



Stellungnahme zum Diskussionsentwurf zu den Bereichen Rundfunkbegriff, Plattformregulierung und Intermediäre - “Medienstaatsvertrag”

Zusammenfassung	3
Detaillierte Stellungnahme	7
I. Vorbemerkung	7
II. Digitale Medienlandschaft erfordert neue Regulierungsansätze	7
1. Bestandsaufnahme	7
2. Schlussfolgerung	10
III. Zu den vorgeschlagenen Regelungen im Einzelnen	12
1. Anwendungsbereich (§ 1 Abs. 7)	12
2. Begriffsbestimmungen (§ 2)	13
a) Rundfunk (§ 2 Abs. 1)	13
b) Medienplattform (§ 2 Abs. 2 Nr. 13)	14
c) Benutzeroberfläche (§ 2 Abs. 2 Nr. 13a)	16
d) Medienintermediär (§ 2 Abs. 2 Nr. 13b)	16
3. Plattformregulierung	17
a) Grundsätzlich	17
b) Verpflichtungen im Einzelnen	18
(i) Belegungsregime nach § 52b	18
(ii) Nichtdiskriminierender Zugang nach § 52c Abs. 2	18
(iii) Anzeigepflicht nach § 52 Abs. 3	18
(iv) Auffindbarkeit in Benutzeroberflächen nach § 52e	19
(a) Abs. 2 Diskriminierungsverbot	19
(b) Abs.3: Privilegierte Auffindbarkeit	19
(v) Transparenzpflicht nach § 52f	21
4. Regulierung von Medienintermediären	21
a) Grundsätzlich	21
b) Erforderlichkeit und Angemessenheit der geplanten regulatorischen Verpflichtungen	23
(i) Funktion und Geschäftsmodell der Google-Suche	23
Grundprinzip: Relevanz für den Nutzer	23

Indexierung	24
Auswahl und Darstellung der Suchergebnisse - Ranking	24
(ii) Qualitätssicherung: Ausschluss systemfremder Ungleichbehandlungen	25
Qualitätsmaßstab: Relevanz des Suchergebnisses für den Nutzer	25
Fortlaufende Weiterentwicklung der Suche bei beständiger Qualitätssicherung	26
Qualitätssicherungsprozess der Google-Suche	26
(iii) Unterstützung von Webseitenanbietern, damit Nutzer sie online finden	27
(iv) Qualitätsbilanz vs. Regulierungsanlass	28
c) Anwendungsbereich (§ 53c)	28
d) Transparenz (§ 53d)	29
(i) Unbestimmtheit	30
(ii) Weitgehende Transparenzverpflichtungen sind schädlich und verfehlen das Regelungsziel	30
(iii) Die Offenlegung der Gewichtung von Kriterien begegnet praktischen Schwierigkeiten	31
(iv) Verfassungsrechtliche Erwägungen: §53d kollidiert mit Artikeln 12 und 14 Grundgesetz	33
e) Diskriminierungsfreiheit (§ 53e)	36
(i) Erforderlichkeit eines Diskriminierungsverbots	36
(ii) Diskriminierungsverbot greift unverhältnismäßig in die Funktionalität der Suchmaschine und vergleichbarer Dienste ein	37
Suchdienste müssen Inhalte ungleich behandeln	37
Die Internetsuche ist keine Mediensuche	38
Es gibt keinen operationalisierbaren Maßstab für Diskriminierung	39
Die Nutzerperspektive wird verlassen	40
Zur Sicherung von Meinungsvielfalt braucht es kein Diskriminierungsverbot	41
(iii) Beschwerderecht (§ 53e Abs. 3)	42
(iv) Satzungsbefugnis der Landesmedienanstalten (§ 53g)	42

Zusammenfassung

Grundsätzlich

1. Google begrüßt, dass die Länder das Medienrecht vor dem Hintergrund der grundlegenden Veränderungen im Zuge der Digitalisierung modernisieren wollen. Wir teilen das Ziel der Sicherung einer vielfältigen Medienlandschaft sowie eines ungehinderten Zugangs zu den Medieninhalten. Gleichwohl sehen wir die bloße Ausweitung der bestehenden, teils obsoleten Regelungen auf komplexe neuartige Dienste kritisch. Sie würde zu noch größerer Unübersichtlichkeit der rechtlichen Regelungen als zuvor führen, vor allem mit Blick auf die Regulierung von Plattformen und Intermediären.
2. Digitalisierung und Konvergenz der Medien verändern die Medienangebote, den Zugang zu ihnen und die Art ihrer Nutzung maßgeblich. Es gibt keine Kapazitätsknappheit für die Verbreitung audiovisueller Mediendienste mehr, sondern ein Nebeneinander einer Fülle von Zugangswegen zu diesen Diensten. Dazu gehören auch zahlreiche neue Mittlerdienste wie z. B. Applikationen und Assistenten. Die Digitalisierung hat in erheblichem Maße dazu beigetragen, dass die Medienvielfalt in einem bisher kaum vorstellbaren Umfang zugenommen hat. Durch weiter sinkende Produktions- und Verbreitungskosten werden Anbieter- und Angebotsvielfalt auch in Zukunft befördert werden.
3. Diese Veränderungen führen zu einem intensiven ökonomischen und publizistischen Wettbewerb sowie zu einer Erhöhung der Meinungsvielfalt, einem Kernziel der Medienregulierung. Eine Erweiterung der medienrechtlichen Regulierung sollte daher lediglich in den Fällen in Betracht gezogen werden, in denen weiterhin Vielfaltsrisiken im Sinne der bisherigen Regulierung gegeben sind. Insoweit Vielfaltsrisiken durch Digitalisierung ausgeglichen werden, ist dagegen eher eine Deregulierung wünschenswert.

Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen

4. Die geplante Anwendung des vorgelegten Diskussionsentwurfs auch auf Medienplattformen, Medienintermediäre und Benutzeroberflächen, die in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union niedergelassen sind, begäbe sich in Widerspruch zu europäischem Recht. Sie wäre nicht vereinbar mit dem Herkunftslandprinzip der Audiovisuellen Mediendienste-Richtlinie.
5. Die Begriffsbestimmungen des Diskussionsentwurfs bleiben in wichtigen Teilen unklar, zudem gibt es eine uneinheitliche Nomenklatur, etwa bei mit Applikationen verbundenen Diensten. Eine unmissverständliche Abgrenzung von Plattformen, Benutzeroberflächen und Intermediären ist auf dieser Grundlage nicht möglich, was zu erheblichen Rechtsunsicherheiten auf Seiten der Adressaten führen würde. Hinzu kommt, dass eine Reihe von zentralen und einer Interpretation bedürftigen Begriffen

wie „Gesamtangebot“ oder „infrastrukturgebunden“ nicht legal definiert werden.

6. Auch die Ausfüllung des Begriffs „journalistisch-redaktionell“ ist seit jeher problematisch. Immer wieder kommt es in der Praxis und der Rechtsprechung zu Abgrenzungsschwierigkeiten, da es an einer gesetzlichen Definition mangelt. Das Fehlen einer solchen Definition im Entwurf erweist sich insbesondere für Intermediäre als folgenreich. Für sie entscheidet dieser Begriff schließlich darüber, ob sie überhaupt als Medienintermediäre nach § 2 Nr. 13b einzustufen sind und darüber, auf welche Inhalte sich ihre Pflichten nach § 53e beziehen. Angesichts seiner zentralen Bedeutung sollte der Begriff im Staatsvertrag definiert werden.

Medienplattformen

7. Der Diskussionsentwurf sieht eine erhebliche Ausweitung der rundfunkrechtlichen Regulierung von Plattformen vor. Google sieht hingegen gerade in diesem Bereich eher Potential für eine Deregulierung. So sind beispielsweise die Must Carry-Pflichten für Betreiber von infrastrukturgebundenen Plattformen kaum mehr zu rechtfertigen, da die Knappheitssituation, die ein derartiges Belegungsregime ursprünglich rechtfertigte, nicht mehr gegeben ist.
8. Für ein Diskriminierungsverbot für offene, nicht infrastrukturgebundene Plattformen, das es Anbietern untersagt, Rundfunk und rundfunkähnliche Telemedien hinsichtlich des Zugangs ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich zu behandeln, ist aus Sicht von Google erst recht keine ausreichende Rechtfertigung ersichtlich. Auch das darüber hinaus gehende Diskriminierungsverbot zur Gewährleistung von Auffindbarkeit auf Benutzeroberflächen ist nicht erforderlich.
9. Benutzeroberflächen werden ausweislich der Begriffsbestimmungen des Entwurfs grundsätzlich mit Bezug zu Medienplattformen definiert; sie dienen dazu, ihren Nutzern eine Übersicht über die Inhalte einzelner oder mehrerer Plattformen zu ermöglichen. Es ist demzufolge Sinn und Zweck von Benutzeroberflächen, den Nutzern einen möglichst einfachen Zugang zu allen über sie erreichbaren Angeboten zu ermöglichen. Einzelne Angebote nicht oder nur schwer auffindbar zu machen, würde die Nutzererfahrung verschlechtern und die Erfolgsaussichten einer Benutzeroberfläche im Wettbewerb schmälern. Dieses kann nicht im Interesse von Benutzeroberflächen liegen, entsprechende gesetzliche Regelungen sind überflüssig.
10. Google hält das Konzept der privilegierten Auffindbarkeit von bestimmten Inhalten auf jedweden Benutzeroberflächen für nicht zeitgemäß und in einer offenen pluralen Gesellschaft für nicht angemessen. Ohne Frage hat der öffentlich-rechtliche Rundfunk eine wichtige Bedeutung für die Meinungsbildung; allerdings ist eine nie dagewesene Vielfalt von Angeboten und Anbietern zu beobachten, die ebenfalls relevant für öffentliche und individuelle Meinungsbildungsprozesse sind. Die Nutzer selbst können und sollten souveräne Entscheidungen darüber treffen, welche Inhalte sie zu welchem Zeitpunkt in welchem Format und über welches Gerät ansehen. Eine gesetzliche Regulierung der Präsentation von Inhalten auf Benutzeroberflächen griffe daher nicht nur in unternehmerische Rechte ein, er wäre auch aus Perspektive der Nutzer nicht begrüßenswert.

11. Hinzu kommt, dass Inhalte heute aufgrund technischer Innovationen leichter und schneller auffindbar sind als jemals zuvor. Vorschriften zur Auffindbarkeit einzelner Inhalte sind schon daher nicht nötig. Sie wären sogar schädlich, denn sie würden in der Praxis immer auch die Benachteiligung anderer Inhalte bedeuten.

Medienintermediäre

12. Die zur Diskussion gestellten Vorgaben für Medienintermediäre sind zur Sicherung der Meinungsvielfalt und zur Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit im Internet nicht erforderlich. Sie würden sich im Gegenteil kontraproduktiv auf das Erreichen dieser Regulierungsziele auswirken. Zudem greifen sie auf unangemessene Weise in die Funktionalität einzelner Dienste und mit deren wirtschaftlichem Betrieb verbundene Grundfreiheiten ein.
13. Für Google ist Transparenz gegenüber den Nutzern seiner Dienste, aber auch gegenüber den Betreibern von Webseiten, essentiell. Transparenz in angemessenem Umfang über die maßgeblichen Funktionen beispielsweise der Suche ist Basis für die Glaubwürdigkeit der Angebote und die Sicherung qualitativ hochwertiger Suchergebnisse. Deswegen sind medienrechtliche Transparenzvorgaben zur Sicherung der Meinungsfreiheit dem Grunde nach nicht notwendig.
14. Die dem Diskussionsentwurf innewohnende Unklarheit darüber, wer letztlich die zentralen Kriterien der Aggregation, Selektion und Präsentation definieren darf, ist problematisch. Bereits das Bestimmtheitsgebot erlaubt nicht, den Aufsichtsbehörden eine solche wesentliche Entscheidung per Satzungs- oder Richtlinienkompetenz zu überlassen. Letztlich sind nur die betroffenen Intermediäre selbst in der Lage, die zentralen Kriterien ihrer Algorithmen zu benennen. Ihnen sollte daher ein weitgehender Ermessensspielraum in dieser Hinsicht eingeräumt werden.
15. Besonders problematisch wäre die Vorgabe, nach der jedwede Algorithmusänderung kenntlich gemacht werden soll. Bei der Google-Suche müssten möglicherweise mehrere tausend Änderungen pro Jahr angezeigt werden. Dies würde die Nutzer mit für sie nicht relevanten Informationen belasten, anstatt Transparenz zu schaffen. Ein großer Teil der Änderungen dient nämlich der Bekämpfung von sog. Web-Spam und zielt nicht auf die Grundfunktionen. Eine Veröffentlichung darauf bezogener Informationen würde Manipulationsversuche erleichtern und damit den Nutzern schaden.
16. Einer Offenlegungspflicht der Gewichtung der zentralen Kriterien könnte in der Praxis ebenfalls nicht entsprochen werden. Ein Grund hierfür ist, dass es keine einheitliche Gewichtung gibt, sondern sich das Verhältnis der verschiedenen Signale des Suchalgorithmus in Abhängigkeit von der jeweiligen Suchanfrage unterschiedlich gestaltet. Die zugrunde liegenden Mechanismen differenziert zu erläutern, würde Geschäftsgeheimnisse verletzen und externen Manipulationsversuchen Tür und Tor öffnen.
17. Das zur Diskussion gestellte Diskriminierungsverbot passt nicht auf Intermediäre. Intermediäre müssen Inhalte im Interesse ihrer Nutzer ungleich behandeln, um ihrer Funktion gerecht zu werden. Sie tun das nicht, um Inhalte zu diskriminieren, sondern

um dem Nutzer die jeweils relevantesten Inhalte auf seine Anfrage zu präsentieren. Es geht um Differenzierung und nicht um Diskriminierung im Sinne einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung. Gleichwohl werden Medienanbieter immer Argumente vortragen, warum gerade ihre Inhalte vor denen ihrer Wettbewerber angezeigt werden sollten.

18. Ein Diskriminierungsverbot wäre nachteilig für die freie und ungehinderte Meinungsbildung, da es zu externen Einflussnahmen auf die Suchfunktionen führen würde. Ein Verbot, das Diskriminierung verhindern soll, würde selbst diskriminierende Effekte erzeugen, die in Konflikt mit der Sortierung von Suchergebnissen allein nach Relevanz für die Nutzer geraten. Das vorgesehene Beschwerderecht für Anbieter journalistisch-redaktioneller Inhalte konterkariert mithin das Grundprinzip der Suche und würde hochkomplexe, funktionierende Dienste entwerten.
19. Ein solches Beschwerderecht würde zudem gemessen an der Gesamtheit der im Internet verfügbaren Inhalte eine kleine Gruppe von Medienanbietern bevorzugen. Die damit offensichtlich verbundene Annahme, jede Suchanfrage ziele automatisch auch auf journalistisch-redaktionelle Inhalte, ist schon im Grundsatz falsch. Bei den meisten Anfragen geht es gerade nicht um journalistisch-redaktionelle Inhalte. Durch ein Diskriminierungsverbot würde das Medienrecht aber faktisch in Bereiche hinein regulieren, die nicht reguliert werden sollten und für die die Länder im Übrigen nicht einmal zuständig sind.
20. Zudem wären die vorgesehenen Regelungen keiner Überprüfung zugänglich, da es keine operationalisierbaren Maßstäbe für Diskriminierung gibt. Es droht die Schwächung funktionierender Systeme, welche per se auf Integrität der Ergebnispräsentation aufbauen und eine nie dagewesene Vielfalt von Medieninhalten überhaupt erst auffindbar machen. Den Schaden hätten die Nutzer, die im Zweifelsfall nicht mehr die Ergebnisse angezeigt bekämen, die ihrer Suche am besten entsprechen. Auch die Inhalteanbieter brauchen eine solche Regelung nicht: Für ihren Schutz gibt es schon heute auf nationaler wie auf europäischer Ebene das Recht des unlauteren Wettbewerbs sowie das Kartellrecht.

Detallierte Stellungnahme

I. Vorbemerkung

Wir bedanken uns für die Gelegenheit der Stellungnahme zum Diskussionsentwurf der Rundfunkkommission der Länder, die wir im Folgenden gerne wahrnehmen.

Wir begrüßen ein modernes Medienrecht, das mit der Konvergenzentwicklung Schritt hält. Insbesondere teilen wir das regulatorische Ziel, sowohl die Vielfalt von Anbietern und Inhalten als auch den breiten und ungehinderten Zugang zu diesen Inhalten sicherzustellen. Vor diesem Hintergrund sehen wir die bloße Ausweitung der alten Regelungen auf komplexe neuartige Dienste allerdings kritisch. Sie würde zu einer noch größeren Unübersichtlichkeit der rechtlichen Regelungen als zuvor führen, gerade im Bereich der Plattformregulierung. Zudem orientiert sich der Diskussionsentwurf an den Rahmenbedingungen klassischer Rundfunkverbreitung, ohne den durch die Digitalisierung getriebenen Entwicklungen hinreichend Rechnung zu tragen.

Daher erlauben wir uns, unseren Anmerkungen zu den einzelnen Regelungsbereichen des Medienstaatsvertragsentwurfs einen Abschnitt über den Status quo der Medienlandschaft in Deutschland voranzustellen. Der Schwerpunkt der anschließenden Ausführungen liegt auf den Regulierungsvorschlägen für Medienintermediäre. Wo es zweckmäßig erscheint, erläutern wir exemplarisch die Funktionsweise zentraler Dienste.

II. Digitale Medienlandschaft erfordert neue Regulierungsansätze

1. Bestandsaufnahme

Die aktuelle Medienlandschaft ist gekennzeichnet durch eine große und weiter wachsende Vielfalt von professionell und nicht-professionell erstellten Angeboten. Auch die Zahl journalistisch-redaktioneller Inhalt, die offline und online oder ausschließlich online verfügbar sind, nimmt zu. Insbesondere im Video- und Audio-Bereich haben das Ende der Knappheit an Übertragungswegen sowie niedrigere Produktions- und Vertriebskosten zu absinkenden Barrieren für den Markteintritt und in der Folge zu einer deutlichen Erweiterung des Angebots geführt. Die digitale Infrastruktur des Internets sowie die Vielfalt an intelligenten Geräten, die

audiovisuelle Inhalte empfangen können, machen es für alle - Laien wie Profis - einfacher denn je, mit ihren Beiträgen ein (großes) Publikum zu erreichen. Angebotsformen und Nutzungsverhalten wandeln sich, doch in beiden Bereichen bestehen etablierte Muster neben den neuen fort.

