstaatsvertrages sollte zudem sichergestellt werden, dass (a) die jeweils zuständige Aufsichtsbehörde im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit nach diesem Absatz Daten unentgeltlich abrufen bzw. auf diese unentgeltlich zugreifen kann; (b) Anbieter Verfahren zum Auslesen von Daten aus seinem Angebot zum Zwecke der Aufsicht weder verbieten noch in sonstiger Weise behindern dürfen und (c) kein Anbieter Daten gegen den Abruf oder den Zugriff durch die zuständige Landesmedienanstalt sperren oder Daten im Hinblick auf die Aufsichtstätigkeit manipulieren darf. Ein Verstoß gegen diese Verbote sollte jeweils eine bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeit darstellen.
33. Ebenso sinnvoll wie es im Interesse des Jugendschutzes war, neben der Geschäftsleitung als Ansprechpartner für die Freiwillige Selbstkontrolle bzw. für die Aufsicht durch die KJM die Einrichtung eines Jugendschutzbeauftragten in § 7 JMStV vorzusehen, der zugleich auch Ansprechpartner für die Nutzer ist und dabei z.B. Erziehungsberechtigte im Hinblick auf bestehende technische Sicherungsmöglichkeiten unterrichten, Beschwerden und Anfragen von Nutzern im Hinblick auf jugendgefährdende Inhalte entgegennehmen und diese an den Anbieter sowie ferner an die Jugendbehörden und die Strafverfolgungsbehörden weiterleiten kann,<sup>87</sup> erscheint es zweckmäßig, auch für Fragen der Sicherung der Diskriminierungsfreiheit des Angebotes organisatorische Vorkehrungen in Form der Bestellung eines Beauftragten für Diskriminierungsfreiheit vorzusehen.<sup>88</sup> Aufgaben, Kompetenzen, Ausstattung und

---

<sup>85</sup> Vgl. z. B. *Rupp*, Die grundrechtliche Schutzpflicht des Staates für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Pressesektor.

<sup>86</sup> Vgl. *Ukrow/Cole*, Zur Transparenz von Mediaagenturen, 2017, S. 78 f.

<sup>87</sup> Vgl. hierzu bereits *Ukrow*, Jugendschutzrecht, 2004, Rn. 591 ff.

<sup>88</sup> Vgl. im Ansatz auch *Dörr/Natt*, Suchmaschinen und Meinungsvielfalt - Ein Beitrag zum Einfluss von Suchmaschinen auf die demokratische Willensbildung, ZUM 2014, 829 (845 f.); *Kreile/Thalhofer*, Suchmaschinen

Unabhängigkeit eines solchen Beauftragten können sich *mutatis mutandis* an den staatsvertraglichen Vorgaben für den Jugendschutzbeauftragten orientieren. Damit wäre ein wesentliches Instrument etabliert, um diejenigen, die nachteilig von einer algorithmisch vorbereiteten Entscheidung betroffen sind, angemessene Mechanismen zur Beschwerde und Überprüfung zu eröffnen.<sup>89</sup>

