

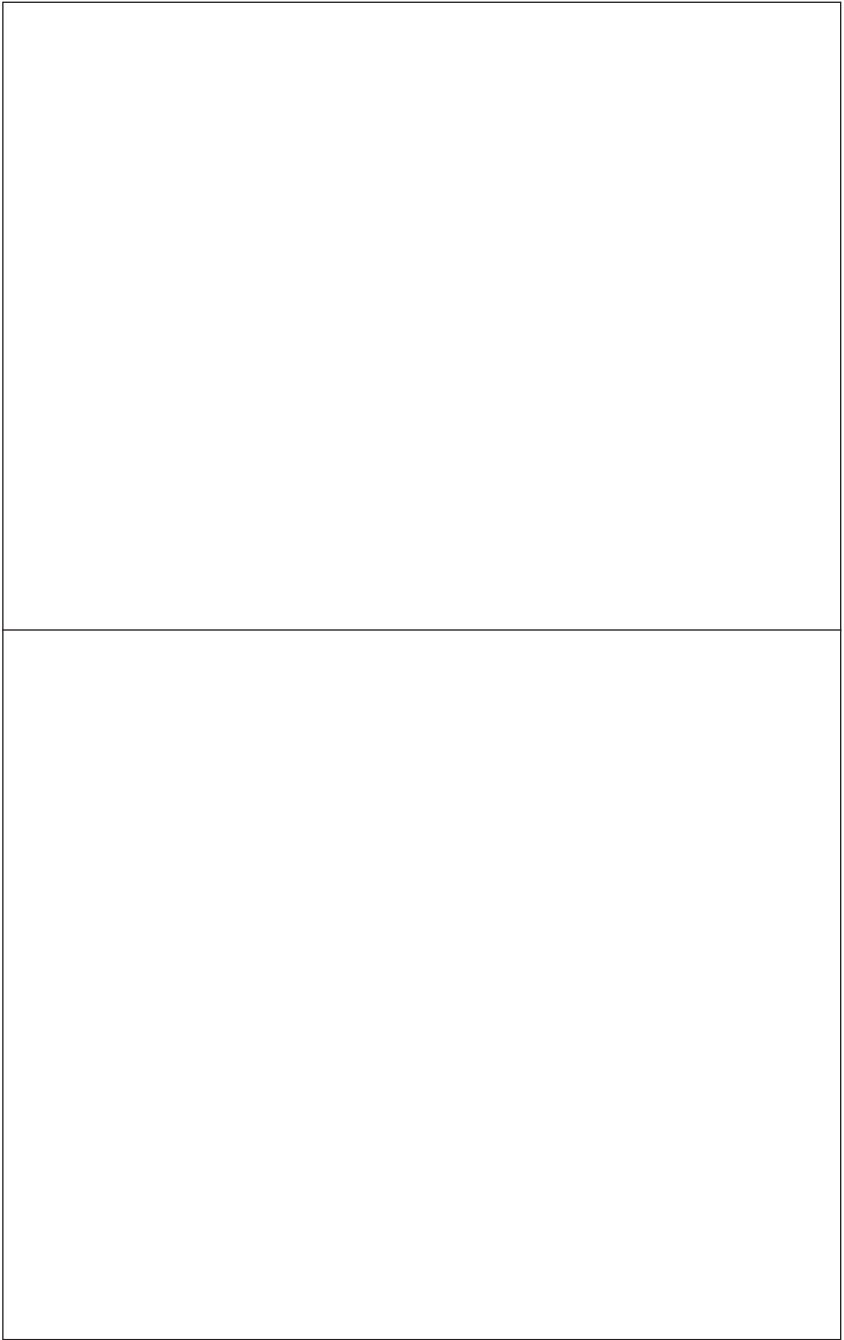
Elmar J. Mand | Jan Oster | Gregory Dening Taylor
Andreas Walter | Georgios Zagouras (Hrsg.)

Wirtschaft – Medien – Digitalisierung

Festschrift
für Georgios Gounalakis
zum 66. Geburtstag



Nomos



Elmar J. Mand | Jan Oster | Gregory Denning Taylor
Andreas Walter | Georgios Zagouras (Hrsg.)

Wirtschaft – Medien – Digitalisierung

Festschrift
für Georgios Gounalakis
zum 66. Geburtstag



Nomos

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

The Deutsche Nationalbibliothek lists this publication in the Deutsche Nationalbibliografie; detailed bibliographic data are available on the Internet at <http://dnb.d-nb.de>

ISBN 978-3-7560-1903-8 (Print)
978-3-7489-4794-3 (ePDF)

1st Edition 2025

© The Authors

Published by

Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Production of the printed version:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN 978-3-7560-1903-8 (Print)
ISBN 978-3-7489-4794-3 (ePDF)

DOI <https://doi.org/10.5771/9783748947943>



Online Version
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.