Deutschland ist der größte Fernsehmarkt in Europa (und der viertgrößte weltweit).¹ Im Jahr 2016 gab es 295 private und 22 öffentlich-rechtliche Fernsehprogramme. Bei den Privaten stieg die Zahl seit 2006 um 65 Programme.² Insbesondere Pay-TV-Angebote haben deutlich zugelegt, was mit einem Wachstum an Spartenprogrammen einhergeht und die inhaltliche Vielfalt weiter steigert.³ 2017 gab es des Weiteren 677 Web-TV-Angebote sowie 12.048 reine YouTube-Kanäle.⁴ Die Video-Inhalte von klassischen Medienanbietern stellten dabei 52% der Web-TV-Angebote (ohne reine YouTube Channels): Die Submarken von TV-Anbietern machten rund 22% aus, die von Radiosendern 4% und die von Verlagen 26%. Alle Web-TV-Anbieter stellen Inhalte auf Abruf bereit.⁵ Entsprechend ist Video-on-Demand im Mainstream angekommen, zumal sich neben den großen, bekannten Anbietern (Amazon PrimeVideo, Netflix, iTunes, Maxdome, Sky Ticket, Google Play Movies etc.) auch etliche spezialisierte Dienste etabliert haben.⁶ 42% der Deutschen nutzen mindestens einmal im Monat VoD-Angebote.⁷

Auch die Audio-Angebote haben sich vervielfacht: Im Jahr 2016 wurden 269 private Hörfunkprogramme (plus 35 gegenüber 2006) und 56 öffentlich-rechtliche Angebote gezählt.⁸

¹ Ofcom: The International Communications Market 2017, S. 86.

<https://www.vau.net/system/files/documents/vaunet-pay-tv-in-d-2018.pdf> (abgerufen am 09.09.2018)

² Wirtschaftliche Lage des Rundfunks in Deutschland 2016/2017. Studie im Auftrag der Landesmedienanstalten, S. 12.

http://wila-rundfunk.de/wp-content/uploads/2017/12/WiLa-2016_2017-Bundesweite-Ergebnisse.pdf (abgerufen am 09.09.2018)

³ VAUNET: Pay-TV in Deutschland 2018

<https://www.vau.net/system/files/documents/vaunet-pay-tv-in-d-2018.pdf> (abgerufen am 09.09.2018)

⁴ BLM & LFK (Hrsg.): Web-TV-Monitor 2017. Ergebnispräsentation, S. 6. https://www.blm.de/files/pdf1/blm_lfk_goldmedia-web-tv-monitor-20171.pdf (abgerufen am 10.09.2018) Erfasst wurden YouTube-Kanäle mit mind. 500 Abonnenten.

⁵ Ebd., S. 9-10

⁶ Max Reichert: Der Konkurrenzkampf spitzt sich zu: VoD-Plattformen zwischen Preiserhöhung, Überlebenskampf und Spezialisierung.

<http://www.goldmedia.com/blog/2017/12/trendmonitor-2018-vod-plattformen-zwischen-preiserhoehung-ueberlebenskampf-und-spezialisierung/> (abgerufen am 10.09.2018)

⁷ Die Medienanstalten: Digitalisierungsbericht 2018 Video - Präsentation der Forschungsergebnisse am 04.09.2018, S. 26.

https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/die_medienanstalten/Publikationen/Digitalisierungsbericht_Video/Forschungsergebnisse_Digitalisierungsbericht_Video_2018_Kantar_TNS.pdf (abgerufen am 07.09.2018)

⁸ Wirtschaftliche Lage des Rundfunks in Deutschland 2016/2017. Studie im Auftrag der Landesmedienanstalten, S. 12

http://wila-rundfunk.de/wp-content/uploads/2017/12/WiLa-2016_2017-Bundesweite-Ergebnisse.pdf (abgerufen am 09.09.2018)

2017 gab es dazu 2.399 Webradios (inkl. Simulcast-Programme) und 9.476 User Generated Radio-Streams bzw. redaktionell kuratierte Playlists der Streaming-Plattformen.⁹

Vielfältige Presselandschaft: 327 Tageszeitungen verbreiten aktuell 14,7 Millionen Ausgaben, die im Jahr 2017 58% der deutschen Bevölkerung erreichten (ohne die 27 Wochen-/Sonntagszeitungen). Damit ist der deutsche Pressemarkt der größte in Europa und der fünftgrößte der Welt. Auch im Internet steigt die Verbreitung von Zeitungen: Im Jahr 2017 wurden 698 Online-Zeitungsangebote gezählt, zwei Drittel aller Zeitungen boten E-Paper an, von denen 1,2 Millionen Exemplare verkauft wurden, und rund 600 Zeitungs-Apps waren für mobile Endgeräte verfügbar. Im Internet rufen 38,7 Millionen Unique User mindestens einmal im Monat Angebote der Zeitungen ab, das sind knapp 56 Prozent der Bevölkerung über 14 Jahren.¹⁰

1607 verschiedene Publikumszeitschriften waren 2017 erhältlich (plus 36% gegenüber 2001). Mit einer verkauften Auflage von 91,7 Millionen Exemplaren erreichten sie 94% der deutschen Bevölkerung. Im Internet sind Publikumszeitschriften mit einer Reichweite von 76% bzw. 43,1 Millionen Menschen pro Monat die beliebtesten unter den klassischen Mediengattungen.¹¹

Mit dieser Angebotsfülle sind die Zugangswege zu Informationen zahlreicher geworden. Konvergente Endgeräte, die parallelen Zugang zu verschiedenen Inhalten ohne signifikante Wechselkosten ermöglichen, sind inzwischen für jedermann verfügbar und werden entsprechend genutzt. 55% der Erwachsenen gehen über einen PC oder Laptop zu Online-Nachrichten, 47% benutzen dazu ein Smartphone, 19% ein Tablet, 12% ein Smart-TV und 2% einen Smart Speaker. In den jüngeren Altersgruppen bis 44 Jahre nutzt eine Mehrheit der Nutzer das Smartphone für den Zugang zu Nachrichten.¹²

Auch wenn das Smartphone inzwischen für 37% der Deutschen zum "wichtigsten" Bildschirmgerät geworden ist und den "Fernseher" auf den zweiten Platz (31%) verwiesen hat¹³, bleiben die etablierten Zugangswege zu Nachrichten unverändert bestehen: 85% der Gesamtbevölkerung nutzen mindestens einmal pro Woche lineares Fernsehen, Radio oder eine gedruckte Zeitung dafür. 65% der Deutschen gehen mindestens einmal pro Woche ins Internet, um Nachrichten zu nutzen, und insgesamt 47% nutzen im Internet die Angebote von klassischen Medien. Auch in dieser letzten Gruppe sind übrigens jüngere Nutzergruppen überrepräsentiert.

⁹ BLM, BVDW & VPRT: Webradiomonitor 2017, S. 5

https://www.blm.de/files/pdf1/171024_webradiomonitor-2017_vollversion_update_2.pdf (abgerufen am 09.09.2018)

¹⁰ BDZV (Hrsg.). (o.J.). Die deutschen Zeitungen in Zahlen und Daten 2018.

http://www.bdzv.de/fileadmin/bdzv_hauptseite/aktuell/publikationen/2017/ZDF_2017_web.pdf (abgerufen am 20.09.2018)

¹¹ <https://www.vdz.de/branche/branchendaten/> (abgerufen am 20.09.2018)

¹² Hölig, S. & Hasebrink, U. (2018). Reuters Institute Digital News Report 2018. Ergebnisse für Deutschland. Hamburg: Verlag Hans-Bredow-Institut, S. 31f.

https://www.hans-bredow-institut.de/uploads/media/Publikationen/cms/media/t611qnd_44RDNR18_Deutschland.pdf Basis der sind Internetnutzer ab 18 Jahren. Die hier zitierten Zahlen beziehen sich jeweils auf Nutzung "in der vergangenen Woche".

¹³ Die Medienanstalten (2018). Digitalisierungsbericht 2018 Video, S. 43.

<https://www.die-medienanstalten.de/publikationen/digitalisierungsbericht-video/news/digitalisierungsbericht-video-2018/> (abgerufen am 07.09.2018) Die Ergebnisse beziehen sich auf die Gesamtbevölkerung ab 14 Jahren.

Mit anderen Worten: Auch im Internet bleiben journalistisch-redaktionell erstellte, professionelle Angebote die wichtigsten Nachrichtenquellen.¹⁴ Das gilt zumal für die großen Medienmarken.¹⁵

Ein knappes Drittel nutzt übrigens Social Media als Nachrichtenquelle. Für 7% ist es die "wichtigste" Quelle, aber nur für knapp 2% ist es die einzige.

Die ganz überwiegende Mehrheit der erwachsenen Deutschen nutzt mehrere Zugangswege und Quellen, um sich über das Weltgeschehen zu informieren.¹⁶

2. Schlussfolgerung

Die Digitalisierung und die Medienkonvergenz haben technische Zugangswege, Kostenstruktur, Art und Vielfalt der Anbieter und Angebote sowie der Rezeptionsgewohnheiten der Nutzer weitgehend verändert. Aus Sicht von Google ist eine umfassende Neubewertung der bestehenden Medienregulierung erforderlich.

Wie oben im Einzelnen dargelegt, sehen wir

- das Wegfallen des vormals herrschenden Problems der Kapazitätsknappheit bei der Verbreitung klassischen Rundfunks;
- ein Nebeneinander verschiedener relevanter Zugangswege zu meinungsbildenden Inhalten, seien sie analog oder digital;
- konvergente Endgeräte, die parallel Zugang zu Inhalten über bspw. Kabel, Terrestrik, Internet ohne signifikante Wechselkosten ermöglichen und für jedermann verfügbar sind;
- eine signifikante Erhöhung von Anbieter- und Angebotsvielfalt, die durch drastisch reduzierte Produktions- und Verbreitungskosten und damit sinkende Markteintrittsschwellen befördert wird;
- eine wesentliche Veränderung der Rezeptionsgewohnheiten und damit einhergehend der Angebotsformen: Programmanbieter verbreiten ihre durchkonzeptionierten 24/7 Programme linear und stellen ihre Inhalte gleichzeitig einzeln zum zeit- und ortsunabhängigen Abruf bereit, Dach- bzw. Sendermarken verlieren, Formatmarken gewinnen an Relevanz, nicht zuletzt durch die stark zunehmende VoD-Nutzung. Parallel dazu bestehen traditionelle Rezeptionsgewohnheiten weiter. Digitale Angebote von Verlagen und deren Nutzung wachsen kontinuierlich;
- eine Vielzahl hinzugetretener Mittlerdienste, die Inhalte auf alternativen Wegen zum Nutzer bringen: über push-Dienste, Apps, Empfehlungen, im Kontext sozialer Netzwerke,

¹⁴ Hölzig & Hasebrink 2018, S. 14ff.

¹⁵ Goldhammer, K. & Scholl, E. (2017). Nachrichtennutzung online. In Media Perspektiven, Heft 12 (S. 486-492).

¹⁶ Hölzig & Hasebrink 2018, S. 19f. S.a. Hasebrink, U. & Schmidt, J.-H. (2012). Informationsrepertoires der deutschen Bevölkerung. http://www.hans-bredow-institut.de/webfm_send/657 (abgerufen am 11.09.2018) und Stark, B. (2014). Informationsverhalten im 21. Jahrhundert - eine repertoire-orientierte Analyse veränderter Nutzungsmuster. In K. Kleinen-von Königslöw, & K. Förster (Hrsg.), Medienkonvergenz und Medienkomplementarität aus Rezeptions- und Wirkungsperspektive (S. 37-57). Baden-Baden: Nomos.

über Suchmaschinen und Assistenten. Diese Dienste unterscheiden sich grundlegend in ihrer Funktionsweise von den durch die bisherige Medienregulierung erfassten Mittlerdiensten und Verbreitungswegen. Auch hier gilt: etablierte und neue Dienste bestehen nebeneinander.

Im Ergebnis führen diese Veränderungen nachweislich zu einem deutlich intensiveren ökonomischen und publizistischen Wettbewerb und tendenziell zu einer Erhöhung der Meinungsvielfalt, einem Kernziel der Medienregulierung. Diese Zusammenhänge arbeitet im Übrigen auch das 22. Hauptgutachten der Monopolkommission im Kapitel "Wettbewerb audiovisueller Medien im Zeitalter der Konvergenz" heraus und kommt zum Ergebnis: "Die Regulierung hat mit der Marktentwicklung sowie dem veränderten Nutzungsverhalten der Konsumenten jedoch nicht Schritt gehalten. Sie sollte daraufhin überprüft werden, ob sie den damit verfolgten Zielen (insbesondere dem Schutz der Meinungs- und Willensbildung) noch zugute kommt, ohne die Wettbewerbsbedingungen unverhältnismäßig zu verzerren. Insgesamt ergeben sich Spielräume zur Modifikation und Reduzierung der Medienregulierung."¹⁷ Im Einzelnen hält die Monopolkommission daher insbesondere Regelungen der privilegierten Auffindbarkeit und die bestehenden Belegungsvorgaben bzw. Must-Carry-Regelungen für verzichtbar und erachtet eine medienrechtliche Regulierung von Intermediären zur Sicherung der Meinungsvielfalt als nicht erforderlich.¹⁸

Auch Sozialforscher warnen aufgrund empirischer Erkenntnisse vor einer überzogenen Regulierung: In einer internationalen Studie untersuchten Wissenschaftler am renommierten Quello Center der Michigan State University den Umgang von Nutzern mit der Internetsuche sowie die Rolle, die sie für den Zugang zu politischen Informationen sowie für politische Meinungsbildung spielt. Sie stellten fest, dass ihre Daten keine Hinweise auf eine Bedrohung durch Filterblasen, Echokammern oder Personalisierung liefern. Deshalb warnen sie: An "important policy implication that arises from the data is making sure that search and social networking/information-sharing platforms do not become needlessly, inappropriately, or excessively regulated. While the specters of filter bubbles, and echo chambers as a result of search personalization are claimed by many to be serious threats, our data suggests that this is overly simplistic, either technologically or socially deterministic, and exaggerated."¹⁹

Vor diesem Hintergrund regen wir über die detaillierten Kommentierungen zum konkreten Entwurf hinaus an, die Überlegungen zu einem Medienstaatsvertrag noch einmal grundsätzlich im Hinblick auf einen evidenzbasierten, streng zielorientierten und im Hinblick auf die Folgewirkungen verhältnismäßigen Ansatz grundlegend zu diskutieren. Aus Sicht von Google ist

¹⁷ XXII. Hauptgutachten der Monopolkommission, Wettbewerb 2018, S. 335.

¹⁸ Ebd.

¹⁹ Dutton, W., Reisdorf, B., Dubois, E., & Blank, G. (01. May 2017). *Search and Politics: The Uses and Impacts of Search in Britain, France, Germany, Italy, Poland, Spain, and the United States*. (Quello Center Report, Hrsg.). S. 139. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2960697## (abgerufen am 24.09.2018). Untersucht wurden Nutzer in Großbritannien, Frankreich, Deutschland, Italien, Polen, Spanien und den USA.

eine Erweiterung der klassischen Plattformregulierung sowie eine darüber hinaus gehende Einbeziehung von Intermediären in das Medienrecht nur dann geboten, wenn Vielfaltsrisiken begründet werden können.

III. Zu den vorgeschlagenen Regelungen im Einzelnen

1. Anwendungsbereich (§ 1 Abs. 7)

Auf Medienplattformen, Medienintermediäre und Benutzeroberflächen soll der Staatsvertrag Anwendung finden, soweit diese - unabhängig von ihrer Niederlassung - zur Nutzung in Deutschland bestimmt sind, was der Fall sein soll, wenn sich die Dienste in der Gesamtschau an Nutzer in der Bundesrepublik Deutschland richten oder hier einen nicht unwesentlichen Teil ihrer Refinanzierung erzielen.

Diese Vorschrift ist mit dem Herkunftslandprinzip der AVMD-Richtlinie nicht vereinbar. Bekanntermaßen dient dieses Prinzip der Stärkung des Binnenmarktes und soll bewirken, dass für alle in der EU niedergelassenen Unternehmen die Grundfreiheiten, wie z.B. die Dienstleistungsfreiheit, gelten. Grundsätzlich soll jeder Mitgliedsstaat das Regulierungsniveau des Herkunftslandes anerkennen und dem Dienst aus einem anderen Mitgliedstaat keine zusätzlichen oder andere Regeln auferlegen, es sei denn, dies ist aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls unerlässlich.

Nach der Rechtsprechung des EuGH²⁰ kann vom Herkunftslandprinzip nur dann eine Ausnahme gemacht werden, wenn ein Unternehmen sich nur deshalb in einem anderen EU-Mitgliedstaat niederlässt um das in dem eigentlichen Ziel-Mitgliedstaat geltende Recht und dessen Anforderungen zu umgehen.

Diese Rechtsprechung spiegelt sich aber in § 1 Abs. 7 des Diskussionsentwurfs nicht wider. Statt dessen sollen nationale Bestimmungen auf alle Diensteanbieter angewendet werden, die in einem anderen EU-Mitgliedstaat niedergelassen sind und die ihre Dienste auch in der Bundesrepublik Deutschland anbieten, ohne Rücksicht auf die genannte Umgehungs-Rechtsprechung. Das führt zu Rechtsunsicherheit (welches Recht muss ein in Frankreich etablierter und auch in Deutschland verfügbarer Medienintermediär beachten?) und steht im Widerspruch zum EU-Recht.

²⁰ EuGH, Centros-Entscheidung C-212/97; TV 10 SA/Commissariaat voor de MediaRs. C-23/93.

2. Begriffsbestimmungen (§ 2)

a) Rundfunk (§ 2 Abs. 1)

Die Ausfüllung des Begriffes "journalistisch-redaktionell" ist seit jeher mit Schwierigkeiten verbunden, da der Staatsvertrag keine Legaldefinition vorsieht. Es kam immer wieder zu Abrenzungsschwierigkeiten, auch in der Rechtsprechung. So sah das VG Köln in einer Webseite eines Fußballvereins kein bloßes Informationsangebot, sondern eine redaktionelle Leistung, weil es sich um Texte handelte, "welche offensichtlich der Selbstdarstellung des Vereins dienen und auf einen Imagegewinn, also letztlich eine positive Beeinflussung der öffentlichen Meinung abzielen".²¹ Einige Zeit später urteilte das OLG Bremen, die Internetseite einer Rechtsanwaltskanzlei sei journalistisch-redaktionell gestaltet, wenn sich ihr Inhalt nicht in einer bloßen Eigenwerbung erschöpft, sondern regelmäßig bearbeitete Neuigkeiten sowie laufend Pressemitteilungen von der Kanzlei herausgegeben und ins Internet eingestellt werden.²² Auch die lebhafte Diskussion über eine Rundfunklizenzpflicht für LetsPlay-Videos hat gezeigt, dass zumindest einige Landesmedienanstalten davon ausgehen, dass derartige Videos eine "journalistisch-redaktionelle" Gestaltung aufweisen.

Eine einheitliche Praxis oder Rechtsprechung lässt sich aber nicht erkennen, was nicht nur bei den erwähnten LetsPlay-Angeboten, sondern auch bei anderen neuen Formen von Live-Unterhaltung zu erheblicher Rechtsunsicherheit geführt hat. Umso schwerer wiegt es, dass auch der jetzige Entwurf keine Definition für den Begriff "journalistisch-redaktionell" enthält. Hier drohen weiterhin erhebliche und unnötige Rechtsunsicherheiten, nicht nur bei der Frage der Lizenzpflicht für Rundfunkangebote nach § 2 Nr. 20, sondern auch für die Beurteilung von Bagatellrundfunk nach § 20b, denn dort kommt es gerade auf die "geringe journalistisch-redaktionelle Gestaltung" an.