34. Die bisherige Erfahrung im nationalen Rechtskreis wie in dritten Staaten, insbesondere solchen der EU, zeigt, dass sowohl Koregulierungs- als auch Selbstregulierungsinstrumente, die in Einklang mit den unterschiedlichen Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten angewandt werden, eine wichtige Rolle bei der Gewährleistung eines hohen Jugend- und Verbraucherschutzes spielen können.<sup>90</sup> Auch Maßnahmen zur Erreichung der im öffentlichen Interesse liegenden Ziele des geplanten Medienstaatsvertrages im Bereich neuer Medienakteure dürften sich als wirksamer erweisen, wenn sie mit der aktiven Unterstützung der betroffenen Anbieter selbst ergriffen werden. Die Selbstregulierung sollte die Verpflichtung des Staatsvertragsgebers zur Schaffung einer positiven Ordnung für die neuen digitalen Herausforderungen nicht ersetzen. Dem entspricht es, den Mechanismen im JMStV wie im NetzDG folgend, in einem System regulierter Selbstregulierung, das auch als System der Koregulierung bezeichnet wird, weiterhin staatliche Eingriffsmöglichkeiten für den Fall vorzusehen werden, dass die Ziele der Regulierung über Selbstregulierung allein nicht erreicht zu werden versprochen.<sup>91</sup>
35. Bei der Koregulierung teilen sich, wie auch in der jüngsten Novelle der AVMD-Richtlinie betont wird,<sup>92</sup> die Interessenträger und die Regierung oder die nationalen Regulierungsbehörden oder -stellen die Regulierungsfunktion. Zu den Aufgaben der einschlägigen öffentlichen Behörden zählen die Anerkennung des Koregulierungsprogramms, die Prüfung seiner Verfahren und die Finanzierung des Programms. Bei der Koregulierung sollten weiterhin staatliche Eingriffsmöglichkeiten für den Fall vorgesehen werden, dass ihre Ziele nicht erreicht werden. Art. 4a Abs. 1 Satz 2 der novellierten AVMD-Richtlinie trägt diesem Ansatz Rechnung, indem er vorgibt, dass auf ein System der Selbst- oder Koregulierung ausgerichtete Kodizes „a) derart gestaltet sein (müssen), dass sie von den Hauptbeteiligten in den betreffenden Mitgliedstaaten allgemein anerkannt werden, b) ihre Ziele klar und unmissverständlich darlegen, c) eine regelmäßige, transparente und unabhängige Überwachung und Bewertung ihrer Zielerfüllung vorsehen und d) eine wirksame Durchsetzung einschließlich wirksamer und verhältnismäßiger Sanktionen vorsehen“.<sup>93</sup>
36. Für eine Einbeziehung des Ansatzes regulierter Selbstregulierung in das Gefüge des geplanten Medienstaatsvertrages sprechen neben den grundsätzlich positiven Erfahrungen, die mit diesem Konzept bereits beim in gleicher Weise wie die Vielfaltssicherung als

---

und Pluralitätsanforderungen, ZUM 2014, 629 (637); *Schulz/Dankert*, Die Macht der Informationsintermediäre. Erscheinungsformen, Strukturen und Regulierungsoptionen, 2016, S. 75 f.

<sup>89</sup> Vgl. zur Bedeutung solches Beschwerdemanagements auch *Rohde*, Gütekriterien für algorithmische Prozesse. Eine Stärken- und Schwächenanalyse ausgewählter Forderungskataloge, 2018, S. 8.

<sup>90</sup> Vgl. hierzu bereits den 44. Erwägungsgrund der Richtlinie 2010/13/EU vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste).

<sup>91</sup> Vieles spricht zudem dafür, auch die regulatorischen Ansätze eines Beschwerdemanagements und von diesbezüglichen Berichtspflichten, wie sie sich in § 2 f. NetzDG finden, auch bei der Regulierung der im Medienstaatsvertrag neu adressierten Akteure fruchtbar zu machen.

<sup>92</sup> Vgl. den 14. Erwägungsgrund der Richtlinie (EU) 2018/1808 vom 14. November 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.

<sup>93</sup> Vgl. hierzu auch *Cole*, Jugendmedienschutz unter dem Einfluss des Europarechts. Die Weiterentwicklung durch die AVMD-Richtlinie 2018, *tv diskurs* 2/2019, 64 (66 f.).

verfassungsrechtliches Schutzgut anerkannten Jugendschutz in den Medien gewonnen wurden,<sup>94</sup> ebenso wie die Grenzen, die generell ausschließlich traditionell hoheitlicher Regulierung unter den Bedingungen von Digitalisierung und Globalisierung gesetzt sind:<sup>95</sup>