Vorwort der Herausgeber

Am 23. Juni 2024 feierte Georgios Gounalakis, Jahrgang 1958, seinen 66. Geburtstag. Mit dieser Festschrift möchten ihm Schüler, Freunde und Kollegen herzlich gratulieren und zugleich ihren Dank und ihre Verbundenheit bekunden. Dass die Festschrift zu seinem 66. Geburtstag, und nicht wie sonst üblich zu einem „runden“ Geburtstag erscheint, ist dem Umstand zu verdanken, dass Georgios Gounalakis zu diesem Zeitpunkt vom aktiven Dienst in den Ruhestand wechselt, ein passender Anlass also, sein wissenschaftliches oeuvre zu würdigen.

Am Anfang der wissenschaftlichen Karriere von Georgios Gounalakis stand ein glücklicher Zufall – oder richtiger: Der untrügliche Spürsinn seines Doktor- und Habilitationsvaters Friedrich Kübler. Noch während des Studiums entdeckte dieser das Talent des Jubilars während eines Seminars, das er zusammen mit Spiros Simitis, dem Vater des Datenschutzes, angeboten hatte und das aus diesem Grund das Interesse von Georgios Gounalakis geweckt hatte. Dessen Seminararbeit zu einem rechtsvergleichenden urheberrechtlichen Thema hinterließ bei Friedrich Kübler einen derartigen Eindruck, dass er ihm sogleich – als Student noch weit vor seinem Ersten Juristischen Staatsexamen – eine Promotion in Aussicht stellte. Nachdem Georgios Gounalakis das in ihn gesetzte Vertrauen im Ersten Juristischen Staatsexamen eindrücklich bestätigt hatte, promovierte er während seines Referendariats in Frankfurt am Main und schloss die Arbeit 1988 mittlerweile als Assessor und wissenschaftlicher Assistent bei Friedrich Kübler ab. Seine 1989 erschienene Dissertation „Kabelfernsehen im Spannungsfeld von Urheberrecht und Verbraucherschutz. Zur urheberrechtlichen Problematik der Einspeisung von Rundfunksendungen in Kabelanlagen aus nationaler, internationaler und rechtsvergleichender Sicht“ stieß auf ungewöhnlich große Resonanz und entfachte eine intensive medi-, urheber- und rundfunkrechtliche Debatte.

Die Arbeit ließ im Kern bereits die zentralen Elemente erkennen, die das spätere wissenschaftliche Wirken von Georgios Gounalakis prägen sollten: Das Infragestellen hergebrachter, oft deduktiv begründeter, neuen Herausforderungen nicht mehr vollständig gerecht werdender, dogmatischer Glaubenssätze und das Anbieten ebenso innovativer wie praxistauglicher Lösungen für technologisch und gesellschaftlich neuartige Herausforderungen

auf dem Boden der Wertentscheidungen des Grundgesetzes und einer rechtsvergleichenden Analyse internationaler Entwicklungen.

Trotz des großen Widerhalls seiner Dissertation im urheber-, rundfunk- und medienrechtlichen Schrifttum war Georgios Gounalakis' Weg in die Wissenschaft keineswegs ein vorgezeichneter Pfad. Seinem Interesse an internationaler Zusammenarbeit und internationaler Rechtsentwicklung folgend, saß Georgios Gounalakis nach seinem zweiten Staatsexamen und seiner Zulassung als Rechtsanwalt bereits auf gepackten Koffern, um eine Tätigkeit in der EU-Kommission in Brüssel auf Anraten seines dortigen Mentors Ivo E. Schwartz, damaliger Direktor in der Direktion Binnenmarkt, anzutreten. Schwartz hatte das Talent von Georgios Gounalakis für juristische Präzision in Kombination mit der damals noch nicht landläufigen Erkenntnis für eine notwendige EG-Regulierung des Binnenmarktes (die ersten EG-Richtlinien waren gerade erst im Entstehen) während dessen Zeit als junger Praktikant unter seiner Obhut in Brüssel rasch erkannt. Wieder hat die Rechtswissenschaft und haben es Generationen von Studenten in Marburg, die in den Genuss seiner didaktischen Fähigkeiten kommen, und die Begeisterung für das Bürgerliche Recht, die Rechtsvergleichung und das Medienrecht am eigenen Leib erleben durften, Friedrich Kübler zu verdanken, dass er Georgios Gounalakis von den Vorzügen einer Wissenschaftskarriere unmittelbar nach der deutschen Wiedervereinigung überzeugte und innerhalb der Bedenkzeit von nur einer Woche zur Verlängerung seiner Assistenzstelle an der Goethe-Universität Frankfurt bewegte.