Ein ganz besonderes Problem stellt das Fehlen der Definition "journalistisch-redaktionell" für Intermediäre dar. Für sie entscheidet dieser Begriff darüber, ob sie überhaupt als Medienintermediäre nach § 2 Nr. 13b anzusehen sind und darüber, auf welche Inhalte sich ihre Pflichten nach § 53e beziehen. Darüber hinaus zeichnen sich Unstimmigkeiten über die Wahrnehmung des Beschwerderechts nach § 53e Abs. 3 ab. Dies kann nur von Anbietern journalistisch-redaktioneller Inhalte geltend gemacht werden, was schwierig wird, wenn diese Eigenschaft nicht einmal definiert ist. Um bei dem vorgenannten Beispiel aus der Rechtsprechung zu bleiben: Hat ein Rechtsanwalt, der nicht überwiegend journalistisch tätig ist, aber auf seiner Internetseite neben Eigenwerbung auch regelmäßig Neuigkeiten über Gerichtsurteile und neue Gesetze etc. bereithält, ein Beschwerderecht, wenn seine Webseite nicht an der aus seiner Sicht gewünschten vorderen Position in der Google-Suche oder bei Google News gelistet wird? Weder die Frage seines Zugangsrechts noch die Frage nach seiner Beschwerdebefugnis sind durch einen Blick in das Gesetz zu beantworten. Allein dies ist im

²¹ VG Köln, Urteil vom 11.08.2006, Az. 6 L 736/06

²² Urteil vom 14.01.2011 - 2 U 115/10

Hinblick auf die Wesentlichkeitstheorie und den Bestimmtheitsgrundsatz problematisch. Darüber hinaus sind diese Fragen außerordentlich praxisrelevant, da ihre Beantwortung unmittelbare Auswirkungen auf die für die Aufsicht zu erwartenden Fallzahlen und die grundsätzliche Gestaltung von Diensten haben wird. Als Beispiel sei hier die Frage angeführt, ob zukünftig Nachrichtenaggregatoren die oben beschriebenen Selbstdarstellungen freier Berufsgruppen in ihre bisher klassischen Medien vorbehaltenen Dienste aufzunehmen hätten, was Natur und Nutzwert dieser Dienste völlig verändern würde.

Angesichts der enorm wichtigen Rolle dieses Begriffes sollte der Gesetzgeber zwingend eine Legaldefinition im Gesetz vorsehen und nicht auf Ausführungen in der Begründung ausweichen, da diese letztlich nicht bindend sind. Unter Rückgriff auf Art. 1 Abs. 1 c) der AVMD-Richtlinie schlagen wir folgende Definition vor:

„Journalistisch-redaktionell“: die Gestaltung eines Inhaltes in redaktioneller Verantwortung, also durch die Ausübung einer wirksamen Kontrolle hinsichtlich der Zusammenstellung und der Bereitstellung der Inhalte, und in journalistischer Arbeitsweise, also insbesondere durch einen hohen Grad an Professionalisierung, die Ausrichtung an Tatsachen, ein hohes Maß an Aktualität, die Wahrung anerkannter journalistischer Grundsätze sowie eine organisierte Verfestigung, die eine gewisse Kontinuität gewährleistet. Die so erstellten Angebote unterfallen dem Recht auf Gegendarstellung.

b) Medienplattform (§ 2 Abs. 2 Nr. 13)

Die vorgeschlagene Definition der Plattform würde zu einer Regulierung jedes Dienstes führen, der eine Zusammenfassung von Rundfunk oder rundfunkähnlichen Telemedien zum Gegenstand hat. Damit würden der bisherigen Knappheitssituation geschuldete Begrenzungen der Plattformregulierung auf infrastrukturegebundene Angebote entfallen. Dies würde eine Verschärfung und Ausweitung der Regulierung von Plattformen bedeuten, ohne wissenschaftlichen Nachweis, dass von Plattformen tatsächlich eine Gefahr für die Meinungs- und Medienvielfalt ausgeht. Außerdem würden neue regulatorische Pflichten eingeführt, deren Notwendigkeit nicht auf gesicherten Untersuchungen beruht. Angesichts der grundrechtlichen und wirtschaftlichen Tragweite dieser regulatorischen Eingriffe - insbesondere Auffindbarkeit und Transparenzpflichten - ist diese Vorgehensweise nicht befriedigend. Sie wird auch dem Anspruch an eine moderne und anpassungsfähige Regulierung nicht gerecht. Plattformen sind - gerade anders als die vormals nach diesem Regime regulierten Kabelanlagen - keine statischen Gebilde, sondern sehen vermutlich in einigen Jahren wieder völlig anders aus als heute. Wie oben gezeigt, verändert sich die Medienwelt rasant; Kapazitätsmängel bzw. Frequenzknappheiten können regulatorische Eingriffe nicht länger begründen. Dies legt eine Anpassung der bisherigen Regelungen nahe.²³

²³ Für das Zulassungsregime: Wintermeyer, A. (2018). "Die DNA des Staatsvertrages würde sich verändern". In Promedia, 9 (S. 6).

Im Einzelnen:

Das wesentliche Merkmal, das offenbar eine Plattform von einem Intermediär unterscheiden soll, ist die "Zusammenfassung zu einem Gesamtangebot". Dieses Merkmal ist jedoch nicht legaldefiniert und nicht für diese Unterscheidung geeignet, es ist nicht technologieneutral und damit nicht zukunftsfest. Wenn damit gemeint sein sollte, dass der Anbieter eine eigene Auswahl der präsentierten Angebote Dritter trifft - wofür der neue § 2 Nr. 14b spricht, ist unklar, ob dies nicht auch auf Intermediäre zutrifft, die Algorithmen für die Auswahl und Präsentation von Inhalten Dritter entwickeln und nutzen und wie solche Intermediäre dann von Plattformen zu unterscheiden wären. Um ein Beispiel zu nennen: der Betreiber eines "user-generated-content-Portals" (also nach der Lesart des Entwurfs: ein Intermediär) wählt algorithmisch Inhalte für einen abstrakt abgrenzbaren Personenkreis aus (z.B. Inhalte für Tierfreunde, Fußballfans, usw.) und präsentiert diese nutzergenerierten Inhalte zusätzlich in einem technologisch anderen Rahmen, z.B. in einer speziellen App, die die Inhalte direkt aus dem sich ständig verändernden user-generated-content-Portal bezieht. Es ist unklar, ob es sich bei dem neuen Angebot wie zuvor um einen Intermediär handelt oder ob durch das Angebot einer Teilmenge der nutzergenerierten Inhalte das Merkmal "Zusammenfassung zu einem Gesamtangebot" vorliegt und damit eine Plattform angenommen werden muss. Um überhaupt zu einer trennscharfen Abgrenzung der Definitionen für Plattformen und Intermediäre zu kommen, ist es erforderlich, das Kriterium "Zusammenfassung zu einem Gesamtangebot" auf den Prüfstand zu stellen und es zumindest mit einer präzisen Legaldefinition zu versehen. Dabei wäre zum Beispiel auch zu klären, ob vorinstallierte Inhalte dieses Kriterium auch dann erfüllen, wenn die Nutzer solche Inhalte jederzeit verändern können.

Ähnliche Unklarheiten bestehen hinsichtlich des zweiten Teils der Plattformdefinition. Hiernach sind als Plattform ebenfalls zu verstehen: "softwarebasierte Anwendungen, welche im Wesentlichen der unmittelbaren Ansteuerung von Rundfunk, rundfunkähnlichen Telemedien oder Diensten im Sinne von Satz 1 dienen." Diese Formulierung lässt auf App-Stores schließen; allerdings sind diese nach der derzeitigen Definition ausdrücklich als Intermediäre einzuordnen. Damit könnte die vorstehende Regelung so zu verstehen sein, dass App-Stores grundsätzlich als Intermediäre einzuordnen sind, dies aber nicht gilt, wenn es sich überwiegend ("im Wesentlichen") um Apps für Rundfunk oder rundfunkähnlichen Telemedien handelt. Diese Abgrenzung bildet weder die Wirklichkeit ab noch ist sie praktikabel, denn die Zusammensetzung eines App-Stores ändert sich sehr häufig. App-Stores passen in die hier gebildete Systematik nicht hinein, denn es handelt sich um Marktplätze, die jeder benutzen kann, der sich an die Grundregeln hält - es findet in der Regel keine gezielte Auswahl durch den Marktplatzbetreiber im Sinne eines Gesamtangebots statt. Auch eine Kategorisierung als Intermediär scheint nicht passend, da der Schwerpunkt nicht in der Orientierungsfunktion liegt, sondern im Bereithalten von Apps zum Download und der darauf bezogenen Abwicklung des Bezahlvorgangs.

c) Benutzeroberfläche (§ 2 Abs. 2 Nr. 13a)

Die Benutzeroberfläche soll als Übersicht über die Inhalte einer oder mehrerer Medienplattformen neu in den Regulierungskanon aufgenommen werden. Dies erscheint prima facie nachvollziehbar, wenn diese Oberflächen die Kommunikation mit den Nutzern von regulierten Medienplattformen ermöglichen sollen. Offenbar sollen indes Benutzeroberflächen auch dann reguliert werden, wenn sie nicht Teil einer regulierten Medienplattform sind. Dies sieht lit b) der Legaldefinition ausdrücklich vor. Hier schießt der Entwurf deutlich über das Ziel hinaus, denn es ist kein Regelungsbedarf ersichtlich bei Oberflächen, unter denen Inhalte zu finden sind, die gerade kein Gesamtangebot im Sinne einer abschließenden Entscheidung eines Anbieters bilden. Wenn Nutzer sich mit Hilfe der Oberfläche die gewünschten Inhalte selbst zusammenstellen können, wenn sie sich im offenen Netz Inhalte hinzukaufen können, besteht wegen der hohen Nutzerautonomie bei solchen Oberflächen kein Regelungsbedarf.

d) Medienintermediär (§ 2 Abs. 2 Nr. 13b)

Die durch das Fehlen einer Legaldefinition des Begriffs "journalistisch-redaktionell" entstehende Rechtsunsicherheit wurde bereits oben thematisiert. Beim Begriff des Medienintermediärs kommt erschwerend die fehlende Quantifizierung hinzu. Durch die Verwendung des Begriffes "auch" entsteht der Eindruck, jedweder Intermediär werde durch den MStV reguliert, auch wenn sich nur einige wenige journalistisch-redaktionelle Inhalte in seinem Dienst befinden oder durch diesen zugänglich gemacht werden. Es ist aber weder rechtlich noch tatsächlich nachvollziehbar, wenn ein Intermediär lediglich wegen einiger weniger journalistisch-redaktioneller Beiträge unter die vorgeschlagene Regulierung fallen soll. Schon aus Gründen der Gesetzgebungskompetenz sollten hier nur Intermediäre betroffen sein, die eine Relevanz für die öffentliche Meinungsbildung haben. Dieses könnte der Fall sein, wenn sich über einen Intermediär regelmäßig und überwiegend journalistisch-redaktionelle Inhalte auffinden ließen.

Die enumerative Aufzählung von bestimmten Diensten trägt nicht zur Verdeutlichung der Definition bei. Solche statischen Begriffe sind grundsätzlich nicht geeignet, die sich ständig verändernden Formen von Kommunikationsangeboten rechtssicher zu erfassen. Dies zeigt sich exemplarisch am verwendeten Begriff des "Blogging Portals". Dies ist kein von Nutzern oder Marktteilnehmern verwendeter Begriff. Falls Angebote gemeint sein sollten, die es Nutzern ermöglichen, ihren eigenen Blog zu schreiben und verfügbar zu machen, ohne dafür die entsprechende Infrastruktur selbst bereit halten zu müssen, ist unklar, aus welchem Grund ein solches Angebot ein Medienintermediär sein soll. Solche Dienste bestehen im Wesentlichen im Hosting der entsprechenden Blogs, es geht nicht um Aggregation, Selektion und Präsentation. Sollten tatsächlich solche Portale erfasst sein, ließe sich ebenso gut argumentieren, dass Webhosting-Dienste generell Medienintermediäre seien. Das ist weder sinnvoll noch vom Regulierungsziel umfasst. Die Definition des Medienintermediärs sollte im Ergebnis so aussagekräftig sein, dass auch ohne die Aufführung konkreter Beispiele hinreichend deutlich ist, welche Dienste von ihr erfasst werden.

3. Plattformregulierung

a) Grundsätzlich

Ins Auge fällt zunächst eine unübersichtliche Systematik der Verpflichtungen, die durch fehlende Definitionen an zentraler Stelle noch verstärkt wird. Beginnend in § 52 wird der Begriff der "infrastrukturgebundenen Plattform" verwendet, ohne dass dieser legaldefiniert wird. Während § 52b (Belegung) offenbar nur für infrastrukturgebundene Plattformen gelten soll, werden Pflichten der technischen Zugangsfreiheit (§ 52c), der faktischen Zugangsgewährung (§ 52d) und der Zugangsbedingungen (§52e) auf alle Medienplattformen angewandt.

Dies ist in zweierlei Hinsicht kritikwürdig:

Zum einen sind alle diese Pflichten nach dem geltenden RStV faktisch auf infrastrukturgebundene Plattformen beschränkt, so dass es hier zu einer verschärften Regulierung statt der programmatisch ins Auge gefassten Deregulierung kommt. Es fehlen empirische Nachweise für die Notwendigkeit einer detaillierten Zugangsregulierung auf allen Plattformen.

Zum anderen ist es für eine rechtssichere Anwendbarkeit dieses Pflichtenkatalogs unerlässlich, dass der Begriff "infrastrukturgebunden" legaldefiniert wird. Die Auslegungsmöglichkeiten für diesen Begriff reichen von Eigentum dedizierter Infrastruktur bis zur bloßen Benutzung einer offenen, nicht-dedizierten Infrastruktur wie des offenen Internets. Die Infrastrukturanbindung als solche kann kein Unterscheidungsmerkmal sein: Dass eine irgendwie geartete Anbindung an eine Infrastruktur nötig ist, ergibt sich schon daraus, dass andernfalls keine Medienplattform sinnvoll betrieben werden kann.

Die Erfahrungen der Vergangenheit haben gezeigt, dass die Frage der Anbindung umstritten ist und in der Praxis zu Anwendungsproblemen führen kann, wenn eine präzise Definition fehlt - schlicht weil unklar ist, ob ein bestehender oder neuer Dienst eine Plattform im Sinnes des Gesetzes ist oder nicht. In der geltenden Fassung des RStV wird der Begriff "auf digitalen Übertragungskapazitäten oder digitalen Datenströmen" verwendet. Bereits dort war und ist unklar, ob es erforderlich ist, dass die betroffene Infrastruktur im Eigentum oder Besitz des Anbieters steht oder ob es ausreicht, wenn der Anbieter eine faktische Kontrolle über die Infrastruktur ausübt. Die Landesmedienanstalten haben das vom RStV vorgegebene Tatbestandsmerkmal in § 2 Abs. 1 ihrer Zugangs- und Plattformsatzung weggelassen und damit entgegen dem Wortlaut des Staatsvertrags die Möglichkeit eröffnet, auch offene Internetplattformen als solche im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 13 zu regulieren.

Die Novellierung des RStV bietet nun die Gelegenheit dass der Gesetzgeber selbst unzweideutig festlegt, welche Art der Infrastrukturbindung er für so bedeutsam hält, dass regulatorische Pflichten gerechtfertigt erscheinen. Eine zeitgemäße Abschichtung von regulatorischen

Pflichten je nach Risiko für Nutzer und Wettbewerber (wie sie z.B. in den kurz vor der Verabschiedung stehenden Entwürfen für die neuen AVMD- und EECC-Richtlinien der EU zur Anwendung kommt), setzt voraus, dass die verschiedenen regulierungsbedürftigen Angebote (d.h. Tatbestände) so präzise definiert werden, dass eine differenzierte Anwendung der Pflichten (d.h. Rechtsfolgen) möglich ist.

b) Verpflichtungen im Einzelnen

(i) Belegungsregime nach § 52b

Auch hier zeigt sich Potential für eine Deregulierung. Must-carry-Pflichten sind nicht mehr zu rechtfertigen, da die Knappheitssituation, die dieses Belegungsregime ursprünglich begründete, nicht mehr besteht. Dies zeigt sich nicht zuletzt am verwendeten Begriff der "Kapazität": Für die heutigen Plattformen ist diese Einheit irrelevant und allein schon aufgrund der Diversität der betroffenen Angebote nicht mehr einheitlich bestimmbar.

Auch die Monopolkommission kommt in ihrem jüngsten Hauptgutachten zu dem Schluss, dass Regelungen für eine privilegierte Auffindbarkeit - einschließlich der bestehenden Must-Carry-Pflichten - nicht mehr notwendig sind.²⁴

(ii) Nichtdiskriminierender Zugang nach § 52c Abs. 2

Diese Vorschrift gilt im aktuellen RStV nicht für Plattformen in offenen Netzen, sondern allein für infrastrukturegebundene Plattformen. Die Neuregelung bedeutet eine faktische Ausdehnung der Regulierung in einer Situation, die nicht mehr von Knappheit geprägt ist und daher einer Deregulierung zugänglich sein sollte. Eine Rechtfertigung dieses Zugangsanspruchs lässt sich nicht - oder höchstens für eine infrastrukturegebundene Plattform - erkennen. Es ist kein Grund ersichtlich, die unternehmerische Entscheidungsfreiheit bei der Zusammenfassung von Inhalten zu einem Gesamtangebot auf einer Internetplattform in dieser Weise einzuschränken. Um ein Beispiel zu nennen: eine Plattform, die unter anderem Rundfunk und Telemedien nur in Bezug auf eine bestimmte Sparte bündeln möchte, sollte in der Zusammenstellung dieser Inhalte und der vertraglichen Gestaltung frei sein und sich nicht Zugangsansprüchen von Anbietern ausgesetzt sehen, die nicht zur inhaltlichen Ausrichtung dieser Spartenplattform passen oder die aus sonstigen Gründen, z.B. Marketing, nicht dem angestrebten Image der Plattform entsprechen oder dieses sogar stören. Anbieter sind frei darin, Verhandlungen mit anderen Plattformen im offenen Netz zu führen. Nur bei geschlossenen Plattformen besteht ein Bedarf für einen gesetzlich normierten Zugangsanspruch.

(iii) Anzeigepflicht nach § 52 Abs. 3

Problematisch und rechtlich nicht haltbar erscheint die sich offenbar aus den Anzeigepflichten ergebende Pflicht von Plattformbetreibern, ihren Sitz in einem EU- oder EWR-Land zu nehmen. Diese Pflicht ergibt sich aus Folgendem: Plattformbetreiber müssen ihre Tätigkeit nach § 52 Abs. 3 anzeigen. Die Anzeige hat alle Angaben nach § 20a Abs. 1 und 2 Satz 1 zu enthalten. In

²⁴ 22. Hauptgutachten der Monopolkommission, Wettbewerb 2018, Kapitel IV., K34 der Kurzfassung, S. 7.