- (1.) Ein solches traditionelles Regulierungskonzept kann die Interessen der Steuerungsobjekte nur sehr bedingt (namentlich im Rahmen einer externen Anhörung vor Erlass der Rechtsnorm, aber auch durch die Lobbyarbeit während des Rechtsetzungsprozesses) aufnehmen und daher weniger Kooperations- als Widerstandswillen unter Ausschöpfung der Möglichkeiten des Rechts- und Rechtswegestaates befördern.
- (2.) Es zeigt sich ein zunehmendes Wissensdefizit (nicht nur) beim steuernden Staat; selbst Forschungsergebnisse stehen nur begrenzt als Ressource für die Entwicklung einer hinreichend dem Prophylaxe-Gedanken zur Abwehr von Gefährdungslagen für die Vielfalt zur Verfügung; zudem ist solche Beforschung in besonderer Weise auf den Kooperationswillen beforschter Medienakteure angewiesen.
- (3.) In den modernen Informations- und Kommunikationsgesellschaften haben sich Meta-Daten über die Gewinnung, Verarbeitung und personalisierte Aufbereitung von Informationen zum wichtigen, oligopolistisch oder gar monopolistisch beherrschten „knappen Gut“ entwickelt; diese Meta-Daten werden daher voraussichtlich immer stärker auch zu einer entscheidenden „Steuerungsressource“ werden, über die der Staat nicht – auch wenn im konkreten Fall kein Wissensdefizit besteht – wie bei der Ressource „Macht“ privilegiert verfügt, sondern bei der ihm neue Machträger gegenüberstehen.
- (4.) Globalisierung erhöht nicht mehr nur wie zu Beginn der rechtsdogmatischen Einordnungen neuer Regulierungssysteme die Möglichkeiten des so genannten „Forum-Shopping“, um nationalen Regulierungen auszuweichen; inzwischen hat die Globalisierung vielmehr dazu geführt, dass der nationale Rechtsraum sämtlicher Staaten der EU als territorialer Anknüpfungspunkt demokratischer Souveränität im Blick auf das Angebot von Medienplattformen, Benutzeroberflächen, Sprachassistenten und Medienintermediäre durch Akteure beherrscht wird, deren Geschäftspolitik unternehmensrechtlich außerhalb der EU bestimmt wird.
- (5.) Eigeninitiative, Innovation und Verantwortungsbewusstsein kann nicht gesetzlich erzwungen werden.
- (6.) Zudem setzt traditionelle hoheitlich-imperative Steuerung typischerweise punktuell, nicht prozessorientiert an, wie es zur Steuerung bei komplexen regulatorischen Aufgaben wie nicht zuletzt auch der Kontrolle des Einflusses algorithmengestützter Systeme auf die individuelle und öffentliche Meinungs- und Willensbildung sachangemessen wäre.

Für eine Einbindung des Ansatzes regulierter Selbstregulierung sprechen zudem Erfordernisse, die sich aus der Umsetzung von Art. 4a Abs. 1 i.V.m. Art. 28b der novellierten AVMD-Richtlinie ergeben. Wenn in Bezug auf Video-Sharing-Plattformen ein solches Umsetzungserfordernis besteht, liegt es nahe, den regulatorischen Ansatz auch in Bezug auf weitere neue Medienakteure und –aktionen zu prüfen und – auch im Interesse einer Entlastung hoheitlicher Aufsicht - fruchtbar zu machen.

37. Schon bislang sind die Landesmedienanstalten durch § 39a RStV zur Kooperation mit den zuständigen Bundes- und Landesbehörden an den Nahtstellen von Medien-, Kartell- und

---

<sup>94</sup> Die Feststellung des Überschreitens des Beurteilungsspielraumes einer anerkannten Einrichtung der freiwilligen Selbstkontrolle durch die KJM stellt sich insoweit nicht als Argument gegen das System der Ko-Regulierung als solches, sondern als „ultima ratio“ seiner Bewährung unter jugendschützerischem Blickwinkel dar.

<sup>95</sup> Vgl. zum Folgenden im Ansatz bereits *Schulz/Held*, Regulierte Selbstregulierung als Form modernen Regierens, 2002, S. A-8; *Ukrow*, Die Selbstkontrolle im Medienbereich in Europa, 2000, S. 10 ff.