Weniger als vier Jahre später, im Jahre 1992, legte Georgios Gounalakis seine Habilitationsschrift mit dem Titel „Berufshaftung – Studien zur Haftung freier Berufe am Beispiel des Anwalts“ vor. Seine Arbeit zeichnet sich nicht nur durch die präzise Klärung der rechtsdogmatischen Grundlagen der Berufshaftung aus, sondern setzt diese Rechtsdogmatik eindrucksvoll ins historische, rechtsvergleichende, soziologische und ökonomische Licht. Seine Suche nach einer gesellschaftstheoretischen Fundierung der Berufshaftung ergab, dass die als „ökonomische Analyse des Rechts“ bezeichnete Orientierung am Instrumentarium der Wirtschaftswissenschaften sowohl ein Begründungsmuster zur Erklärung des zunehmend komplexen Sozialgefüges abgeben kann als auch darüber hinaus tauglich ist, die sich im Rahmen der Berufshaftung ergebenden konkreten rechtlichen Einzelfragen grenzwertorientiert zu lösen. Mit der Anknüpfung an die Grundsätze der ökonomischen Rechtstheorie, die damals in die deutsche Rechtswissenschaft noch kaum Eingang gefundenen hatte, und insbesondere auch – was neu und innovativ war – mit ihrer Übertragung und Anwendung

auf die Anwaltshaftung konnte Georgios Gounalakis die ökonomische Rechtstheorie für die Auslegung von Generalklauseln und allgemein für die Ausfüllung von Interpretationsspielräumen, gerade im Bereich der Verantwortlichkeit, auch für die Gerichte praktisch fruchtbar machen. Das der ökonomischen Theorie zugrundeliegende Prinzip der Allokationseffizienz, das dem Recht die Aufgabe zuweist, Risiken unter Abwägung von Kosten und Nutzen zu verteilen, indem vermeidbare Risiken von dem getragen werden, der sie am kostengünstigsten verhindern oder beheben kann („cheapest cost avoider“) und unvermeidbare Risiken dem aufgebürdet werden, der sie am besten versichern („cheapest insurer“) oder tragen kann („best risk bearer“), sollte – so die These von Georgios Gounalakis – die gesamte Berufshaftung leiten. Und wiederum zeigte sich damit seine außergewöhnliche Fähigkeit, mit ebenso prägnanten wie innovativen Thesen Lösungsansätze für komplexe Rechtsprobleme zu entwickeln, die sich aus einer sich rasch ändernden ökonomischen und sozialen Lebenswirklichkeit ergeben.

Nach Lehrstuhlvertretungen an den Universitäten Marburg und Leipzig in den Jahren 1992 und 1993 erhielt Georgios Gounalakis Rufe an beide Universitäten. Er entschied sich letztlich für die Philipps-Universität Marburg, wo er seit dem Sommersemester 1994 Professor für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung und Medienrecht ist. Auch nach einem weiteren Ruf an die Universität Karlsruhe im Jahr 2000 sowie zahlreichen Lehr- und Forschungsaufenthalten an führenden ausländischen Universitäten, vor allem in Europa und den USA, zuletzt auch an der Monash-University in Melbourne/Australien, hielt er der Philipps-Universität Marburg die Treue, sodass er dort inzwischen beachtliche 62 Semester forscht und lehrt.

Die Marburger Universität und insbesondere der Fachbereich Rechtswissenschaften verdanken ihm außerordentlich viel: Von Beginn an nutzte Georgios Gounalakis seine internationalen Kontakte für seine Tätigkeit als Erasmus- und Magisterbeauftragter des Fachbereichs und für die Betreuung der ausländischen und deutschen Austausch- und Magisterstudenten. Sein unermüdliches Engagement für diverse Austauschprogramme haben unzähligen Studenten aus dem beschaulichen Universitäts-Städtchen Marburg den Weg in die Welt, nicht selten bis hin nach Australien geebnet und maßgeblich zum ausgezeichneten Renommee des internationalen Austauschprogramms des Fachbereichs Rechtswissenschaften beigetragen.

Einen besonderen Fokus seiner Forschung legte Georgios Gounalakis – neben dem Bürgerlichen Recht, internationales Privatrecht und

der Rechtsvergleichung – auf das Urheber- und Medienrecht. Georgios Gounalakis ist Mitbegründer und Mitglied des Direktoriums der Forschungsstelle für Medienrecht und Medienwirtschaft am Fachbereich. Seiner urheber- und rundfunkrechtlichen Dissertation folgte eine Fülle von vielbeachteten wissenschaftlichen Publikationen, Gutachten und Vorträgen zu aktuellen Fragestellungen im Bereich des Medienrechts – zunächst vor allem im Bereich von Presse und Rundfunk, später zunehmend auch im Bereich des Internets. Wie kein Zweiter steht Georgios Gounalakis so für den erreichten Stand im Medienrecht der Bundesrepublik Deutschland.