§ 20a Abs. 1 Nr. 5 - der eigentlich für die Zulassung von Rundfunk gedacht ist - ist festgehalten, dass der Wohnsitz oder Sitz der anzeigenden juristischen oder natürlichen Person in der Bundesrepublik Deutschland oder einem EU- oder EWR-Mitgliedstaat zu liegen hat. Damit werden Unternehmen, die ihren Sitz in einem Drittland haben, von der wirtschaftlichen Betätigung als Plattformbetreiber in Deutschland ausgeschlossen. Dies ist weder wünschenswert noch notwendig.

(iv) Auffindbarkeit in Benutzeroberflächen nach § 52e

(a) Abs. 2 Diskriminierungsverbot

Ein Diskriminierungsverbot für die Auffindbarkeit in Benutzeroberflächen ist nicht erforderlich. Benutzeroberflächen werden ausweislich der Begriffsbestimmungen des Diskussionsentwurfs grundsätzlich mit Bezug zu Medienplattformen definiert; sie dienen dazu, ihren Nutzern eine Übersicht über die Inhalte einzelner oder mehrerer Plattformen zu ermöglichen. Es ist also Sinn und Zweck von Benutzeroberflächen, den Nutzern einen möglichst einfachen und verständlichen Zugang zu allen über sie erreichbaren Angeboten zu ermöglichen. Einzelne Angebote nicht oder nur schwer auffindbar zu machen, würde die Nutzererfahrung verschlechtern und die Erfolgsaussichten einer Benutzeroberfläche im Wettbewerb schmälern. Dieses kann nicht im Interesse von Benutzeroberflächen liegen, entsprechende gesetzliche Regelungen sind daher überflüssig.

Eine möglichst intelligente und benutzerfreundliche Sortierung, Anordnung oder Abbildung auf Benutzerflächen ist die Basis des Geschäftsmodells der Anbieter. Gerade in diesem Bereich wird in Zukunft Innovation stattfinden, die nicht vom Gesetzgeber unterbunden werden sollte. Wenn einzelne Nutzer eine Sortierung oder auch Empfehlungen in Abhängigkeit von ihrer Nutzungshistorie wünschen, sollte dieses von Benutzeroberflächen im Interesse ihrer Nutzer auch umgesetzt werden können. Das wäre keine Diskriminierung von Inhalteanbietern, sondern eine Stärkung von Nutzerautonomie, zumal eine solche Möglichkeit der Individualisierung von Benutzeroberflächen mit Blick auf (unterschiedliche) Präferenzen der Nutzer ausdrücklich vom Diskussionsentwurf gewünscht ist (§ 52e Abs. 4). Die dynamischen, von einem intensiven Wettbewerb getriebenen Entwicklungen verlangen einen zukunfts offenen Rechtsrahmen und keinesfalls die Vorgabe von starren Rankingkriterien. Schließlich geht es darum, die Interessen der Nutzer in den Mittelpunkt zu stellen.

(b) Abs.3: Privilegierte Auffindbarkeit

Das Konzept der privilegierten Auffindbarkeit von bestimmten Inhalten lehnen wir aus mehreren Gründen ab. Zweifelsfrei haben der öffentlich-rechtliche Rundfunk und private Vollprogramme mit Regionalfenstern eine Bedeutung für die öffentliche Meinungsbildung; allerdings ist eine nie dagewesene Vielfalt von weiteren Angeboten und Anbietern zu beobachten, denen ebenfalls eine Relevanz für die öffentliche Meinungsbildung zugesprochen werden kann. Nutzer können und sollen souveräne Entscheidungen darüber treffen, welche Inhalte sie zu welchem Zeitpunkt in welchem Format und über welches Gerät ansehen möchten. Ein staatlicher Einfluss auf die Präsentation von Inhalten auf Benutzeroberflächen griffe nicht nur ohne ausreichende

Rechtfertigung in die unternehmerischen Rechte ein, er wäre auch für die Bildung einer souveränen und eigenständig denkenden und handelnden Nutzerschaft schädlich.

Inhalte sind heute leichter und schneller auffindbar denn je zuvor. Besondere Vorschriften zur bevorzugten Auffindbarkeit bestimmter Angebote oder einzelner Inhalte sind daher nicht nötig. Sie sind sogar schädlich, denn sie bedeuten in der Praxis immer die Benachteiligung anderer Inhalte. Zugespißt formuliert führt eine solche privilegierte Auffindbarkeit zur - letztlich gesetzlich verordneten - Diskriminierung anderer Inhalte. Dies würde im Ergebnis einer Bevormundung des souveränen Nutzers gleichkommen und damit seine Nutzererfahrung verschlechtern. Zudem würde die zur Diskussion gestellte Vorgabe zur privilegierten Auffindbarkeit im Wesentlichen bewirken, dass große etablierte Medienmarken besonders hervorgehoben werden müssten. Abgesehen davon, dass diese ohnehin von jeder Benutzeroberfläche im Dienste ihrer Nutzer leicht auffindbar gemacht werden, wäre eine solche Regelung nicht förderlich für die Wahrnehmbarkeit der vielfältigen Angebote auf Medienplattformen.

Angesichts der durch die Digitalisierung entstandenen Anbieter- und Angebotsvielfalt würden die zur Diskussion gestellten Must-be-found-Verpflichtungen speziell für die genannten Rundfunkangebote und Telemedien zudem Gefahr laufen, die Pflicht des Staates zur Neutralität gegenüber Meinungen und Informationen zu verletzen. Wenn Aufsichtsbehörden regulatorische Instrumente an die Hand bekämen, um Diensteanbietern vorzuschreiben, bestimmte Inhalte aus bestimmten Quellen bevorzugt anzuzeigen, käme es zu einer gesetzlich veranlassten Darstellung von Inhalten. Dabei ist es unerheblich, ob es sich um offene oder geschlossene Dienste handelt. Auf jeden Fall stünde ein solches Vorgehen im Widerspruch zu der den Bürgern in Art. 5 Abs. 1 Grundgesetz verbrieften Meinungs- und Informationsfreiheit, die – so das Bundesverfassungsgericht – konstitutiv für unsere freiheitlich demokratische Grundordnung ist. Das Bundesverfassungsgericht formuliert den Zweck der von der Verfassung geschützten Informationsfreiheit wie folgt:

„Dem Einzelnen soll ermöglicht werden, sich seine Meinung auf Grund eines weitgestreuten Informationsmaterials zu bilden. Er soll bei der Auswahl des Materials keiner Beeinflussung durch den Staat unterliegen. Da die Informationsfreiheit infolge ihrer Verbindung mit dem demokratischen Prinzip gerade auch dazu bestimmt ist, ein Urteil über die Politik der eigenen Staatsorgane vorzubereiten, muss das Grundrecht vor Eingriffen durch die Staatsorgane weitgehend bewahrt werden.“²⁵

Die betroffenen Benutzeroberflächen sind für die Nutzer ein wichtiges Hilfsmittel für den Zugang zu der großen Vielzahl und Vielfalt von Informationsquellen, die mittlerweile auch auf geschlossenen Plattformen zu finden sind. Mit den über das Internet eröffneten Kommunikationsmöglichkeiten stehen den Bürgern in einer freiheitlich-demokratischen Gesellschaft so vielfältige Informationsquellen zur Verfügung, um sich – frei von staatlichem

²⁵ BVerfGE 27, 71 (84).

Einfluss – über alle Belange des Lebens zu informieren, hierzu eine Meinung zu bilden und diese auch zu äußern, wie es historisch noch nie der Fall war. Hier erscheint eine gesetzgeberische Zurückhaltung nicht nur medienrechtlich erlaubt, sondern vielmehr geboten.

(v) Transparenzpflicht nach § 52f

Es ist fraglich, ob derartige Transparenzvorgaben überhaupt notwendig sind. Jeder Anbieter einer Medienplattform oder Benutzeroberfläche möchte, dass seine Nutzerinnen und Nutzer alle Angebote wahrnehmen können, da die Inhalte neben einer komfortablen Bedienbarkeit gerade die Attraktivität der Plattform ausmachen. Leicht verständliche Sortierkriterien, sei es nach Alphabet, Genre oder Nutzungshistorie, liegen also im auch wirtschaftlich wohlverstandenen Eigeninteresse der Anbieter.

In jedem Fall sind die zur Diskussion gestellten Transparenzvorgaben zu weitgehend, da Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse betroffen sind. Es ist insbesondere nicht ersichtlich, warum Plattformen und Benutzeroberflächen Grundsätze für die Auswahl von Rundfunk und rundfunkähnlichen Telemedien (neben den nach wie vor vorgesehenen Must-carry-Angeboten) oder ihre Empfehlungssysteme bzw. -Algorithmen öffentlich machen sollten. Hier reichen die in §52g ohnehin vorgegebenen Auskunftspflichten auf Nachfrage gegenüber den Landesmedienanstalten aus.

4. Regulierung von Medienintermediären

a) Grundsätzlich

- Die zur Diskussion gestellten Vorgaben für Medienintermediäre sind weder zur Sicherung der Meinungsvielfalt noch zur Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit im Internet erforderlich. Vielmehr ist zu bezweifeln, dass sie geeignet sind, diesen Zwecken zu dienen. Im Gegenteil erzeugen sie Nebenwirkungen, die sogar kontraproduktiv sind, denn sie greifen unangemessen tief in die Funktionalität ganzer Produkte und mit dem wirtschaftlichen Betrieb der Dienste verbundene Grundfreiheiten ein.
- Für Google und auch für andere Intermediäre ist Transparenz gegenüber den Nutzern ihrer Dienste ebenso wie gegenüber den Betreibern von Webseiten essentiell. Transparenz über die maßgeblichen Funktionen der Suche ist die Basis für die Glaubwürdigkeit der Angebote und - wenn sie nicht zu weit geht - für die Sicherstellung qualitativ hochwertiger Suchergebnisse. Schon deswegen sind medienrechtliche Transparenzvorgaben zur Sicherung der Meinungsfreiheit *eigentlich* nicht notwendig.
- Der vorliegende Vorschlag zur Transparenz geht zu weit. Die dem Entwurf innewohnende Unklarheit darüber, wer letztlich die zentralen Kriterien der Aggregation, Selektion und Präsentation definiert, ist problematisch. Bereits das Bestimmtheitsgebot lässt es nicht zu, wesentliche Entscheidungen per Satzungs- oder Richtlinienkompetenz den

Aufsichtsbehörden zu überlassen, ganz unabhängig von der Frage, ob in diesem Fall die entsprechenden Kompetenzen vorliegen oder nicht. Letztlich werden nur die betroffenen Intermediäre selbst in der Lage sein, die zentralen Kriterien ihrer Algorithmen zu benennen. Ihnen sollte daher ein weitgehender Ermessensspielraum in dieser Hinsicht eingeräumt werden.

- Besonders problematisch ist die Vorgabe, derzufolge jegliche Algorithmusänderungen kenntlich gemacht werden müssen. Eine Anzeige voraussichtlich mehrerer Tausend Änderungen pro Jahr würde Nutzer eher belasten als Transparenz schaffen. Zugleich würde Versuchen der Manipulation von Rangfolgeentscheidungen Tür und Tor geöffnet und damit das eigentliche Regulierungsziel konterkariert. Bereits aus Gründen der Verhältnismäßigkeit könnte hier nur eine Verpflichtung vorgesehen werden, im Einzelfall solche wesentlichen Änderungen anzuzeigen, die aller Voraussicht nach die Nutzer eines Dienstes in beträchtlicher Weise betreffen.

Der geplanten Vorschrift, die Gewichtung der zentralen Kriterien offenzulegen, könnte in der Praxis ebenfalls nicht entsprochen werden. Der Grund hierfür ist, dass es keine einheitliche Gewichtung gibt, sondern sich das Verhältnis der verschiedenen Signale des Algorithmus vielmehr in Abhängigkeit von der jeweiligen Suchanfrage unterschiedlich gestaltet. Die zugrunde liegenden Mechanismen differenziert zu erläutern, würde Geschäftsgeheimnisse verletzen und externen Manipulationsversuchen Tür und Tor öffnen. Außerdem sehen die Transparenzvorgaben von Artikel 5 (4) des aktuellen Entwurfs einer Verordnung der EU "zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten" (sog. P2B-VO)²⁶ ausdrücklich vor, dass Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten und Anbieter von Online-Suchmaschinen nicht verpflichtet werden, Geschäftsgeheimnisse, wie sie in Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie (EU) 2016/943²⁷ definiert werden, offenzulegen. Der deutsche Gesetzgeber sollte sich nicht in Widerspruch zu laufenden Gesetzgebungsverfahren auf europäischer Ebene begeben.

- Das zur Diskussion gestellte Diskriminierungsverbot passt nicht auf Intermediäre. Intermediäre müssen Inhalte im Interesse ihrer Nutzer ungleich behandeln, um ihrer Funktion gerecht zu werden. Ein Diskriminierungsverbot wäre sogar gefährlich, da die Meinungsbildung durch zu erwartende externe Einflussnahmen auf die Suche behindert würde. Zudem sind solche Regelungen keiner Überprüfung zugänglich, da es keine operationalisierbaren Maßstäbe für Diskriminierung gibt. Es droht die Schwächung eines funktionierenden Systems, welches per se auf Integrität der Ergebnispräsentation aufbaut und das eine nie dagewesene Vielfalt von Medieninhalten überhaupt erst auffindbar macht. Den Schaden hätten die Nutzer, die im Zweifelsfall nicht mehr die Ergebnisse bekämen, die ihrer Suche am besten entsprechen. Auch die Inhalteanbieter

²⁶ COM (218) 238 final vom 26.4.2018.

²⁷ Richtlinie über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0943&from=DE>

brauchen eine solche Regelung nicht: Für ihren Schutz gibt es schon heute auf nationaler wie auf europäischer Ebene das Recht des unlauteren Wettbewerbs sowie das Kartellrecht.

b) Erforderlichkeit und Angemessenheit der geplanten regulatorischen Verpflichtungen

Um sich ein fundiertes Bild von Erforderlichkeit und Angemessenheit und insbesondere potentiellen Auswirkungen der vorgeschlagenen Regelungen auf einen Dienst, der von der Mehrheit der deutschen Bevölkerung täglich in Anspruch genommen wird, machen zu können, ist es notwendig, die wesentlichen Funktionsmerkmale des Dienstes zu verstehen. Am Beispiel der Google Suche lässt sich gut nachvollziehen, dass eine Vielzahl betroffener Dienste bereits Prinzipien für Transparenz und Integrität im Zusammenhang mit algorithmischen Rangfolgeentscheidungen oder Empfehlungen als integralen Bestandteil ihrer Produktintegrität abgesichert hat. Dies geschieht nicht als Selbstzweck, sondern dient dem Nutzer und ist damit eine wichtige Voraussetzung für das Geschäftsmodell. Im Fall der Google-Suche werden diese Prinzipien bereits seit 20 Jahren mit Erfolg angewendet, was sich im stetig gestiegenen Nutzerzuspruch spiegelt.

Im folgenden erlauben wir uns daher, Funktionsweise, Transparenzmaßnahmen und Prinzipien der Suche zusammenfassend zu erläutern. Vertiefende Darstellungen finden sich auf der öffentlichen Transparenz-Webseite "Wie funktioniert die Google Suche".²⁸

(i) Funktion und Geschäftsmodell der Google-Suche

Grundprinzip: Relevanz für den Nutzer

Die Funktion einer allgemeinen Suchmaschine oder auch der Suchfunktion auf einer Content-Plattform wie YouTube ist, dem Nutzer auf seine individuelle Suchanfrage hin die für ihn am besten passenden - also relevantesten - Suchergebnisse zu präsentieren. Suchmaschinen sind derzeit marktüblich kostenfrei für den Nutzer und finanzieren sich über Werbung. Daher konkurrieren Suchmaschinen vor allem über die Qualität ihrer Dienstleistung, also über die Relevanz des Suchergebnisses für den Nutzer in Bezug auf die jeweilige individuelle Suchanfrage. Bei der Suche hat daher kein Informationsanbieter einen Anspruch auf einen festen Platz in der Rangliste der Ergebnisse. Es kommt auf die spezifische Anfrage des Nutzers an, der am Ende entscheidet, welcher Suchmaschinenanbieter ihm die besten Treffer liefert. Dafür ist auch die Rangfolge der Suchergebnisse maßgeblich. Je besser eine Trefferliste die Relevanz des Ergebnisses über die Rangfolge abbildet, desto besser ist die Dienstqualität für den Nutzer. Abweichungen vom Relevanzprinzip enttäuschen die Nutzererwartungen und führen zu Nachteilen im Wettbewerb um die Nutzergunst. Dies hat direkte Auswirkungen auf das Geschäftsmodell der Suche, denn der durch Werbung generierte Umsatz hängt unmittelbar damit zusammen, wie viele Menschen die Suchmaschine nutzen und so in Berührung mit der neben den Suchergebnissen geschalteten Werbung kommen. Für den Wechsel zu einer konkurrierenden Suchmaschine reicht bekanntermaßen ein Mausklick.

²⁸ <https://www.google.com/search/howsearchworks/>.

Google Search ist eine umfassende, "universelle" Suchmaschine, die sich zum Ziel gesetzt hat, sämtliche im Internet verfügbaren Informationen zu organisieren und nutzbar zu machen. Dies umfasst jeglichen Inhalt, seien es Texte, E-Commerce-Dienste, Kommunikationsdienste, Geoinformationen, Reiseinformationen, Bilder, Filme, Musik etc. Die universelle Suche integriert spezifische vertikale Suchen (Maps, News, Video, Bilder, Shopping, Finanzen, Bücher, Flüge) und kombiniert eine Vielzahl paralleler Algorithmen, um den unterschiedlichen Suchanfragen bestmöglich gerecht zu werden.

Journalistisch-redaktionelle Inhalte haben nur einen verhältnismäßig geringen Anteil an den gesamten im Internet verfügbaren Inhalten wie auch an den Suchen und Suchergebnissen. Zahlreiche Suchen, wie zum Beispiel Navigationssuchen zu anderen Diensten, sind praktischer Natur - wie komme ich am schnellsten wo hin? Hat das Schuhgeschäft um die Ecke noch offen? etc.