Telekommunikationsrecht verpflichtet – eine Verpflichtung, die durch die Parallelregelungen in § 123 TKG und § 50c Abs. 1 Satz 2 GWB für TK- und Wettbewerbsbehörden gespiegelt wird. Diese Vorgaben zur behördlichen Zusammenarbeit trugen dem Diffundieren der Grenzen von Inhalte- und Infrastrukturregulierung im Zeitalter der Konvergenz Rechnung – ein Prozess, der eine engere Abstimmung zwischen spezifischer Medien-, Netz- und allgemeiner Wettbewerbsaufsicht zumindest nahelegte, wenn nicht aus verfassungsgerichtlichen Gründen der Bundestreue wie der organisations- und verfahrensrechtlichen Effektivierung von Grundrechtsschutz gebot. Im Zuge des fortschreitenden digitalen Wandels und der zunehmenden Bedeutung von Datenbündelung, -vernetzung und -verwertung als Chancen für neue kommunikationsbasierte Geschäftsmodelle wie Herausforderungen für einen offenen demokratischen Diskurs liegt es in der Logik einer organisationsrechtlichen Effektivierung der verfassungsrechtlich gebotenen positiven Kommunikationsordnung, den Regulierungs- und Aufsichtsverbund, in den die Landesmedienanstalten nach § 39a RStV bereits integriert sind, auf die für Datenschutz und Datensicherheit zuständigen Behörden des Bundes und der Länder auszuweiten und auch für diesen föderalen Verbund wechselseitige Kooperations- und Abstimmungspflichten vorzusehen. Ziel sollte es auch insoweit insbesondere sein, den erforderlichen Informationsaustausch zu ermöglichen, Doppelarbeit und widersprüchliche, nicht abgestimmte Entscheidungen zu vermeiden und die betroffenen Unternehmen von der mehrfachen Vorlage von Unterlagen zu entlasten.<sup>96</sup> Ein solches Segment eines perspektivisch vorstellbaren umfassenden, auf die Wahrung der Werteordnung des Grundgesetzes im digitalen Zeitalter ausgerichteten „Kompetenzverbundes“<sup>97</sup> ist bereits im Ansatz in § 9 Abs. 3 der am 14. Dezember 2016 in Kraft getretenen „Satzung über die Zugangsfreiheit zu digitalen Diensten und zur Plattformregulierung gemäß § 53 Rundfunkstaatsvertrag“<sup>98</sup> aufgegriffen, wonach die zuständige Landesmedienanstalt bei der Überprüfung der Einhaltung der allgemeinen Gesetze durch Plattformen auch Aspekte des Datenschutzes einbezieht und insoweit maßgeblich die Einschätzung der nach dem jeweiligen Landesrecht für Datenschutz zuständigen Stelle berücksichtigt.

38. Bei der Frage, welche Organe der Landesmedienanstalten in die Aufsichtstätigkeit eingebunden werden, liegt es mit Blick auf die Vielfaltsrelevanz der Fragestellungen nahe, die GVK in Form von erweiterten Informationsrechte und/oder Regelungen zur Benehmens- oder gar Einvernehmensherstellung neben der ZAK einzubinden. Erwägenswert ist zudem, im Sinne einer arbeitsökonomisch bewältigbaren Zuständigkeitsverteilung im Blick auf den Rechtsverkehr mit den Regelungsadressaten jenseits der Befassung zentraler Organe länder einheitliche Zuständigkeiten zu regeln, wie sie sich bereits in vergleichbarer und vorbildhafter Weise in § 9a Abs. 1 und 2 GlüStV finden.

---

<sup>96</sup> Vgl. zum Ganzen mit Blick auf § 39a RStV *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner/Cole/Wagner*, Heidelberger Kommentar Rundfunkstaatsvertrag, Jugendmedienschutz-Staatsvertrag, Stand: 2019, RStV § 39a Rn. 3; *Krone*, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), *Recht der elektronischen Medien*, 3. Aufl. 2015, RStV § 39a Rn. 3; *Schüler-Harms*, in: Binder/Vesting (Hrsg.), *Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht*, 4. Aufl. 2018, § 39a RStV Rn. 1 ff., 6.

<sup>97</sup> *Dreyer/Oermann/Schulz*, *Kooperative Medienregulierung? Möglichkeiten und Grenzen der Koordination und Kooperation von Bund und Ländern bei konvergenten Regulierungsmaterien*, 2016, S. 11.

<sup>98</sup> Abrufbar unter [https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user\\_upload/Rechtsgrundlagen/Satzungen\\_Geschaefts\\_Verfahrensordnungen/Zugangs-und\\_Plattformsetzung.pdf](https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/Rechtsgrundlagen/Satzungen_Geschaefts_Verfahrensordnungen/Zugangs-und_Plattformsetzung.pdf)