Der nachhaltige Einfluss seines wissenschaftlichen Wirkens auch auf die Rechtspolitik beruht nicht zuletzt darauf, dass Georgios Gounalakis in all seinen Arbeiten eng an die Werteordnung des Grundgesetzes anknüpfte und die Meinungs-, Presse- und Rundfunkfreiheit als Fundament jeder einfachgesetzlichen Auslegung und Fortentwicklung des Medienrechts begriff. Dabei erkannte er in der institutionellen und auch finanziellen Absicherung eines unabhängigen und vielfältigen Rundfunks ein unverzichtbares Pendant zur Gewährleistung individueller Meinungsfreiheit. Nur so könne ein „offener Marktplatz der Meinungen“ Realität werden, dessen konstituierende Bedeutung für das demokratische Gemeinwesen er im Einklang mit dem BVerfG und seinem akademischen Lehrer Friedrich Kübler nicht müde wurde zu betonen.

In umfassender Form kommt dieses Grundverständnis in der gemeinsam mit Georgios Zagouras verfassten Monografie Medienkonzentrationsrecht – Vielfaltsicherung in den Medien (2008) zum Ausdruck. Dass die rasante technische Weiterentwicklung vom klassischen terrestrischen Rundfunk, über den Kabel- und Satellitenfunk, bis hin zum Aufkommen des Internets zwar die Konfliktzonen im Medienrecht verschiebt, die Grundanforderungen an eine freiheitliche und pluralistische Medienordnung aber nicht in Frage stellt, hatte er bereits in seinem Gutachten C zum 64. Deutschen Juristentag in Berlin 2002 herausgearbeitet.

Georgios Gounalakis ist dabei ein im besten Sinne praktischer Jurist, mit nüchterner und einzigartig treffsicherer Einschätzung, was wünschenswert und was letztlich machbar ist. Einer strikt rechtsdogmatischen, insbesondere begriffsorientierten Argumentation begegnet er mit einiger Skepsis und kritisiert insbesondere die manchmal antiquiert wirkende Behäbigkeit dieses Ansatzes ebenso wie dessen Neigung zu Selbstimmunisierung auch gegenüber berechtigter Kritik. Gleichzeitig sieht er es bei seiner Suche nach passenden, innovativen Antworten als essentiell an, wirtschaftliche und gesellschaftspolitische Zusammenhänge adäquat einzubeziehen und

Veränderungsprozesse – auch in internationaler Perspektive – schnell zu erfassen und zu berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund strebte und strebt Georgios Gounalakis stets eine enge Verbindung zwischen Wissenschaft und Praxis an. So kooperierte er und kooperiert noch heute eng mit Rundfunkanstalten, Unternehmen, Verbänden, Kanzleien im Medienbereich und den Landesmedienanstalten. Georgios Gounalakis wurde 2007 als Sachverständiger in die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) berufen und gehört ihr seitdem als Mitglied an. 2017 übernahm er den Vorsitz, den er bis heute innehat. Seit 2016 ist er zudem Richter am Deutschen Medienschiedsgericht (DMS). In Griechenland wirkt er seit vielen Jahren als ständiges auswärtiges Mitglied zahlreicher Berufungskommissionen an der Neuberufung von Kollegen mit. Auch die Evaluation der juristischen Fakultäten von Athen und Thessaloniki sowie der beiden großen Universitäten von Athen (National and Kapodistrian University - EKPA und Panteion University) hat er als Vorsitzender der jeweiligen Evaluierungskommissionen maßgeblich mitgestaltet.

Das dieser Festschrift beiliegende Schriftenverzeichnis belegt seine Produktivität und Vielseitigkeit, es erzählt von einer bewegten Reise durch das Privatrecht, die Rechtsvergleichung und das Urheber- und Medienrecht. Sein wissenschaftliches Werk mit 19 Monografien, ungezählten Kommentierungen und Herausgeberschaften, Festschriftbeiträgen sowie Aufsätzen in Fachzeitschriften (im dreistelligen Bereich) ist dabei so facettenreich und vielfältig, dass es den Rahmen dieses Vorworts sprengen würde, sein berufliches Lebenswerk hier noch weiter zu beschreiben.