Indexierung

Um die Inhalte des World Wide Web zu organisieren, müssen zunächst Informationen von Milliarden von Webseiten erfasst und im Suchindex sortiert werden. Dazu durchsucht Google das Internet mit sogenannten Web-Crawlern und folgt dabei Verlinkungen von einer Seite zur nächsten, wobei die Internetseiten nach Inhalten und verschiedenen Faktoren automatisiert sortiert werden. Die gefundenen Informationen werden indexiert. Die bei einer Suche aus dem Index gezogenen relevanten Information werden für den Nutzer gelistet. Dabei werden Inhaltkategorien mit eingebunden, die relevant sind, wenn ein Nutzer nach bestimmten Arten von Information sucht – eine Karte, ein Bild, ein Geschäft vor Ort, ein Produkt, eine Pressemeldung usw.²⁹

Auswahl und Darstellung der Suchergebnisse - Ranking

Wie kommt eine Suchergebnisseite, also das Ranking, zustande? Zunächst wird die Bedeutung der Suchanfrage durch eine Wortanalyse bestimmt und ein Abgleich des Suchbegriffs mit den im Index enthaltenen Webseiten vorgenommen. Zusätzlich suchen die Algorithmen nach Hinweisen, wie relevant die einzelnen Seiten für die konkrete Suchanfrage sind, also ob sie z.B. Kontextinformationen enthalten oder lediglich den Suchbegriff wiederholen. Zuletzt wird untersucht, ob die Sprache der Suchanfrage mit der Sprache einzelner relevanter Webseiten übereinstimmt. Übereinstimmende Seiten werden später vorrangig angezeigt. Dann werden die relevanten (also nützlichen) Seiten in eine Rangfolge gebracht. Das jeweilige *Ranking* für eine bestimmte Suchanfrage wird anhand einer Vielzahl von Kriterien dynamisch ermittelt. Diese beinhalten unter anderem Aktualität, Häufigkeit des Suchbegriffs auf der Seite, Nutzerfreundlichkeit der Seite, Vertrauenswürdigkeit und Kompetenz der Seite (z.B. Webseiten, die andere Nutzer bei ähnlichen Anfragen benutzen), Lokalität, Kontextbezug (z.B. wo befinde ich mich zu welcher Zeit und in welcher Sprache suche ich bei welchen Sucheinstellungen?), in manchen Fällen auch die Suchhistorie. Beispielhaft zu einigen wesentlichen Signalen:

²⁹ Weitere Informationen hier: <https://www.google.com/search/howsearchworks/crawling-indexing/>

1) *Keywords* im Text: Es wird ermittelt, welche relevanten Wörter in den durchsuchten Dokumenten vorkommen und in die Suchergebnisliste aufgenommen werden sollten. Dabei müssen Worttypen gewichtet werden – ein Wort wie *“und“* oder *“in“* ist natürlich weniger relevant als ein spezifischer Begriff wie *“Fußball-WM“*. Gewichtet wird auch, wo das Wort vorkommt, ob in der Überschrift oder im Text, ob hervorgehoben oder nicht.

2) *Verlinkungen*: Die Relevanz einer Internetseite bemisst sich auch danach, ob und von welchen anderen Internetseiten auf die zu bewertende Internetseite verlinkt wird. Dieses von *Larry Page* entwickelte mathematische Verfahren (PageRank) wertet mehr als 200 Parameter in Bezug auf Verlinkungen aus. Jede Internetseite besitzt ein Gewicht, das umso größer ist, je mehr Internetseiten mit möglichst hohem Eigengewicht auf diese Internetseite verlinken. Dabei wird die *kollektive Intelligenz des Internet* genutzt und das als wichtig bewertet, was die *Gesamtheit der Nutzer* als wichtig bzw. relevant ansieht.

3) *Aktualität*: Abhängig von der konkreten Suchanfrage werden besonders aktuelle Dokumente angezeigt oder aber ältere Dokumente, die trotz ihres Alters besonders häufig aufgerufen werden oder gerade wegen ihres Alters (Archivqualität) für die konkrete Suchanfrage relevant sind.

4) *Lokalität*: Dieser Faktor bezieht sich auf den Standort und die gewählte Spracheinstellung des Nutzers. Da sich das Internet permanent verändert, wird auch der Ranking-Algorithmus beständig verbessert, um noch bessere Ergebnisse für noch mehr Suchanfragen in der nützlichsten Präsentationsform zu erzielen.³⁰

(ii) *Qualitätssicherung*: Ausschluss systemfremder Ungleichbehandlungen

Da sich sowohl das Internet als auch die von Google angebotenen Dienste beständig weiterentwickeln, erfordert es aufwändige Überprüfungsprozesse, um sicher zu stellen, dass Nutzern beständig relevante Inhalte vorgeschlagen werden. Dies gilt für die allgemeine Google Suche genauso wie für YouTube und weitere Google Dienste. Der Anschaulichkeit halber beschränkt sich die folgende Darstellung wiederum auf die allgemeine Google Suche.

Qualitätsmaßstab: Relevanz des Suchergebnisses für den Nutzer

Suchmaschinen sind für Nutzer konstruiert. Die beschriebene strenge Orientierung an der Relevanz für den *Nutzer* schließt zugleich sachfremde Erwägungen insbesondere bei der Rangfolgeentscheidung aus. Der verständliche Wunsch einer jeden Webseite, möglichst weit oben gelistet zu werden, kann bei der Bestimmung der Relevanz des Suchergebnisses für die Beantwortung der individuellen Nutzerfrage daher keine Bedeutung haben. Insbesondere haben die Geschäftsbeziehungen von Google keinen Einfluss auf Änderungen an den Algorithmen der Google-Suche. Werbetreibende erhalten keine Vorteile in Bezug auf die Rangfolge der Ergebnisse der organischen Suche. Google verkauft Werbefläche, keine Suchergebnisse. Eine Abweichung von diesem Grundprinzip hätte eine Enttäuschung der Nutzererwartungen im Hinblick auf die Qualität der Suchergebnisse zur Folge, die wiederum negativ auf das

³⁰ weitere Informationen hier: <https://www.google.com/search/howsearchworks/algorithms/>

Geschäftsmodell der Suche einwirken würde. Denn eine Abwanderung von Nutzern zur Konkurrenz bedeutet eine unmittelbare Einbuße bei den Werbeschaltungen im Umfeld der Suche und damit einen Umsatzverlust, ganz abgesehen von den Folgen eines Vertrauensverlustes für Produkt und Marke insgesamt.

Fortlaufende Weiterentwicklung der Suche bei beständiger Qualitätssicherung

Das Internet, die Technologien dahinter und damit auch die Nutzererwartungen entwickeln sich beständig weiter. Deshalb steht die verhältnismäßig junge Suchtechnologie vor immer neuen Herausforderungen. Sie bedarf einer kontinuierlichen Weiterentwicklung. Daher setzt Google jährlich mehrere tausend Verbesserungen der Suche und der zugrunde liegenden Algorithmen um, allein im Jahr 2017 gab es 2.453 Änderungen an der Suche. Die Änderungen reichen von Innovationen wie dem Knowledge Graph³¹ bis zur Aktualisierung unserer Rankingalgorithmen. Sie gehen auf eine Vielzahl von Änderungsvorschlägen zurück, die sich wiederum am Prinzip der Relevanz für den Nutzer messen lassen müssen.

Qualitätssicherungsprozess der Google-Suche

Um die Qualität der Suche in der dargestellten Dynamik sicher zu stellen, existiert bei Google ein Qualitätssicherungssystem basierend auf umfassenden Nutzertests und strengen Analyseverfahren für Messwerte. Es werden fortlaufend eine Vielzahl von Tests durchgeführt (im Jahr 2017 allein 250.000), die uns Erkenntnisse über die Qualität unserer Suchergebnisse und die Wirkungen von Änderungen an der Suche liefern. Methodisch stützen sich die Tests im wesentlichen auf die Qualitätsprüfung durch geschulte externe Evaluatoren, Vergleichstests, Live-Traffic-Tests sowie bei Produkteinführungen auf eine abschließende Überprüfung der vorliegenden Erkenntnisse und Daten durch erfahrene Entwickler und Analysten.

Weltweit arbeiten über 10.000 externe Evaluatoren ("Search Raters") daran, die Qualität der Suchergebnisse im Hinblick auf Sachkompetenz und Vertrauenswürdigkeit der Inhalte zu beurteilen. Um ein einheitliches Vorgehen bei diesen Tests zu gewährleisten, stützen sich die Evaluatoren bei ihrer Bewertung auf umfangreiche Richtlinien zur Bewertung der Qualität der Google-Suche, die die Grundprinzipien dessen, was Google für "gute Suche" hält, konkretisieren und mit Beispielen illustrieren. Sie sind hier veröffentlicht.³² Die Bewertungen wirken sich nicht unmittelbar auf die Rangfolgeentscheidung aus, aber sie helfen dabei, Benchmarks für die Qualität der Suchergebnisse festzulegen, damit diese die hohen Anforderungen unserer Nutzer weltweit erfüllen.

Die Vergleichstests dienen der Evaluierung von Änderungen im Suchalgorithmus. Die Evaluatoren bewerten zwei unterschiedliche Listen mit Suchergebnissen: In der einen wurde eine vorgeschlagene Änderung schon vorgenommen, in der anderen noch nicht. Die Evaluatoren geben an, welche Ergebnisse sie bevorzugen und warum.

³¹ <https://googleblog.blogspot.com/2012/05/introducing-knowledge-graph-things-not.html>

³²

<https://static.googleusercontent.com/media/www.google.com/en//insidesearch/howsearchworks/assets/searchqualityevaluatorguidelines.pdf>

Zusätzlich zu den Qualitätsprüfungen der Google-Suche führt Google Live-Traffic-Tests durch, um festzustellen, wie eine repräsentative Gruppe realer Nutzer eine neue Funktion einsetzt, bevor wir diese Funktion als Produktänderung einführen. Für die Tests wird die neue Funktion nur einer kleinen Gruppe von Nutzern zur Verfügung gestellt, in der Regel sind es etwa 0,1 %. Dann werden die Ergebnisse der Testgruppe mit denen einer Kontrollgruppe, die diese Funktion noch nicht verwenden konnte, verglichen. Die von uns erhobenen Daten ergeben eine Vielzahl unterschiedlicher Messwerte, beispielsweise Erkenntnisse, worauf die Nutzer geklickt haben, wie viele Suchanfragen eingegeben wurden, ob Suchanfragen abgebrochen wurden und wie lange es im Durchschnitt dauert, bis die Nutzer auf den Link eines Suchergebnisses klicken. Anhand dieser Ergebnisse wird die Akzeptanz der Änderung unter den Nutzern ermittelt. Auf diese Weise wird in einem weiteren Schritt sichergestellt, dass die geplanten Änderungen auch tatsächlich relevantere und nützlichere Ergebnisse erzielen.³³

Der hohe Nutzerzuspruch für die Google Suche mit einem stetigen Wachstum in einem qualitativ hochwertigen Wettbewerberumfeld belegt, dass durch die geschilderten Prozesse eine nachhaltige Absicherung des Relevanzprinzips gelingt.

(iii) Unterstützung von Webseitenanbietern, damit Nutzer sie online finden

Wenngleich der Fokus der Suche auf dem Nutzer liegt, liefert Google weitreichende Hilfestellungen für Webseitenbetreiber bis hin zu Revisionssystemen gegen Herabstufungen oder Entfernung aus Gründen der Bekämpfung missbräuchlicher Programmierung. Damit möglichst viele Webseiten von Nutzern möglichst treffgenau auf Basis einer Suchanfrage im Internet gefunden werden können, unterstützt Google Webseitenbetreiber bei der technischen Optimierung ihrer Webseitenprogrammierung. Dazu gehören umfangreiche Informationen, um die Suche besser zu verstehen, genauso wie Informationen zur Programmierung einer Webseite im Sinne der technischen Qualitätsansprüche der Google-Suche. Die Hilfestellungen reichen von Informationen darüber, wie man eine Seite so programmiert, dass sie überhaupt gefunden und indexiert werden kann, bis zu Fragen des schnellen Seitenaufbaus (denn Nutzer wollen schnelle Antworten), der Optimierung einer Seite für die mobile Nutzung. Auch Informationen zu missbräuchlichen Programmierungen, die zur Herabwertung oder Entfernung aus den Suchergebnissen führen können (Spam), werden angeboten. Dazu stellen wir eine Vielzahl von Quellen zur Verfügung, unter anderem interaktive Webseiten, Foren, Videos, Ratgeber, Tests zur Fehleranalyse, Live-Support durch Experten, Vorabinformationen über signifikante Algorithmusänderungen.³⁴

Damit das Ranking von Webseiten in den Suchergebnissen nicht durch Täuschung oder Manipulation (sogenannte Spamwebseiten) beeinflusst wird, ist es zudem wichtig, Webmaster bei der Bekämpfung von Spam auf ihren Seiten zu unterstützen, aber auch Webseiten, die

³³ Weitere Informationen zu Nutzerfokus und Qualitätssicherung bei der Google Suche hier: <https://www.google.com/search/howsearchworks/mission/web-users/>.

³⁴ Weitere Ausführungen mit Referenzen zu den genannten Informationsquellen hier: <https://www.google.com/intl/de/search/howsearchworks/mission/site-owners/>

gegen entsprechende Richtlinien verstoßen, zu überprüfen und erforderlichenfalls herabzustufen oder aus den Suchergebnissen zu entfernen. Betroffene Webseiten werden nach Möglichkeit über diese Maßnahmen informiert und bei der Behebung von Fehlern und der Abwehr von Spam-Angriffen durch Dritte unterstützt. Zudem steht Webseitenbetreibern, deren Seiten entfernt wurden, ein Abhilfeprozess gegen diese Maßnahme zur Verfügung. Nach Behebung der angezeigten Probleme können sie einen Antrag auf erneute Überprüfung ihrer Webseite stellen, damit diese wieder in den Webindex aufgenommen wird.³⁵

(iv) Qualitätsbilanz vs. Regulierungsanlass

Die Google Suche ist 2018 20 Jahre alt geworden. Unter Zugrundelegung der vorstehend aufgezeigten Maßnahmen zur Qualitätssicherung im Sinne eines nutzerfokussierten Relevanzprinzips und der daraus resultierenden kontinuierlich hohen Qualität der Suchergebnisse, die sich nicht zuletzt in der großen Zufriedenheit der Nutzer ausdrückt, besteht aus rein praktischer Sicht kein Anlass anzunehmen, dass systematische Diskriminierungen von Inhalten erfolgen. Dies sollte bei der Würdigung der vorgeschlagenen Regulierungsmaßnahmen Berücksichtigung finden. Nur der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle angemerkt, dass keine empirischen Nachweise für Bedrohungen der Meinungsvielfalt durch Intermediäre vorliegen.

c) Anwendungsbereich (§ 53c)

Bei der Formulierung einer die Definition des Medienintermediärs ergänzenden Regelung zeigt sich erneut das bereits oben unter (II.2.d.) erwähnte grundlegende Problem: Intermediäre, die vor allem nicht meinungsbildungs- bzw. vielfaltsrelevante Inhalte zur Verfügung stellen, sollen richtigerweise nach § 53c Abs. 2 Nr. 2 des Diskussionsentwurfs nicht von den regulatorischen Verpflichtungen betroffen sein. Der Regelungsentwurf bezieht sich bei den Ausnahmen allerdings bislang lediglich auf vertikale Suchmaschinen, die auf die Vermittlung von Waren und Dienstleistungen spezialisiert sind. Dies greift zum einen zu kurz, da es eine Vielzahl weiterer Inhalte und Dienste gibt, die ebenfalls nicht meinungsbildungsrelevant sind. Zum anderen sind solche Inhalte regelmäßig im Inhalte-Korpus einer universellen Suchmaschine enthalten, und werden somit umstandslos von den regulatorischen Verpflichtungen, insbesondere dem Diskriminierungsverbot erfasst. Noch konkreter: Wird die allgemeine Suchmaschine als Medienintermediär reguliert, so fallen darunter auch integrierte vertikale Suchfunktionen mit nicht meinungsbildungsrelevanten Inhalten wie Karten-, Wetter- Flug- und Hotelinformationen. Für diese Verhaltenspflichten, die grundrechtlich eine Berufsausübungsregelung und einen Eingriff in unternehmerische Freiheiten darstellen, besteht mangels Meinungsbildungsrelevanz keine Rechtfertigung. Die Regelung muss so formuliert werden, dass sich die Pflichten und ebenso das Beschwerderecht ausschließlich auf journalistisch-redaktionelle Inhalte beziehen können.

³⁵ Weitere Informationen zu Spam-Bekämpfung und Abhilfemöglichkeiten für Webseitenbetreiber unter: <https://www.google.com/intl/de/search/howsearchworks/mission/site-owners/>

Auch die geplante Ausnahmeregelung in § 53c Abs. 2 Nr. 1 lässt zu viel Raum für eine Interpretation zu Lasten der betroffenen Anbieter. "Jedenfalls weniger als eine Million Nutzer im Bundesgebiet pro Monat" ist für sehr viele Dienste unterschiedlich zu beurteilen, weil die Vorschrift den Begriff des Nutzers nicht definiert. Ab wann kann man jemanden als Nutzer einer Suchmaschine bezeichnen? Und kann dafür schon die anonyme Nutzung einer Suchmaschine oder einer Videoplattform genügen und wenn ja, wie soll derselbe Nutzer, wenn er die Suchmaschine an einem anderen Tag nochmals anonym nutzt, gezählt werden? Eine einmalige Nutzung des Dienstes im Monat kann in keinem Fall ausreichend sein. Der bloße anonyme Besuch einer Webseite einmal im Monat würde die Schwelle viel zu niedrig ansetzen, so dass in diesem Fall die Vorschrift ihr offenbar gesetztes Ziel, kleine und mittlere Unternehmen von der Regulierung auszunehmen, nicht erreichen kann. Viel spricht dafür, hier nur Nutzer einzurechnen, die sich bei dem jeweiligen Diensteanbieter registriert haben und sich dann mit dem Nutzernamen einloggen. Aber auch dann ist fraglich, ob das einmalige Einloggen im Monat (unabhängig von der tatsächlichen Nutzungsdauer) ein taugliches Kriterium ist.

Die Regelung eines Zustellungsbevollmächtigten, wie sie § 53c Abs. 3 des Diskussionsentwurfs zum Medienstaatsvertrag vorsieht, muss insoweit ergänzt werden, als sie zu einer Umgehung von gesetzlichen Zustellungsregeln führen kann. In der Praxis führt die Angabe einer Adresse im Inland häufig dazu, dass Schriftstücke dort zugestellt werden, obwohl die Diensteanbieterin ihren Sitz im Ausland hat und daher die Regeln für die Auslandszustellung einzuhalten sind. Aus Kosten- oder Zeitgründen wird jedoch oft versucht, Zustellungen bei der nicht empfangsbevollmächtigten oder vertretungsberechtigten inländischen Stelle vorzunehmen. Die Regelung sollte daher insofern konkretisiert werden, als ausdrücklich geregelt werden muss, dass Zustellungen nur dann bei der inländischen Stelle vorgenommen werden können, wenn sie sich ausschließlich mit § 49 des neuen Medienstaatsvertrags beschäftigen. Das ist allein bei Korrespondenz mit Landesmedienanstalten der Fall. Zudem sollte die Vorschrift insofern präzisiert werden, als es nicht verhältnismäßig wäre, eine natürliche Person mit vollem Namen öffentlich als Vertreterin des Anbieters nennen zu müssen, da diese aller Erfahrung nach Angriffe auf ihre Person und ihre Privatsphäre erleiden wird.

d) Transparenz (§ 53d)

Über den großen Stellenwert von Transparenz gegenüber Nutzern und - im vernünftigen Rahmen - Webseitenbetreibern für Intermediäre besteht kein Dissens.