## VI. Die Dynamik der digitalen Herausforderungen und die Regulierung der Digitalisierung in der Zeit

39. Die Bedeutung untergesetzlicher Regelungen ist auch in dem technikgestützten und dynamischen Bereich der Medienplattformen, Benutzeroberflächen, Medienintermediäre und Sprachassistenten, der durch den Medienstaatsvertrag neu geregelt werden soll oder sollte, erheblich, da der Staatsvertragsgeber, wie das bisherige Gesetzgebungsverfahren bestätigt, oftmals weder schnell noch detailliert genug reagieren kann.<sup>99</sup> Satzungen und Richtlinien der Landesmedienanstalten ermöglichen vor diesem Hintergrund ein flexibles Eingehen auf Änderungen in der technischen Gestaltung der durch die Regelungen adressierten Angebote wie auf Wandlungen im Mediennutzungsverhalten.<sup>100</sup> In dem untergesetzlichen Recht können nicht zuletzt Vorgaben zur Sicherung chancengleicher, angemessener und nicht diskriminierender Bedingungen für neue Formen der Aufmerksamkeitssteuerung und Informationslenkung gemacht werden.<sup>101</sup>
40. Da der Staatsvertragsgeber sowohl beim Einsatz des hier vorgeschlagenen Regulierungstypus der regulierten Selbstregulierung die Auffangverantwortung behält als auch ohnedies nicht aus der verfassungsrechtlichen Pflicht zur Vielfaltsprophylaxe entbunden werden kann, erscheint eine Evaluation des Funktionierens dieses Abschnittes unter besonderer Berücksichtigung auch der auf dieser Grundlage und in diesem Rahmen entwickelten Segmente der Selbstregulierung sinnvoll. Um diese zu gewährleisten, kann dem Regulierer eine Berichtspflicht auferlegt werden. Bei seinem Bericht sollte der Regulierer nicht zuletzt auch Erfahrungen der weiteren Beteiligten mit der regulierten Selbstregulierung einbeziehen. Es empfiehlt sich zudem eine wissenschaftliche Analyse der Erfahrungen mit dem Vollzug des Medienstaatsvertrages im Allgemeinen und Praktikabilität und Effektivität der vorgeschlagenen organisations- und verfahrensrechtlichen Regelungen im Besonderen.<sup>102</sup>

## VII. Ein Ausblick

41. Bei der Herstellung von Transparenz und der Sicherung von Diskriminierung auf der Grundlage des Instrumentariums, dessen Einführung nachfolgend vorgeschlagen wird, braucht rechtlich nicht nach dem Motto agiert zu werden, dass alles gleichzeitig in den Blick genommen und gesichert werden muss: Gerade auch bei neuen Herausforderungen begegnet ein schrittweises Vorgehen zuständiger Aufsicht keine grundsätzlichen Bedenken. Auch Aufsicht im digitalen Raum kennt Grenzen des Machbaren in der Zeit. Es empfiehlt sich deshalb, Phänomene, die in besonderer Weise für die demokratische Verfasstheit unseres Gemeinwesens bedeutsam sind, rascher in den Aufsichts- und Regulierungsblick zu nehmen als solche Fragestellungen, die für die Freiheit und Offenheit des demokratischen Prozesses

---

<sup>99</sup> Vgl. für die bisherige Plattformregulierung *Jahn*, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), *Recht der elektronischen Medien*, 3. Aufl. 2015, RStV § 53 Rn. 1; *Schulz*, in: Binder/Vesting (Hrsg.), *Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht*, 4. Aufl. 2018, § 53 RStV Rn. 1; *Vesting/Kremer*, *Rechtsschutz gegen gemeinsame Satzungen der Landesmedienanstalten*, AfP 2010, 9 (9).

<sup>100</sup> Vgl. zu dieser Funktion auch *Cole*, in: Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner/Cole/Wagner, *Heidelberger Kommentar Rundfunkstaatsvertrag, Jugendmedienschutz-Staatsvertrag*, Stand: 2019, RStV § 53 Rn. 5.

<sup>101</sup> Vgl. bereits die Begründung zu § 53 RStV im 8. Rundfunkänderungsstaatsvertrag sowie *Cole*, in: Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner/Cole/Wagner, *Heidelberger Kommentar Rundfunkstaatsvertrag, Jugendmedienschutz-Staatsvertrag*, Stand: 2019, RStV § 53 Rn. 12 f.

<sup>102</sup> Vgl. bereits *Schulz/Held*, *Regulierte Selbstregulierung als Form modernen Regierens*, 2002, S. D-10.

weniger wirkmächtig erscheinen. Denn „Nicht etwa die Digitalisierung der Demokratie, sondern die Demokratisierung des Digitalen – das ist die drängendste Aufgabe!“<sup>103</sup>

---

<sup>103</sup> *Steinmeier*, Eröffnung der re:publica, abrufbar unter <https://www.bundespraesident.de/SharedDocs/Reden/DE/Frank-Walter-Steinmeier/Reden/2019/05/190506-Eroeffnung-Republica.html>