Uns scheinen aber doch vier Begebenheiten erwähnenswert, nicht spektakulär und bislang nur im Kreise des Jubilars und seiner ehemaligen Mitarbeiter bekannt, aber doch charakteristisch für sein Wirken als Jurist, Wissenschaftler und akademischer Lehrer. Sie zeigen Eigenschaften, die seinen großartigen beruflichen Erfolg durchaus begünstigt haben dürften:

Noch vor seinen Rufen nach Marburg und Leipzig wurde Georgios Gounalakis zu zahlreichen Vorträgen in Berufungsverfahren eingeladen. Quer durch die Republik (von Rostock über Berlin, Dresden, Köln, Leipzig, Marburg, Ingolstadt, Konstanz nach Passau) konnte er dabei regelmäßig vordere Listenplätze erreichen, teils – wie an der Humboldt Universität Berlin – auch Platz 1. Weniger erfolgreich verlief indes ein Ausflug ganz in den Süden der Republik. Seine damals bemerkenswerten Thesen zur Nichtigkeit von Bürgschaften vermögensloser Familienangehöriger gemäß § 138 BGB fanden dort wenig Anklang. Völlig unhaltbar sei sein Ansatz. Leider könne man deshalb mit jemand, der die Grundlagen des Zivilrechts

und den ehernen Grundsatz „pacta sunt servanda“ verkenne, nichts anfangen. Die nicht einmal ein halbes Jahr später ergangene Entscheidung des BVerfG, dass bei Ausnutzung einer strukturellen Disparität der Verhandlungsstärke letztlich die Privatautonomie nicht ausgeübt, sondern pervertierte werde, was nicht zur Selbstbestimmung, sondern zu Fremdbestimmung führe und was die Zivilgerichte bei der Auslegung der Generalklauseln gerade im Fall von Bürgschaftserklärungen von Familienangehörigen deshalb besonders zu berücksichtigen hätten, dürfte im Süden der Republik für erhebliches Stirnrunzeln, bei Georgios Gounalakis dagegen zumindest nachträglich ein verschmitztes Grinsen ausgelöst haben. Schließlich fand er damit sein unerschütterliches Credo, dass das Recht für die Menschen da ist, am Ende doch bestätigt. Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung auch der Zivilgerichte zur potenziellen Nichtigkeit von Bürgschaften gemäß § 138 Abs. 1 BGB unter der Fallgruppe des Herbeiführens einer ausweglosen Lage ist dem geneigten Leser mittlerweile gut bekannt.

Dass Georgios Gounalakis seiner Zeit oft mehr als nur einen Schritt voraus war, zeigte sich auch einige Zeit später, als er die umwälzenden Entwicklungen der elektronischen Datenverarbeitung und des Internets ebenso richtig einschätzte wie die sich daraus entwickelnden Herausforderungen für das Recht. Im Gefolge des Volkszählungsurteils des BVerfG erkannte er umgehend die außerordentliche Bedeutung des Datenschutzrechts bei der sich für viele Zeitgenossen erst zaghaft andeutenden Digitalisierung vieler Lebensbereiche. Unvergessen sind die Datenschutzseminare, die Georgios Gounalakis zusammen mit führenden Beamten der EG-Kommission wie Ulf Brühmann parallel zur Entwicklung und Verabschiedung der ersten EG-Datenschutzrichtlinie durchführte und deren wissenschaftliche und gesellschaftliche Relevanz sich – vorsichtig gewendet – vielen Kollegen damals nicht unmittelbar aufdrängte.

Wenig später, als Begriffe wie Hatespeech, Spam, Shitstorm oder Cybermobbing noch weithin unbekannt waren, begann er die Arbeiten an der Monografie „Persönlichkeitsschutz im Internet, Grundlagen und Online-Spezifika“. Als dieses Buch dann im Jahr 2002 (das Internet steckte in den Kinderschuhen, Google als Suchmaschine hatte gerade begonnen, Facebook kam erst 2004, YouTube 2005), 350 Seiten stark, in Ko-Autorenschaft mit seinem Mitarbeiter Lars Rhode erschien, fragte ihn ein Kollege auf der Zivilrechtslehrertagung halb kokettierend, halb abschätzig, was es denn im Internet an besonderen Problemen des Persönlichkeitsrechts gebe, dass man hierüber ein ganzes Buch schreiben könne.