Transparenz über die Funktionsweise zentraler Dienste ist für Google sogar essentiell, wie die vorstehenden Ausführungen zur Suche und die schon seit langem verfügbaren Informationen über die wesentlichen den Angeboten zugrunde liegenden Prinzipien, Funktionalitäten und Kriterien zeigen. Neben der Qualität und dem Schutz vor externer Manipulation ist Transparenz über die maßgeblichen Funktionen der Suche die Basis für die Glaubwürdigkeit der Angebote. Zudem ist sie die Basis dafür, dass Webseitenbetreiber ihre Angebote im Sinne einer optimalen Auffindbarkeit und Nutzererfahrung technisch anpassen können, was sich wiederum positiv auf die Qualität der Suchergebnisse auswirkt.

Schon weil Intermediäre aus wohlverstandem Eigeninteresse alles tun werden, damit ihre Nutzerinnen und Nutzer die verschiedenen Dienste nicht mit unzutreffenden Erwartungen in Anspruch nehmen und eine positive Nutzererfahrung machen, ist die Erforderlichkeit medienrechtlicher Transparenzvorgaben zur Sicherung der Meinungsfreiheit fraglich. Auf jeden Fall müssten Transparenzvorgaben klar und angemessen sein, um die Verhältnismäßigkeit der Regel zu wahren. Zu weitgehende Transparenzverpflichtungen erzeugen einen ungerechtfertigten Wettbewerbsnachteil für Diensteanbieter und bieten zugleich unredlichen Webseitenanbietern die Möglichkeit, sich über Manipulationen einen systemwidrigen Vorteil in der Auffindbarkeit zu verschaffen, was wiederum den eigentlichen Zielen der Medienregulierung Integrität, Berechenbarkeit und Vielfaltssicherung zuwiderläuft.

Vor diesem Hintergrund erlauben wir uns anzuregen, die vorgeschlagenen Regelungen nochmals auf ihre Verhältnismäßigkeit zu überprüfen.

(i) Unbestimmtheit

Die dem Entwurf innewohnende Unklarheit darüber, wer letztlich darüber bestimmt, was die zu veröffentlichenden *zentralen* Kriterien der Aggregation, Selektion und Präsentation sein sollen, ist problematisch. Bereits das Bestimmtheitsgebot lässt es nicht zu, wesentliche Entscheidungen per Satzungs- oder Richtlinienkompetenz den Aufsichtsbehörden zu überlassen, ganz unabhängig von der Frage, ob in diesem Fall die entsprechenden Kompetenzen vorliegen oder nicht. Diese Entscheidung sollte der Gesetzgeber selbst treffen. Im Hinblick auf die unten beschriebenen Gefahren einer zu weitgehenden Veröffentlichung, die grundrechtlich geschützte Positionen der Diensteanbieter beeinträchtigen würde, erscheint es sinnvoll, den Diensteanbietern eine breite Einschätzungsprärogative einzuräumen.

(ii) Weitgehende Transparenzverpflichtungen sind schädlich und verfehlen das Regelungsziel

Es ist zu berücksichtigen, dass Algorithmen als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der jeweiligen Diensteanbieter einzuordnen sind. Diese sind grundrechtlich nach Art. 12 und 14 GG sowie auf unionsrechtlicher Ebene insbesondere nach Art. 15, 16 und 17 der Charta der Grundrechte (GRCh) geschützt.³⁶ Insoweit gibt es für eine gesetzliche Verpflichtung zur Offenlegung der zentralen Kriterien der eingesetzten Algorithmen enge Grenzen, um als verfassungskonform gelten zu können, denn der Algorithmus ist der hochkomplexe Kern einer Suchmaschine. Seine Erstellung, Pflege und Weiterentwicklung erfordern erheblichen Aufwand; seine Qualität ist entscheidend für den Erfolg eines Suchdienstes. Deshalb haben Unternehmen ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse daran, Informationen dazu nur einem beschränkten Personenkreis zu offenbaren bzw. selbst darüber entscheiden zu können, welche Informationen

³⁶ Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen wird vom EuGH in seiner ständigen Rechtsprechung auf der Ebene des Unionsrechts anerkannt (vgl. EuGH, Slg. 1986, 1965 ff. – AKZO Chemie/Kommission, und EuGH, Slg. 1994, 1911 ff. – SEP/Kommission; vgl. auch *Kloepfer/Greve*, Das Informationsfreiheitsgesetz und der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, NVwZ 2011, 577 (578) m.w.N.).

über die Kriterien der Aggregation, Selektion und Präsentation in welcher Detailtiefe öffentlich gemacht werden sollen und können.

Es den Intermediären zu überlassen, welche Kriterien transparent gemacht werden, ist auch im Einklang mit der Zielrichtung der Transparenzvorschriften: Die Nutzerinnen und Nutzer sollen in den Stand gesetzt werden zu erkennen, was sie vom jeweiligen Dienst erwarten können und was nicht. Es geht darum zu verhindern, dass Nichtzutreffendes versprochen wird und in der Folge Erwartungen enttäuscht werden. Nicht zu vergessen ist, dass neben der Information der Nutzerinnen und Nutzer auch ihr Schutz vor Manipulation von Suchergebnissen ein wichtiges Ziel sein muss. Je umfangreicher aber die verfügbaren Informationen über die Funktionsweise von Algorithmen sind, desto anfälliger wird das System für externe Einflussnahmen und Betrugsversuche - zum Schaden der Nutzerinnen und Nutzer und zum Schaden derjenigen Webseitenbetreiber, die sich an die Spielregeln halten.

Letztlich werden also nur die betroffenen Intermediäre selbst in der Lage sein, die zentralen Kriterien ihrer Algorithmen zu benennen, ohne dass Geschäftsgeheimnisse verletzt und Manipulation ihrer Dienste durch Dritte befördert werden. Ihnen sollte daher auch unter diesem Aspekt ein weitgehender Ermessensspielraum eingeräumt werden.

Das gilt umso mehr für die Vorgabe, derzufolge Änderungen kenntlich gemacht werden müssen. Auch hier muss es eine gesetzlich abgesicherte Einschätzungsprärogative der Intermediäre geben, alles andere wäre aufgrund der Fülle und Art der täglichen Änderungen kontraproduktiv und riskant. Zur Illustration: allein im Jahr 2017 wurden an den Algorithmen der Google-Suche 2.453 Änderungen umgesetzt. Ein Großteil dieser Änderungen dient der Bekämpfung von Manipulationen der Suchergebnisse oder setzt technische Optimierungen ohne signifikante Auswirkung auf die Rangfolgeentscheidungen um. Würde man nun jede dieser Änderung wie es der Gesetzesentwurf verlangt "unverzüglich kenntlich machen" hätte dies zwei Dinge zur Folge: Erstens würde selbst dem interessierten Nutzer ein Bärendienst erwiesen, da durch eine derartige ungefilterte MasseninFORMATION gerade keine Transparenz erzielt, sondern Nutzer durch irrelevante Überinformation belastet würden. Und zweitens würde durch die Kommunikation von Änderungen zur Manipulationsbekämpfung unredlichen Webseitenanbietern eine Steilvorlage zum nächsten Manipulationsversuch zugespielt, wie ein prominentes Beispiel aus der Vergangenheit veranschaulicht: 1999 veröffentlichten die Gründer von Google einen bahnbrechenden Artikel³⁷ zum PageRank, einer der wichtigsten Innovationen für die Google-Algorithmen. Nach der Veröffentlichung versuchten Spammer, die Google-Ergebnisse zu manipulieren, indem sie in Linktauschprogrammen Links kauften und verkauften.³⁸

(iii) Die Offenlegung der Gewichtung von Kriterien begegnet praktischen Schwierigkeiten

Schließlich begegnet die Verpflichtung, die *Gewichtung* der zentralen Kriterien offenzulegen, gravierenden praktischen Schwierigkeiten. Der Grund hierfür ist, dass es keine einheitliche

³⁷ <http://infolab.stanford.edu/~backrub/google.html>

³⁸ https://support.google.com/webmasters/answer/66356?hl=de&ref_topic=6001971

Gewichtung gibt, sondern das Verhältnis der verschiedenen Signale des Algorithmus vielmehr sehr dynamisch ist und sich zudem in Abhängigkeit von der jeweiligen Suchanfrage unterschiedlich gestaltet.

Zunächst einmal sind die im Internet verfügbaren Inhalte dynamisch. Ein gutes Beispiel bietet der Begriff "Bundestag". Generell ist davon auszugehen, dass Webseiten, die den Begriff Bundestag enthalten, eher "statisch" sind und die relevantesten Resultate einer entsprechenden Suche zu Seiten führen, die die Rolle und Funktion des deutschen Parlaments erläutern. Anders jedoch, wenn das deutsche Parlament Beteiligter eines Ereignisses ist, das aktuellen Nachrichtenwert hat, beispielsweise unmittelbar nach einer Bundestagswahl. In diesem Fall wird der Suchbegriff "Bundestag" in einer signifikanten Anzahl von Inhalten mit aktuellen Nachrichten auftauchen. Wenn aber eine erhebliche Anzahl aktueller Nachrichteninhalte zu einem bestimmten Suchbegriff produziert wird, schließt der Suchalgorithmus daraus, dass es sich um eine Suchanfrage mit Nachrichtenbezug handelt und zeigt das sogenannte "Top Stories Karussell", eine herausgehobene Anzeige von Nachrichtenergebnissen, die besonders aktuelle Ergebnisse auf der Suchergebnisseite ganz oben darstellt. Statische Seiten über den Bundestag werden dann weiter unten angezeigt, denn in diesem Fall gewichtet der Algorithmus die Aktualität, die "Neuheit" der Seite deutlich höher.

Ebenfalls dynamisch ist die Gewichtung verschiedener Signale in Bezug auf unterschiedliche Arten von Suchanfragen. Ein anschauliches Beispiel ist die unterschiedliche Behandlung von kurzen und langen, detaillierten Suchanfragen. Um hochwertige Suchergebnisse zu erzielen, ist es wichtig, lange Anfragen, wie zum Beispiel "ist Pluto ein Mond oder ein Planet?" anders zu behandeln als kurze Suchanfragen, wie zum Beispiel "Pluto". Im Fall einer langen Anfrage wird der Suchalgorithmus das Signal "Synonym", also die Identifikation von Synonymen zu den in der Suchanfrage genannten Begriffen, auf Webseiten höher gewichten als bei einer kurzen Anfrage. Der Grund dafür ist, dass die lange Anfrage aufgrund ihres Detaillierungsgrades deutlich komplexer ist und daher unwahrscheinlich ist, dass sie präzise zu einer Webseite passt.

Und auch die Kategorie des Inhalts, der relevant für eine bestimmte eine Suchanfrage ist, hat einen Einfluss auf die Gewichtung. Beispielsweise wird eine Suchanfrage wie "Pizza" den Schwerpunkt der Gewichtung auf lokale Ergebnisse - Pizzerien, Lieferdienste etc. - legen, während dies bei Suchanfragen wie "Pizzarezept" nicht der Fall sein wird. Genauso liegt der Schwerpunkt einer Suchanfrage wie "Kauai Sunset" wahrscheinlich auf Bildinhalten, während die Suchanfrage "Maui Sunset" je nach Ort und Zeit der Suche eher Bezug auf eine bekannte Ferienanlage nimmt und andere Inhaltkategorien betrifft. Der Algorithmus wird auch hier die Signale unterschiedlich ausbalancieren und unterschiedliche Ergebnisse zu den jeweiligen Nutzungsszenarien anzeigen.

Vor dem Hintergrund der Dynamik dieser Gewichtungen und der riesigen Menge der Eingaben, die durch Algorithmen wie denen der Google Suche verarbeitet werden (Google verarbeitet Billionen von Suchanfragen im Jahr), ist es unmöglich, "die Gewichtung der Rangfolgekriterien" zu veröffentlichen und es liegt auf der Hand, dass dadurch auch keine größere Transparenz

erzielt würde. Zudem greifen auch hier bei differenzierter Darstellung wieder Bedenken im Hinblick auf die Verletzung von Geschäftsgeheimnissen und Manipulation. Anstelle einer Regelung zur Offenlegung von Gewichtungskriterien empfehlen wir Transparenzmaßnahmen, die den Nutzer befähigen, Dienste zu verstehen und ihre Nutzung zu kontrollieren: Google kann diesbezüglich mit vorbildlichen Initiativen wie *“Wie funktioniert die Google Suche”*³⁹ oder *“Mein Konto”*⁴⁰ positive Erfahrungen verbuchen.

Zuletzt sei auch darauf hingewiesen, dass die Anforderung *“in verständlicher Sprache”* mit der Anforderung einer umfassenden und aus sich heraus verständlichen Darstellung kollidieren kann. Da die Norm erkennbar auf die Information eines durchschnittlich verständigen Nutzers gerichtet ist, ist zu erwarten, dass der Detailgrad der Information darauf abgestimmt werden wird und nicht die Informationstiefe erreicht werden kann, die zu einem grundlegenden Verständnis des Algorithmus nötig wäre. Letztes kann aus verfassungsrechtlichen Gründen ohnehin nicht verlangt werden, wie im Folgenden zu zeigen sein wird.

(iv) Verfassungsrechtliche Erwägungen: §53d kollidiert mit Artikeln 12 und 14 Grundgesetz

§ 53d Abs. 1 und 2 des Diskussionsentwurfs zum Medienstaatsvertrag sieht vor, dass Medienintermediäre bestimmte Informationen, die im Normentwurf aufgezählt werden, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar zu halten haben. Als Beispiele eines Medienintermediärs werden in § 2 Abs. 13b auch Suchmaschinen genannt. Besondere Relevanz erlangt in dem Kontext § 53d Abs. 1 Nr. 2, wonach Medienintermediäre Informationen über die Funktionsweise der eingesetzten Algorithmen bereithalten müssen. Algorithmen sind als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse einzuordnen, die grundrechtlich nach Art. 12 und 14 GG sowie auf unionsrechtlicher Ebene insbesondere nach Art. 15, 16 und 17 der Charta der Grundrechte (GRCh) geschützt sind. Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse wird vom EuGH in seiner ständigen Rechtsprechung auf der Ebene des Unionsrechts anerkannt.⁴¹

Die gesetzliche Verpflichtung, zentrale Kriterien von Algorithmen offenzulegen, begegnet vor diesem Hintergrund erheblichen verfassungsrechtliche Bedenken.

Von der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG ist auch die Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb im Rahmen der hierfür aufgestellten rechtlichen Regeln umfasst.⁴² Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind als Grundlage für die Wettbewerbsfähigkeit eines Unternehmens von erheblicher Bedeutung. Der Algorithmus stellt das Herzstück einer Suchmaschine dar. Es handelt sich dabei um komplexe mathematische Vorgänge, die mit erheblichem Aufwand geschaffen werden. Der Suchalgorithmus ist entscheidend für die Art und Weise der

³⁹ <https://www.google.com/intl/de/search/howsearchworks/algorithms/>

⁴⁰ <https://myaccount.google.com/>

⁴¹ vgl. EuGH, Slg. 1986, 1965 ff. – AKZO Chemie/Kommission, und EuGH, Slg. 1994, 1911 ff. – SEP/Kommission; vgl. auch Klopfer/Greve, Das Informationsfreiheitsgesetz und der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, NVwZ 2011, 577 (578) m.w.N.

⁴² Klopfer/Greve, Das Informationsfreiheitsgesetz und der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, NVwZ 2011, 577 (578)

Beantwortung von Nutzeranfragen und damit für den Erfolg eines Suchdienstes. Aus diesem Grund haben Unternehmen ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse daran, diese Tatsachen einem nur beschränkten Personenkreis zu offenbaren. Er ist daher als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis vom Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG umfasst. Mit der in § 53d Abs. 1 Nr. 2 vorgesehenen Pflicht zum ständigen Verfügbarhalten von Informationen zu eingesetzten Algorithmen greift der Gesetzgeber in den durch die Berufsfreiheit geschützten Bereich ein und beeinträchtigt die Position der Medienintermediäre im Wettbewerb erheblich. Die Pflicht zur Offenbarung reduziert so die durch eigene Leistung eines Marktteilnehmers erreichten Wettbewerbsvorteile durch einen hoheitlichen Akt. Die durch § 53d Abs. 1 Nr. 2 begründete Verpflichtung, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse offenzulegen, würde somit einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG darstellen.

Auch stellt der geplante § 53d Abs. 1 Nr. 2 nach unserer Auffassung einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG dar. Wie vorstehend konstatiert, sind Algorithmen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, die von entscheidender wirtschaftlicher Bedeutung sind und daher einen erheblichen Vermögenswert des Suchmaschinenbetreibers repräsentieren. In diesen Vermögenswert wird durch die Verpflichtung zur Offenbarung an Dritte, wie es insbesondere § 53d Abs. 1 Nr. 2 im Diskussionsentwurf vorsieht, erheblich eingegriffen. Nach der Rechtsprechung des BVerfG kann allerdings der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen durch Art. 14 Abs. 1 GG nicht weiter gehen als der durch Art. 12 Abs. 1 GG. Daher konzentriert sich die Frage der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung eines Eingriffs auf Art. 12 Abs. 1 GG.

Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs hat das BVerfG sukzessiv die klassische Drei-Stufen-Lehre in eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung überführt. Hierfür ergänzt das BVerfG den Maßstab für die erforderlichen vernünftigen Gemeinwohlerwägungen auf der Ebene der Berufsausübung durch differenzierte Kriterien wie „Intensitätsgrad“ und „Wirkungsziel“.⁴³ Insbesondere in Bezug auf den erheblichen Eingriff, der durch die Verpflichtung zur Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen erfolgt, ist die Verhältnismäßigkeit der Transparenzregelung daher in Frage zu stellen.

Das Gebot der Sicherung der Pluralität im Medienbereich wird aus Art. 5 Abs. 1 GG abgeleitet, der als zentrale Grundrechtsnorm für die geistige Freiheitsentfaltung in der Kommunikation und nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG einen Eckpfeiler unserer freiheitlich-demokratischen Verfassungsordnung darstellt.⁴⁴ Für die Verhältnismäßigkeitsprüfung kann insofern festgestellt werden, dass die Sicherung des Medienpluralismus eine legitime Zielsetzung ist, für deren Erreichung eine Transparenzregelung geeignet wäre. Ob eventuell mildere Mittel ebenso zielführend wären, kann dem vorliegenden Entwurf ohne Begründung nicht entnommen werden.

⁴³ Mann in Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 8. Auflage 2018, Art. 12 Rn. 139 m.w.N.

⁴⁴ Kreile/Thalhofer, Suchmaschinen und Pluralitätsanforderungen, ZUM 2014, 629 (630).

Was die Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit i.e.S.) betrifft, ist in jedem Fall das Geheimnisinteresse der Marktteilnehmer von zentraler Relevanz. Dabei ist besonders die Wettbewerbsrelevanz einer Maßnahme zu betrachten. Diese bemisst sich an Kriterien wie z.B. den Einfluss auf Wirtschafts- und Marktstrategie, Kostenkalkulation und Entgeltgestaltung eines Unternehmens sowie anderen betriebsbezogenen internen Umständen.⁴⁵

Wie bereits erläutert, können aus Algorithmen zentrale Rückschlüsse auf die Wirtschafts- und Marktstrategie eines Suchmaschinenanbieters abgeleitet werden. Die Funktion einer Suchmaschine besteht darin, schnell und präzise Informationen bereit zu stellen, die bestmöglich zur gestellten Suchanfrage passen. Somit soll die Nutzung der Weiten des Internets, das mittlerweile einen nicht mehr überschaubaren Bestand an Inhalten aufweist, vereinfacht werden. Selektion und nutzergerechte Präsentation der Inhalte basieren auf der einzigartigen Berechnungsgrundlage des Algorithmus. Dieser ist entscheidend für die Qualität und Quantität der bereitgestellten Informationen sowie für die Schnelligkeit der Suche. Konsequenterweise folgt daraus, dass der Algorithmus einen zentralen Teil der Wirtschafts- und Marktstrategie einer Suchmaschine ausmacht. Ein weiterer relevanter Indikator zur Bewertung der Wettbewerbsrelevanz liegt in dem Ausmaß des wirtschaftlichen Schadens, der durch die Preisgabe von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen verursacht wird.⁴⁶ Die Einzigartigkeit eines Algorithmus kann für Betreiber von existentieller wirtschaftlicher Bedeutung sein. Die Offenlegung eines solchen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses würde daher zu einem massiven Eingriff in den Wettbewerb der Intermediäre untereinander führen und einen erheblichen wirtschaftlichen Schaden mit sich bringen.

Weiterhin ist darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber auch an anderen Stellen gesetzlich dem Schutz von Berufs- und Geschäftsgeheimnissen ausdrücklich Rechnung trägt. Zu nennen ist hier insbesondere § 6 S. 2 Informationsfreiheitsgesetz (IFG). Hiernach darf Zugang zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nur gewährt werden, *soweit der Betroffene eingewilligt hat*. Der Einwilligungsvorbehalt in § 6 S. 2 IFG unterstreicht die Wichtigkeit, die der Gesetzgeber dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen beimisst.

Die Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung⁴⁷ schafft für den Schutz von Geschäftsgeheimnissen sogar einen in sich geschlossenen neuen Rechtsrahmen. In Umsetzung dieser Richtlinie hat die Bundesregierung am 18. Juli 2018 einen Gesetzentwurf vorgelegt, der ebenfalls den besonderen Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen unterstreicht und explizit den Schutz vor der Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen stärken soll.

⁴⁵ Kloepfer/Greve, Das Informationsfreiheitsgesetz und der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, NVwZ 2011, 577 (579).

⁴⁶ Tyczewski/Elgeti, Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Informationsfreiheitsrecht, NWVBl. 08/2016, 281 (284).

⁴⁷ ABl. L 157 vom 15.6.2016, S. 1.

Auch der Bericht der AG-Intermediäre der *Bund-Länder-Kommission* verdeutlicht, dass der „Wahrung von Geschäftsgeheimnissen und dem Schutz des Intermediärs vor Manipulation durch Dritte“ Rechnung zu tragen ist.⁴⁸ Eine Berücksichtigung dieser Forderung lässt sich dem zur Diskussion gestellten § 53d indes nicht entnehmen, da die Norm durch die Offenlegung der Algorithmen gerade Gegenteiliges bewirkt.

Insgesamt dürfte dem schutzbedürftigen Geheimhaltungsinteresse der Unternehmen zwar das Interesse an der Pluralitätssicherung gegenüberstehen. Der geplante § 53d spiegelt das bedeutende, besonders wettbewerbskritische Geheimhaltungsinteresse der betroffenen Unternehmen indes nur unzureichend wider und missachtet damit die verfassungsrechtlichen Anforderungen. Der Eingriff in Art. 12 und 14 GG erscheint nicht verhältnismäßig.

e) Diskriminierungsfreiheit (§ 53e)

Neben Transparenzregeln enthält der Diskussionsentwurf zum Medienstaatsvertrag auch die Überlegung, ein Diskriminierungsverbot für solche Intermediäre einzuführen, die einen „potentiell besonders hohen Einfluss“ auf die Wahrnehmbarkeit von journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten haben. Die Länder haben diesen Abschnitt aber bewusst als „offen“ gekennzeichnet, da sie sich weder sicher noch einig sind, ob es einer über die Transparenzvorschriften hinausgehenden Regulierung zur Erreichung der politischen Ziele überhaupt bedarf bzw. ob Vorgaben zur Diskriminierungsfreiheit rechtssicher umgesetzt und kontrolliert werden können.

(i) Erforderlichkeit eines Diskriminierungsverbots

Die vorgestellte Nichtdiskriminierungsregel führt, wie im Folgenden dargestellt wird, zu gravierenden Negativfolgen für Dienstbetreiber, Nutzer und Webseitenanbieter, die im Falle einer Beschwerde von Medienanbietern gegen ihre Rangfolgebevorzugung unterliegen. Dies provoziert die Frage nach der Erforderlichkeit einer solchen Regelung. Die Einführung neuer, belastender Regulierung erfordert grundsätzlich, dass nachweislich ein Missstand besteht oder - im Falle des Medienrechts - droht, den nur der Gesetzgeber durch hoheitliches Eingreifen abstellen oder verhindern kann. Konkret: Besteht nachweisbar der Anlass anzunehmen, dass von der Regelung potentiell betroffene Intermediäre in der Vergangenheit bestimmte Medieninhalte bewusst diskriminiert und damit strukturell die Meinungsvielfalt oder die kommunikative Chancengleichheit gefährdet haben?

Die Erläuterungen zum Staatsvertragsentwurf im Rahmen der Online-Konsultation, allerdings auch der Abschlussbericht der Bund-Länder-Kommission, gehen auf diese Fragen nicht weiter ein. Vielmehr heißt es in den Erläuterungen zu Ausgangslage und Zielen der Intermediärsregulierung lediglich *„Im Zuge der Konvergenz der Medien hat sich das*

⁴⁸ Bericht der Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz, Juni 2016. S. 35.
https://www.rlp.de/fileadmin/rlp-stk/pdf-Dateien/Medienspolitik/2016-06-01_-01-_Bericht_BLKM_pol_Steu-erungsgruppe_FINAL_bf.pdf

Mediennutzungsverhalten der Bevölkerung geändert. Dies zeigt sich insbesondere an einer stark zunehmenden Informationsbeschaffung und -nutzung über das Internet. Diese erfolgt zu einem erheblichen Teil über sogenannte Intermediäre. Diesen kommt dadurch eine stärkere Rolle im gesellschaftlichen Diskurs zu. Zur Sicherung der Meinungsvielfalt und der Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit im Internet soll dies durch einen eigenständigen Regulierungsansatz erfasst werden.“

Im Falle der betroffenen Google-Dienste besteht unter dieser Zielsetzung jedenfalls kein Anlass, der ein medienrechtliches Nicht-Diskriminierungsgebot erforderlich machen würde. Darüber hinaus muss sich auch die Verhältnismäßigkeit der vorgeschlagenen Regulierungsinstrumente vor dem Hintergrund ihrer in Frage zu stellenden Erforderlichkeit einer strengen Prüfung unterziehen lassen.

(ii) Diskriminierungsverbot greift unverhältnismäßig in die Funktionalität der Suchmaschine und vergleichbarer Dienste ein

Das in § 53e zur Diskussion gestellte Diskriminierungsverbot ist nicht nur nicht erforderlich, es würde sogar selbst diskriminierende Effekte erzeugen, die in Konflikt mit der Sortierung von Suchergebnissen nach Relevanz für die Nutzer geraten würden. Das vorgesehene Beschwerderecht für Inhaltenanbieter würde nämlich das Grundprinzip der Suche konterkarieren, die Rangfolge der Ergebnisdarstellung an der Nützlichkeit der gelisteten Internetseiten für die Beantwortung der konkreten Frage des einzelnen Nutzers zu messen. Der in aller Regel geschäftlich begründete Wunsch eines jeden Inhaltenanbieters im Internet, bei der Darstellung von Suchergebnissen ganz oben zu stehen, würde sich in der Folge auf alle Suchergebnisse auswirken, und zwar zu Lasten der Nutzer. Bevorzugt würde - gemessen an der Gesamtheit der im Internet verfügbaren Inhalte - die kleine Gruppe von Medienanbietern. Die Annahme, jede Suchanfrage ziele automatisch auch auf journalistisch-redaktionelle Inhalte, ist aber falsch. Bei den meisten Anfrage geht es um andere Dinge. Durch ein Diskriminierungsverbot würde das Medienrecht mittelbar auch Inhalte regulieren, für die die Länder gar nicht zuständig sind.

Ein Diskriminierungsverbot für Intermediäre ist folglich nicht geeignet, die Meinungsvielfalt zu sichern oder kommunikative Chancengleichheit zu gewährleisten. Im Gegenteil: Es wäre bei der Nutzung von allgemeinen Suchmaschinen oder anderen, auf einer Selektion durch Algorithmen basierenden Dienste sogar nachteilig für die Nutzer, die im Zweifelsfall nicht mehr die Ergebnisse bekommen, die ihrer Suche am besten entsprechen. Das aber würde Vielfalt und Nutzerautonomie schaden.

Suchdienste müssen Inhalte ungleich behandeln

Die im Kern der traditionellen rundfunkrechtlichen Plattformregulierung entstammenden Diskriminierungsregeln des Entwurfs passen nicht auf Intermediäre, sondern stehen im Konflikt mit ihrer oben ausführlich beschriebenen Funktion. Intermediäre *müssen* Inhalte im Interesse ihrer Nutzer notwendigerweise ungleich behandeln, um den Nutzern die jeweils passendsten Ergebnisse präsentieren zu können. Um im Wettbewerb der allgemeinen (z.B. Google, Bing,

Yahoo!, Qwant, DuckDuckGo) und spezialisierten (z.B. Amazon, YouTube, Idealo, ebay, Trivago, AirBnB, tripadvisor, SoundCloud) Suchmaschinen bestehen zu können, müssen die Anbieter aus der riesigen Fülle der in ihrem Index befindlichen Webseiten die für die jeweilige Suchanfrage passendsten Antworten identifizieren. Dazu erfolgt eine Differenzierung der Seiten mit dem Ziel, die jeweils relevanten Unterschiede zwischen verschiedenen Webseiten ausfindig zu machen und diese in den Suchergebnissen abzubilden. Eine solche Differenzierung ist der Wesenskern eines Suchdienstes, vor allem beim Ranking, also der Festlegung der Reihenfolge der einzelnen Suchergebnisse. Sie geschieht allein im Interesse der *Nutzer*, nicht jedoch im Interesse der verlinkten Webseiten, also der Anbieter von Medien- oder sonstigen Inhalten. Dies hat gute Gründe, denn der Anbieter von Medieninhalten wird immer Argumente dafür finden, warum gerade sein Inhalt vor dem Inhalt eines Wettbewerbers angezeigt werden sollte.

Die Überlegung, ein Diskriminierungsverbot einzuführen, beruht auf einer vereinfachenden, der Komplexität einer auf Algorithmen beruhenden Suche nicht angemessenen Vorstellung. Sie geht davon aus, dass ein Intermediär bzw. seine Verantwortlichen entscheiden, was relevant für den Nutzer ist bzw. die Rangfolge selbst festlegen. Genau das aber tun sie nicht. Der Erfolg der Google-Suche und vergleichbarer Dienste beruht auf ausgeklügelten Verfahren, die sich in gewisser Weise die "Schwarmintelligenz" des Netzes zu Nutze machen, um Relevanz zu ermitteln. Nicht der Suchdienst allein entscheidet über Relevanz, sondern Links und Verweisstrukturen im Netz, die mathematisch ausgewertet werden. Im Grunde handelt es sich um ein rekursives System, das nicht zentral gesteuert werden kann, jedenfalls nicht, wenn es die vom Nutzer gewünschte Qualität hervorbringen soll. Die angedachten Diskriminierungsregeln greifen in einem solchen System nicht. Eingriffe von außen würden das Gefüge der Suche vielmehr insgesamt durcheinander bringen und zu schwerwiegenden Verzerrungen führen.

Die Internetsuche ist keine Mediensuche

Weil es bei der Diskussion über einen Medienstaatsvertrag leicht übersehen wird, soll hier noch einmal betont werden, dass die weit überwiegende Zahl der von Intermediären zu beantwortenden Suchanfragen nicht auf journalistisch-redaktionelle Inhalte zielt. Daher verweist nur ein geringer Teil der Suchergebnisse auf solche Inhalte, also auf Angebote, die potenziell relevant sind, um sich eine Meinung über das Tagesgeschehen zu bilden. Die im Entwurf skizzierte Beschwerderegulung aber würde es Medienunternehmen ermöglichen, sich über alle Suchergebnisse und deren Ranking zu beschweren.

Diese Konstruktion hätte unabhängig von der jeweiligen Beschwerde Folgen für alle Suchvorgänge. Der Algorithmus müsste in jedem Fall insgesamt überarbeitet werden und damit wären auch solche Suchen betroffen, die sich gar nicht auf journalistisch-redaktionelle Angebote beziehen. Fraglos könnten Medienanbieter bei jedem beliebigen Thema argumentieren, dass es gute journalistische Beiträge zu diesem Suchbegriff gibt. Ein Diskriminierungsverbot gäbe folglich allein den Medienanbietern ein Beschwerdeinstrument an die Hand, um ihre Inhalte im Ranking nach vorne zu bringen. Die notwendigen systematischen Veränderungen am Algorithmus (und an den unzähligen, miteinander im Zusammenhang stehenden und sich jeweils beeinflussenden Rechenvorgängen) würden indes weltweit und für

alle Arten von Inhalten Wirkung zeigen und durch Wechselwirkungen alle weiteren Suchen beeinflussen. Das wiederum würde die Suchergebnisse für alle Suchenden verzerren, die Grundfunktionalität der Suche beeinträchtigen und die Erwartungen der Nutzer enttäuschen.

Es gibt keinen operationalisierbaren Maßstab für Diskriminierung

Der im Diskussionsentwurf generalklauselartig formulierten Diskriminierungsregel ist kein operationalisierbarer Maßstab zu entnehmen, der es ermöglichen würde festzustellen, wann eine Diskriminierung vorliegen würde. Dass dem so ist, ist durchaus verständlich: Woran sollte sich bei den Milliarden täglich durchgeführter Suchanfragen eine unbillige Behinderung zeigen und anhand welcher Kriterien sollte entschieden werden? Schließlich geht es um individuelle Suchanfragen mit jeweils unterschiedlichen Kontextinformationen, die sich in den Ergebnissen spiegeln. Daher können identische Suchanfragen, zu unterschiedlichen Zeiten an verschiedenen Orten gestellt, auch zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Intermediäre stellen nicht die gleichen Angebote für das ganze Publikum zusammen. Auch dadurch unterscheiden sie sich zum Beispiel von Kabelnetzbetreibern und Rundfunkveranstaltern.

Auch in der Praxis der Suche zeigt sich, dass einfache Diskriminierungsregeln nicht funktionieren. Wenn etwa nach dem Begriff "Titanic" gesucht wird, ist es schwer zu entscheiden, was gesucht wird: das versunkene Kreuzfahrtschiff, das Broadway Musical, der Katastrophenfilm, die Satire-Zeitschrift? Wenn es um den Film ginge: Könnte sich dann ein TV-Sender beschweren, falls das hauseigene Angebot im Live-Programm nicht zur Zufriedenheit des Senders in den Suchergebnissen erscheint? Oder, ein weiteres Beispiel: Wenn nach "Aldi" gesucht wird, geht es um saisonale Preisknüller, das Firmen-Imperium, die Adresse der nächstgelegenen Filiale, um kritische Medienberichte über Aldi oder um Presseberichte, die das Ergebnis guter PR sind? Abhängig von der Absicht der jeweils Suchenden kann die relevanteste Antwort die Seite mit den Sonderangeboten, der Wikipedia-Eintrag, eine Straßenkarte oder ein journalistischer Artikel sein. Ein praktisches Beispiel: Samstag in einer belebten Innenstadt. Jemand möchte auf dem Smartphone nachschauen, ob sein Lieblingsshop das aktuelle Sonderangebot noch hat und sich dann zur nächsten Filiale leiten lassen. Würde dieser Nutzer, diese Nutzerin es als hilfreich betrachten, wenn etwa die Suchworteingabe zunächst mehrere Medienbeiträge etwa über Steuerpraktiken oder die Familiengeschichte der Eigentümer liefert? Wenn ein Artikel der FAZ, aber keiner der Süddeutschen Zeitung auf der ersten Suchergebnis-Seite verlinkt würde, wäre das dann schon Diskriminierung?

Dieses Beispiel verdeutlicht auch, dass es selbst bei Suchanfragen, bei denen es ausschließlich um Nachrichten geht, wie etwa bei Google News, nicht möglich wäre, einen vernünftigen und nachvollziehbaren Maßstab für Diskriminierung zu finden.

Kurzum, es wird nicht möglich sein, einen operationalisierbaren Maßstab für Diskriminierung bei der Suche zu entwickeln. Auch die Monopolkommission bezweifelt in ihrem Hauptgutachten 2018, ob ein Diskriminierungsverbot in der Praxis überhaupt überprüfbar wäre.⁴⁹ Deswegen zielt ein Diskriminierungsverbot ins Leere, führt aber gleichwohl zu Kollateralschäden wie

⁴⁹ XXII. Hauptgutachten der Monopolkommission, Wettbewerb 2018, Ziffer 1177. S. 396.

gravierender Funktionsbeeinträchtigung, Nachteilen für Nicht-Medienanbieter und Rechtsunsicherheit für alle Seiten, einschließlich der Aufsichtsbehörden. In der Praxis dürfte dies zu kaum sachgerecht zu lösenden Auseinandersetzungen zwischen Inhaltenanbietern führen. Gewährte man Medienanbietern einen eigenen, medienrechtlichen Anspruch, könnten sie verstärkt versuchen, ihre eigenen Inhalte als im Vergleich zu Wettbewerbsangeboten ungleich behandelt darzustellen, um Suchmaschinen mit Hilfe des Medienrechts zu zwingen, sie im Ranking weiter nach oben zu bringen. Der Entwurf der Rundfunkkommission sieht jede ungleiche Behandlung "ohne sachlich gerechtfertigten Grund" als Diskriminierung an und knüpft weder Mindestvoraussetzungen an die Geltendmachung eines solchen Anspruches noch beschränkt er die Tatbestände auf mißbräuchliche, zielgerichtete Schlechterstellungen. Daher besteht Sorge, dass die medienrechtliche Aufsicht ebenso wie Intermediäre ihre Energie zukünftig darauf verwenden müssen, sich in Auslegungsfragen darüber zu verlieren, was einen "sachlich gerechtfertigten Grund" darstellt: die Aktualität des Inhalts? die Häufigkeit des Suchbegriffs auf der Seite? die Nutzerfreundlichkeit oder Ladegeschwindigkeit der jeweiligen Webseite? die Schriftgröße? die Bildqualität? der Aufenthaltsort des Suchenden?