Und auch seine frühe Forderung vor knapp zwanzig Jahren nach einer europäischen Sicherung der Meinungsvielfalt angesichts der sich abzeichnenden internationalen Verflechtungen der Medienkonzerne (etwa in dem Beitrag „Plädoyer für ein europäisches Medienkonzentrationsrecht“ 2006 und „Publizistische Vielfaltsicherung – Eine Aufgabe für Europa?“ 2008) wurde wegen fehlender Kompetenz der EU im deutschen Schrifttum bis zuletzt kritisiert und belächelt. Letztlich sollte er auch hier mit seiner Forderung Recht behalten. Mit dem European Media Freedom Act (EMFA) von März dieses Jahres hat der Europäische Gesetzgeber in Art. 21 und 22 EMFA die europäische Vielfaltsicherung auf EU-Ebene mittlerweile etabliert.

Rückblickend bleibt seinen Mitarbeitern insoweit nur Danke zu sagen – für sein einzigartig sicheres Gespür für die kommenden großen Themen der Zeit und für die Gelassenheit und Beharrlichkeit im Angesicht von bisweilen geäußerten Zweifeln hieran.

Dankbar sind sie jedoch auch dafür, wie sie Georgios Gounalakis als Mensch erleben durften. Als legendär in Erinnerung geblieben sind die Blockseminare im Schloss Rauschholzhausen und vor allem im Marburger Haus der Philipps-Universität im Kleinwalsertal in Österreich. Wer am Tag die Skipisten – egal ob, wie er, elegant oder eher als Anfänger – hinuntersaust, kann – so sein Credo – dank des aufgenommenen Sauerstoffs danach umso besser und intensiver die einzelnen Seminararbeiten besprechen. Selbstverständlich galt es, die erfolgreiche Besprechung der Seminararbeiten anschließend dann auch gebührend zu feiern und dieses Programm mindestens eine ganze Woche durchhalten. Nicht jeder der Studierenden und Mitarbeiter konnte mit dieser hohen Schlagzahl von Georgios Gounalakis, die auch sonst sein wissenschaftliches Wirken und Arbeiten auszeichnete, Schritt halten. Und alle mussten den Seminaren wenigstens nach der Heimkehr nach Marburg Tribut zollen und ein wenig ihre Wunden lecken, während Georgios Gounalakis bereits wieder in gewohnt guter Laune und Fröhlichkeit seine Vorlesungen hielt.

In diesem Sinne wünschen wir Georgios Gounalakis Glück und Freude, dass er sich seine Jugendlichkeit weiter bewahren und mit seiner positiven und stets konstruktiven Haltung auch weiterhin jedes Hindernis meistern kann. Ganz besonders hoffen wir, dass seine Schaffenskraft der wissenschaftlichen Gemeinde noch lange erhalten bleibt.

Ad multos annos!

Der Verlag Nomos hat sich ohne jedes Zögern bereit erklärt, die verlegerische Verantwortung für diese Festschrift zu übernehmen. Auch dafür sagen wir an dieser Stelle Danke.

Inhaltsverzeichnis

1. Prozessuale Fragen

Greg Taylor

Alexander Chaffers before the courts of Berlin 25

Steffen Detterbeck

Der bundes- und landesverfassungsprozessuale Standort der politischen Parteien 39

Markus Heinker

Die Feststellung von Tatsachen in der Rundfunk-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 69

2. Das Recht der Wirtschaft

Michael Kling

Die Haftung der wirtschaftlichen Einheit im Kartellrecht
– Vom Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit
zur kartellrechtlichen Unternehmenshaftung kraft
Konzernzugehörigkeit 87

Pierrick Le Goff

Der Einfluss von ESG-Standards auf das internationale
Anlagenbaugeschäft
– Deutsch-französische Perspektiven 121

Thomas Pfeiffer

Zur AGB-rechtlichen Transparenz von Ersetzungsklauseln in
Anleihebedingungen 139

Markus Roth

- Dreißig Jahre Reform in Permanenz: Mehr Freiheit wagen in der deutschen Unternehmensverfassung!
Zur Zulassung des Verwaltungsrats (Boards) in neu gegründeten Aktiengesellschaften 151

Hannes Rösler

- Wie viel Internationalität genügt für eine Gerichtsstandsvereinbarung in Zivil- und Handelssachen nach Art. 25 Brüssel Ia-VO?
– Eine Einordnung der Inkreal-Entscheidung des EuGH 177

Constantin Willems

- Registerpfandrechte an Mobilien und besitzlose Pfandrechte an künftigen Sachen und wesentlichen Bestandteilen?
Impulse aus dem deutsch-französischen Rechtsvergleich 201

3. Rundfunk und Werbung

Alexander Natt und Eva Oster

- 40 Jahre duale Rundfunkordnung 221

Simone Schelberg

- Der dynamische Rundfunkbegriff im digitalen Zeitalter.
Für eine mutige Entwicklung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks – ein Zwischenruf 233

Christian von Coelln

- Die Bedeutung inhaltlicher Defizite des öffentlich-rechtlichen Rundfunks für die Rechtmäßigkeit der Beitragserhebung 245