Schließlich sei darauf verwiesen, dass Intermediäre von anderer Stelle gerade dazu aufgefordert sind, Inhalte unterschiedlich zu behandeln. Sie sollen zum Beispiel nach dem EU Code of Practice on Disinformation sich dazu verpflichten, "relevante, authentische und zuverlässige Informationen zu priorisieren, in der Suche, Feeds oder anderen automatisch sortierten Verbreitungskanälen".⁵⁰ Damit werden zum Beispiel Informationen aus zuverlässigen Nachrichtenquellen wie dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk gemeint sein. Es liegt auf der Hand, dass es hier zu einem Zielkonflikt und ggf zu Auseinandersetzungen zwischen Inhaltenanbietern und Intermediären über die "richtige" Priorisierung und die "sachliche Rechtfertigung" kommen würde, sollte der Medienstaatsvertrag wie geplant umgesetzt werden.

Die Nutzerperspektive wird verlassen

Ohne Zweifel spielen Intermediäre eine Rolle für die individuelle und öffentliche Meinungsbildung. Es ist aber noch nicht hinreichend erforscht, wie diese Rolle genau aussieht, welche Auswirkungen welche Intermediäre auf das Rezeptionsverhalten der Nutzer, den Meinungsbildungsprozess sowie auf Inhalteangebote und Anbieter haben. Diese Erkenntnisse sind aber erforderlich, wenn man ein Regulierungserfordernis, die Schutzrichtung einer Norm und vor allem verhältnismäßige Regulierungsinstrumente belastbar konturieren will. Der vorliegende Entwurf zeigt hier folgenschwere Unsicherheiten, beispielsweise in der widersprüchlichen Schutzrichtung der Regelungen zur Transparenz einerseits und der Nichtdiskriminierungsregeln andererseits:

Die Diskussion um die Einführung von Transparenzvorschriften zielte von Beginn an auf den Schutz der Nutzer ab. Bereits das von den Staatsrechtslehrern Winfried Kluth und Wolfgang Schulz im Auftrag der Rundfunkkommission der Länder erstellte Gutachten zu den

⁵⁰ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation>. Commitment No. 5.

regulatorischen Folgen der Medienkonvergenz wies eindeutig in diese Richtung.⁵¹ Auch die Verantwortlichen des für die Regulierung von Intermediären federführenden Hamburg haben immer wieder herausgestellt, dass es um die Bereitstellung von Informationen geht, die den Nutzern eine Einordnung der Dienste des Intermediärs erlauben.⁵² Es geht folglich im Kern darum, die Nutzer vor falschen Erwartungshaltungen gegenüber Intermediären zu schützen, also sicherzustellen, dass sie hinreichend darüber informiert werden, was ihnen nach welchen Kriterien angeboten wird. Beim jetzt zur Diskussion gestellten Diskriminierungsverbot hingegen geht es allein um den Schutz von bestimmten Inhaltenanbietern. Es findet also ein durchaus problematischer Perspektivwechsel statt. Denn eine Perspektive, die den Schutz von einzelnen Medieninhalten und deren Anbietern in den Vordergrund stellt, passt nicht zu den Leistungen, die die Nutzer von Intermediären erwarten. Wenn etwa bei der Internetsuche über die Hintertür eines medienrechtlichen Diskriminierungsverbots die Reihung von Suchergebnissen beeinflussbar wird, hat das Folgen für die Qualität der Suchergebnisse. Das würde im Zweifelsfall dazu führen, dass der Nutzer nicht das bekommt, was er will.

Dadurch, dass mit den Diskriminierungsregeln die Nutzerperspektive verlassen wird, vermengt der Diskussionsentwurf zwei unterschiedliche Schutzrichtungen. Dies führt zu Unklarheiten und mangelnder Kohärenz, die vermieden werden sollten. Schließlich brauchen die Inhaltenanbieter ein medienrechtliches Diskriminierungsverbot für Intermediäre gar nicht: Für ihren Schutz gibt es schon heute das Recht des unlauteren Wettbewerbs sowie das Kartellrecht, national wie europäisch. Um sicherzustellen, dass die Nutzererwartungen nicht enttäuscht werden, das eigentliche Kernanliegen der Intermediärsregulierung, sind Transparenzvorgaben ausreichend.

Zur Sicherung von Meinungsvielfalt braucht es kein Diskriminierungsverbot

Ein weiteres Problem der Überlegungen zur Diskriminierungsfreiheit ist, dass unklar bleibt, welche Risikoszenarien insbesondere mit Blick auf die Meinungsvielfalt zugrunde gelegt werden. Es scheint, als fußen die Vorschläge auf der Vorstellung, dass Intermediäre und insbesondere Suchmaschinen als neue Gatekeeper zwischen den Nutzern und den relevanten Quellen für ihre Meinungsbildung stünden. Eine solche Perspektive zielt aber am Kern der Internetsuche vorbei: Suchmaschinen entsprechen in ihrer Struktur am ehesten einem Bibliothekskatalog, bei dem jeder im Index verfügbare Inhalt unbeschränkt auffindbar ist. Eine solches "Verfügbarhalten" jedweden indexierten Inhalts bedeutet aber gerade keine Verengung, sondern im Gegenteil eine Erweiterung von Vielfalt. Suchmaschinen und User Generated Content-Anbieter fungieren im Unterschied zu anderen Plattformen als "Gate-Opener". Suchmaschinen sind Garant für die Wahrnehmbarkeit des durchsuchbaren Internet; damit sind sie auch Garant für die Medienvielfalt. Sie verschaffen den Nutzern Zugang zu einer immensen Fülle an Informationen.

⁵¹ Kluth, W. & Schulz, W. (2015). Konvergenz und regulatorische Folgen. Gutachten im Auftrag der Rundfunkkommission der Länder. S. 99f.

⁵² Zuletzt der Hamburger Senator für Kultur und Medien, Carsten Brosda, in [medienpolitik.net](http://www.medienpolitik.net): <http://www.medienpolitik.net/2018/07/wir-brauchen-mindeststandards/> (abgerufen am 21.09.2018).

Auch die Monopolkommission äußert in ihrem Hauptgutachten "Wettbewerb 2018" gravierende Bedenken gegen ein über das Kartellrecht hinausgehendes sektorspezifisches Diskriminierungsverbot für Intermediäre im Medienrecht. Aus Sicht der Kommission gibt es keinen Nachweis darüber, dass es zu einer medienrechtlich relevanten Ungleichbehandlung durch Intermediäre kommt. Zudem sei das Beeinflussungspotential von einzelnen Intermediären begrenzt, weil es viele verschiedene Wege für die Nutzer gibt, zu Angeboten von Inhalteanbietern zu gelangen. Nach Einschätzung der Kommission haben die Medienkonvergenz und die Markteintritte neuer Anbieter audiovisueller Medien, vor allem im Online-Medienbereich, zu einer Steigerung der Wettbewerbsintensität geführt, mit der tendenziell eine Erhöhung der Meinungsvielfalt einhergeht. Daher hält sie eine medienrechtliche Regulierung von Intermediären zur Sicherung der Meinungsvielfalt explizit für nicht erforderlich und plädiert im Gegenteil für eine Reduzierung der Medienregulierung.

(iii) Beschwerderecht (§ 53e Abs. 3)

Der Verstoß gegen die Pflichten nach Absatz § 53e (1) kann nur von dem betroffenen Anbieter journalistisch-redaktioneller Inhalte bei der zuständigen Landesmedienanstalt geltend gemacht werden. Diese Vorschrift leidet an einigen grundlegenden Mängeln. Zum einen ist es, wie bereits oben dargelegt, unerlässlich den Begriff "journalistisch-redaktionell" zu definieren, um überhaupt Klarheit über den Kreis der Beschwerdebefugten zu haben. Andernfalls werden sich die Landesmedienanstalten einem unüberschaubar großen Kreis von Beschwerdeführern gegenüber sehen, die mit ihrer Hilfe ein besseres Ranking in Suchmaschinen durchzusetzen versuchen. Zum anderen wird diese große Anzahl an Versuchen des "SEO durch Regulierung" dadurch noch schwerer zu bewältigen, dass die Vorschrift keinerlei Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Beschwerde aufstellt. Eine Beschwerde sollte wie in anderen Rechtsmaterien nur dann zulässig sein, wenn der Beschwerdeführer geltend machen kann, durch das Verhalten des Intermediärs wiederholt und in vorsätzlicher Weise in seinen Rechten verletzt worden zu sein. Dies ist durch entsprechende Nachweise zu belegen, andernfalls sollte die Beschwerde bereits als unzulässig zurückzuweisen sein.

Zusätzlich ist zu bedenken, dass sich die Möglichkeit einer Beschwerde insofern negativ auf die Innovationsfreude von Marktteilnehmern auswirken kann, als die Aufsichtsbehörden sich zur gleichmäßigen Bearbeitung aller eingehenden Beschwerden zu verschiedenen Anbietern und deren Algorithmen gehalten sehen. Sie werden vermutlich eine einheitliche Betrachtungsweise für die Beurteilung von algorithmischen Entscheidungen entwickeln. Es ist aber gerade die Diversität des Marktes und der verschiedenen Algorithmen, die den Anbietern die Möglichkeit der Differenzierung bietet. Eine durch den Beschwerdemechanismus geförderte einheitliche Betrachtungsweise könnte sich damit negativ auf die Innovationsfreude der Marktteilnehmer auswirken.

(iv) Satzungsbefugnis der Landesmedienanstalten (§ 53g)

Dem geplanten § 53g zufolge sollen die Landesmedienanstalten durch Satzung und Richtlinien Einzelheiten zur Konkretisierung der sie betreffenden Bestimmungen des neuen Abschnitts zu Medienintermediären und „der Definition der Intermediäre in § 2 Nr. 13a“ regeln. Einzige

Präzisierung in § 53g soll nach Satz 2 die Berücksichtigung der Orientierungsfunktion der Intermediäre für die jeweiligen Nutzerkreise sein. Dabei wird weder deutlich, was eine „Orientierungsfunktion“ qualitativ und quantitativ ausmacht, noch werden im Rahmen der Satzungsermächtigung weitere strukturelle Vorgaben gemacht.

Es bestehen daher erhebliche Bedenken in Bezug auf eine Vereinbarkeit von § 53g aus dem Diskussionsentwurf mit Art. 20 Abs. 3 GG. Diese verfassungsrechtliche Norm regelt den Vorbehalt des Gesetzes, woraus das Bestimmtheitsgebot und die Wesentlichkeitstheorie abgeleitet werden. Nach dem Bestimmtheitsgebot soll das Handeln der Verwaltung für den Staatsbürger in gewissem Umfang voraussehbar und berechenbar sein.⁵³ Aus der Wesentlichkeitstheorie folgt, dass der Gesetzgeber die wesentlichen Regelungen zumindest in Grundzügen in Form eines „gesetzlichen Leitbildes“ selbst trifft.⁵⁴

Das Bestimmtheitsgebot betrifft auch Ermächtigungen zum Erlass von Rechtsvorschriften.⁵⁵ Dabei zieht die Wesentlichkeitstheorie vielfach erhöhte Bestimmtheitsanforderungen an den Regelungsgegenstand nach sich.⁵⁶ Die genannten verfassungsrechtlichen Maßstäbe müssen auch beachtet werden, wenn der Gesetzgeber Anforderungen für den Erlass von Satzungen und Richtlinien durch Landesmedienanstalten formuliert.⁵⁷ § 53g des Diskussionsentwurfs wird diesen Anforderungen nicht gerecht. Dies verdeutlicht auch ein Blick auf die Rechtsprechung zu Satzungsermächtigungen im Rundfunkbereich:

In einem Urteil des OVG Berlin-Brandenburg vom 29. November 2017⁵⁸ ging es unter anderem um die Frage der Rechtmäßigkeit einer beitragsrechtlichen Satzung, die auf der Grundlage des § 9 Abs. 2 S. 1 RBStV erlassen worden ist. Das OVG verneinte verfassungsrechtliche Bedenken bzgl. der Satzungsermächtigung des § 9 Abs. 2 S. 1 RBStV, weil in diesem Fall dem Satzungsgeber selbst nur noch ein enger Konkretisierungsspielraum verblieben war. Insbesondere seien die grundrechtsrelevanten Entscheidungen durch den Gesetzgeber getroffen worden, da die Norm durch eine numerische Aufzählung präzisiere, was durch Satzung geregelt werden kann. Die dort vorgesehene, detaillierte und numerische Auflistung des Gesetzgebers belasse dem Satzungsgeber nur noch einen engen Spielraum zur Konkretisierung. Der geplante § 53g dagegen lässt eine vergleichbare numerische Aufzählung vermissen und gibt den Landesmedienanstalten einen erheblichen Spielraum zur Ausfüllung.

Zentrale Anforderungen an den Konkretisierungsgrad einer Satzungsermächtigung zugunsten der Landesmedienanstalten lassen sich dem Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 28. Oktober 2009 entnehmen.⁵⁹ Im konkreten Falle stand die Satzung der

⁵³ Jarass in Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 15. Auflage, 2018, Art. 20 Rn. 83 m.w.N.

⁵⁴ Schulz/Held in Binder/Vesting (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Auflage 2018, § 15 JMStV Rn. 6 m.w.N.

⁵⁵ Jarass, a.a.O., Rn. 85

⁵⁶ Sachs in Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 8. Auflage 2018, Art. 20 Rn. 117

⁵⁷ BayVGH, ZUM-RD 2010, 102 – Urteil vom 28.10.2009, Az. 7 N 09.13773

⁵⁸ OVG Berlin-Brandenburg, BeckRS 2017, 137305, vom 29.11.2017, Az. 11 A 25.13

⁵⁹ BayVGH, ZUM-RD 2010, 102 – Urteil vom 28.10.2009, Az. 7 N 09.1377

Landesmedienanstalten über Gewinnspielsendungen und Gewinnspiele auf dem Prüfstand. Der BayVGH formulierte klare Anforderungen an Satzungsermächtigungen für Landesmedienanstalten:

„Auf das Verfassungsgebot der Staatsferne des Rundfunks und die daraus abgeleitete Anstaltsautonomie der Antragsgegnerin kann dagegen nicht zurückgegriffen werden, wenn es lediglich darum geht, vom Gesetzgeber erlassene Ausgestaltungsvorschriften wie § 8 a RStV mittels untergesetzlicher Durchführungsbestimmungen zu konkretisieren. Die Landesmedienanstalt muss in solchen Fällen nicht deshalb eine Satzung erlassen, weil genauere oder abschließende Regelungen im Rundfunkstaatsvertrag verfassungsrechtlich unzulässig gewesen wären.“

Es komme generell lediglich die Konkretisierung gesetzlicher Grundsatzentscheidungen in Betracht, woraus sich ein nur geringer Regelungsspielraum ergäbe. Ungeachtet der missverständlichen Bezeichnung als „Satzung“ bestünde daher eine ähnlich enge Bindung an die Vorgaben des Parlamentsgesetzgebers wie beim Erlass gesetzesausfüllender Rechtsverordnungen durch staatliche Behörden. So müssten sich die betreffenden Vorschriften einer Satzung ausschließlich am Regelungswillen des Gesetzgebers orientieren. Der Landesmedienanstalt sei „es verwehrt, ihre eigenen Wertvorstellungen zur Geltung zu bringen oder die vom Gesetz verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe als Ermächtigung zur selbstständigen Weiterentwicklung des gesetzlichen Schutzkonzepts zu verstehen.“ Sie müsse sich stattdessen darauf beschränken, das aus dem Rundfunkstaatsvertrag erkennbare Regelungsprogramm in vollzugsfähige Einzelbestimmungen umzusetzen.

Dies setzt aber voraus, dass aus dem § 53g überhaupt ein hinreichendes Regelungsprogramm erkennbar wäre. Dazu führt der Bay VGH a.a.O. aus:

Gesetzliche Regelungen müssen es den Normunterworfenen ermöglichen, die Rechtslage so genau zu erkennen, dass sie ihr Verhalten danach ausrichten können (BVerfG vom 27.11.1990, BVerfGE 83, 130, 145 m. w. N.). Im Falle einer Ermächtigung zum exekutivischen Normerlass muss daher der Bürger bereits aus dem ermächtigenden Gesetz hinreichend deutlich ersehen können, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz davon Gebrauch gemacht werden wird und welchen möglichen Inhalt die darauf gestützten Normen haben können (...).[Hervorhebung hinzugefügt]

Unter diesem Blickwinkel ist die Satzungsermächtigung des § 53g aus dem Diskussionsentwurf des Medienstaatsvertrags deutlich rudimentär ausgestaltet. Sein Wortlaut begrenzt den Anwendungsbereich der Satzungsbefugnis auf die „Bestimmungen dieses Abschnitts“ sowie auf die „Definition der Intermediäre in § 2 Nr. 13a“ (Satz 1). Weiter sei „die Orientierungsfunktion der Intermediäre für die jeweiligen Nutzerkreise zu berücksichtigen“ (Satz 2). Dass der

Detaillierungsgrad des geplanten § 53g hinter dem des von der vorgenannten Rechtsprechung beleuchteten § 46 RStV i.V.m. § 8a RStV zurückbleibt, ist dabei offenkundig.

Der Bezug der Satzungsermächtigung des geplanten § 53g auf den gesamten Abschnitt über Intermediäre lässt konkrete Strukturelemente für eine Satzung vermissen. Auch die Einschränkung der Ermächtigung zur Konkretisierung auf die Landesmedienanstalten betreffende Vorschriften des VI. Abschnittes gibt keinen weiteren Aufschluss. Schließlich sollen die Landesmedienanstalten den zukünftigen Medienstaatsvertrag insgesamt durchsetzen, sodass argumentiert werden kann, dass alle Bestimmungen auch die Landesmedienanstalten betreffen. Eine quantitative Einschränkung soll sein, dass der VI. Abschnitt nicht für Diensteanbieter gelten soll, die weniger als eine Million Nutzer im Bundesgebiet pro Monat erreichen (§ 53c Abs. 2 Nr. 1). Allerdings soll es nach § 53g gerade den Landesmedienanstalten überlassen werden, den Begriff der Medienintermediäre und damit den Adressaten der Verpflichtungen des zukünftigen Medienstaatsvertrags zu konkretisieren. Der Bestimmtheitsgrundsatz und die Wesentlichkeitstheorie legen es aber gerade nahe, dass der Normadressat abschließend durch den Gesetzgeber zu bestimmen ist, damit er sein Handeln entsprechend ausrichten kann.

§ 53g des Diskussionsentwurfs zum neuen Medienstaatsvertrag bleibt deutlich hinter den von der Rechtsprechung gesetzten Maßstäben zurück und lässt insbesondere den geforderten Detaillierungsgrad vermissen. Aufgrund der Anwendung im Rahmen eines Abschnitts, der sensible Rechte und Pflichten des Unternehmens (Art. 12, 14 GG) betrifft, und aufgrund des Umstands, dass der Normadressat erst durch die Satzung genauer bestimmt werden soll, halten wir die Ausgestaltung des geplanten § 53g im neuen Medienstaatsvertrag für zu pauschal und unvereinbar mit dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes gem. Art. 20 Abs. 3 GG.