Andreas Walter und Luca Schramke

- Spannungsverhältnis zwischen Recht und Ökonomie bei der Vermarktung von Radiowerbung
– oder: ARD Media, RMS und die Medienfreiheit 265

Anne Paschke und Christian Krebs

Werbemarktregulierung im Spannungsfeld der Regulierung der Europäischen Union und der Bundesländer	287

4. Medienfreiheit und Presserecht

Heike Raab

Die europäische Dimension der Medienfreiheit	
– Was kann der EMFA leisten?	315

Murad Erdemir

„Eine Zensur findet nicht statt“	
– Was die DNA einer freiheitlichen Demokratie ausmacht	321

Karl-E. Hain

Crailsheimer Stadtblatt, dortmund.de, muenchen.de und gesund.bund.de	
– Zur Auslotung der Grenzen publizistischer Betätigung der öffentlichen Hand durch die Wettbewerbsgerichte	341

Sebastian Müller-Franken

Die Beweislast bei der Verdachtsberichterstattung	
– Verfassungsfragen einer Ausbalancierung des Grundrechts der Pressefreiheit mit dem Grundrecht auf Ehre	363

Christian Schertz

Der Begriff des Bildnisses bei Verkörperung durch eine andere Person	
– Zugleich eine Besprechung der jüngsten Rechtsprechung des BGH zum Recht am eigenen Bild bei Darstellungen realer Vorbilder durch Schauspieler und Auftritten von Doppelgängern/Lookalikes	385

5. Staatsferne und Vielfaltssicherung

Dieter Dörr

Die Vielfaltssicherung und die Macht der Intermediäre 413

Ralf Müller-Terpitz und Sarah Uebber

Die „Causa Berlusconi“
– eine Herausforderung für das Gebot der Staatsferne 433

Karl-Nikolaus Peifer

Meinungskonzentrationskontrolle in Not – Demokratie in Gefahr? 451

Georgios Zagouras

Ist die Zeit reif für eine Renaissance des Binnenpluralismus?
– Zur Vielfaltsicherung bei Medienintermediären durch interne
Aufsichtsgremien 467

Thorsten Schmiede und Sabine Christmann

Das Gebot der Staatsferne im Kontext von staatlicher Beeinflussung
und ausländischen Bedrohungen:
Eine Analyse der heutigen Herausforderungen 501

Dirk Schrödter

Über die Notwendigkeit der Reform des
Medienkonzentrationsrechts 517

Wolfgang Kreißig und Michael Petri

Medienkonzentrationsrecht: Ein Relikt aus der Zeit des analogen
Fernsehens oder eine Notwendigkeit auch für die digitale
Medienlandschaft? 523

6. Soziale Netzwerke und Online-Plattformen

Hubertus Gersdorf

Soziale Netzwerke:

Grundrechtliche Einordnung und Regulierung durch den DSA 547

Bernd Holznagel und Florian Flamme

Die Rolle des nationalen DSA-Koordinators bei der Bekämpfung
von Desinformation 567

Florian Möslein

Soziale Netzwerke im Schnittfeld von Medien- und
Finanzmarktrecht:

Regulatorische Anforderungen an sog. Influencer 587

Pascal Schneiders und Birgit Stark

Qualitätssicherung im Plattformzeitalter:
Gefährdungspotenziale und Regulierungsoptionen 607

Rupprecht Podszun

Neue Wege in der wirtschaftsrechtlichen Rechtsdurchsetzung:
Der Digital Markets Act 637

Christoph Neuberger

Meinungsmacht auf digitalen Plattformen:
Eine begriffliche Schärfung 657

Stephan Ory

Plattformregulierung im MStV und im Unionsrecht
– Was brachte das Public Value-Verfahren? 677

7. Datenrecht und Datenschutzrecht

Thomas Hoeren

Datenschutzrechtliche Anforderungen an Confidential Computing
nach der DSGVO 699

Katja Langenbucher

Kreditscoring und Datenschutz 711

Sebastian Omlor

Klauselkontrolle im Data Act 727

Kai von Lewinski

Genealogie und Datenschutz 751

Elmar J. Mand

Datenschutzrecht und Justiz.
Eine Bestandsaufnahme unter besonderer Berücksichtigung der
Zuständigkeitsgrenzen der Aufsichtsbehörden gem. Art. 55 Abs. 3
DSGVO bei der Aufsicht über Rechtspfleger 775

8. Herausforderungen durch Künstliche Intelligenz

Stephanie Schiedermaier

Die Anwendung von KI durch die öffentliche Gewalt und das
Rechtsstaatsprinzip 809

Jan Oster

Rechtliche Rahmenbedingungen der Verwendung synthetischer
Bilder im Journalismus 827

Boris Paal und Fabian Kieß

KI-Trainingsdaten und Urheberrecht
– Chancen und systeminduzierte Grenzen der KI-Verordnung 849

Rolf Schwartmann und Moritz Köhler

Der Einsatz generativer Künstlicher Intelligenz in der Presse 871

Liste der Veröffentlichungen von Georgios Gounalakis

Schriftenverzeichnis Professor Dr. Georgios Gounalakis 897

Autorinnen und Autoren 915

1. Prozessuale Fragen

Alexander Chaffers before the courts of Berlin

Greg Taylor

I. Introduction

“τὸν δὲ τοσούτοις ἀθρόοις τῶν πολιτῶν ἔχθραν ἐπ’ οὐδενὶ τηλικαύτην ἀράμενον πόση πονηρία καὶ θρασύτητι ταῦτα χρή νομίζειν πράττειν;”¹ – such might be our reaction upon learning of Alexander Chaffers’ involvement in legal proceedings not merely in England, but in Germany as well. For Alexander Chaffers (1821 – 1899)² is an infamous figure in English legal history. It is to his excessive use of the legal system that we owe the creation of an entirely new legal institution, that of the vexatious litigant – a person who is banned from commencing further legal proceedings without the prior approval of the Courts as a result of his past abuses of every citizen’s unrestricted right to commence litigation.³ As Professor Michael Taggart

1 *Demosthenes* (ed. M.R. Dilts), *Orationes*, Oxford : O.U.P. 2005, p. 208 (*Against Midias*, section 132) – “Now if he provoked such serious but groundless quarrels with so many citizens at once, what degree of wickedness and recklessness may we expect from him now?” (translation from the Perseus website. I note, however, a point of disagreement with it in *Demosthenes* (ed. Douglas MacDowell), *Against Meidias*, Oxford : Clarendon 1990, p. 330.)

2 The dates are taken from the general biographical note in *Frederic Boase*, *Modern English Biography* Vol. IV, London : Frank Cass 1965, coll. 627f.

3 For more details and a longer history, see, e.g., *Jordan Tutton*, *Vexatious Litigant Orders in South Australia : Time for a New Look?*, (2021) 42 *Adelaide Law Review* 551; *Simon Smith*, *Maverick Litigants : A History of Vexatious Litigants in Australia 1930 – 2008*, Elwood : Maverick 2009.

As I know from experience as well as book learning, the declaration of a person as a vexatious litigant generally does not spare the Courts : they are simply inundated with the vexatious litigant’s applications for leave to commence proceedings. Such a declaration does however spare the vexatious litigant’s would-be opponents from the trouble and stress of litigation, as the Courts almost always deny leave for very good reasons.

Further information on this topic may be found in *Grant Lester/Beth Wilson/Lynn Griffin/Paul Mullen*, *Unusually Persistent Complainants*, (2004) 184 *British Journal of Psychiatry* 352 (with follow-up correspondence at (2004) 185 *British Journal of Psychiatry* 175f); *Morissette J.A.*, *Querulous and Vexatious Litigants as a Disorder of a Modern Legal System*, (2019) 24 *Canadian Criminal Law Review* 265, 283; *Paul*

has demonstrated, Chaffers started his notorious career as a litigant in England as a result of his confrontation with Professor Sir Travis Twiss Q.C. in the early 1870s.⁴ Chaffers, by the end of his career of vexatiousness, had sued the entire cast of a Gilbert and Sullivan operetta and more – not on the stage, but in real life : his defendants included the Prince of Wales (later King Edward VII), the Archbishop of Canterbury, Lord Chancellors, the Master of the Rolls, assorted Judges, the Speaker of the House of Commons and several other dignitaries.⁵

But the Twiss matter, to adopt for a moment the spelling of “Twiss” used in some German newspaper reports of the day, was not quite the beginning of Chaffers’ career as a litigant : as Professor Taggart discovered from a brief report in the Times in August 1867,⁶ Chaffers was prosecuted in the City Court of Berlin in that year on a charge of insulting a Prussian civil servant in the execution of his duty under laws originally designed for newspapers. Professor Taggart, I assume, lacked the linguistic skills necessary to pursue this discovery.⁷ Possessing them and standing on the shoulders of his (or his research assistants’) discovery, I have analysed

Mullen/Grant Lester, *Vexatious Litigants and Unusually Persistent Complainants and Petitioners : from Querulous Paranoia to Querulous Behaviour*, (2006) 24 Behavioural Sciences & the Law 333.

4 Michael Taggart, *Alexander Chaffers and the Genesis of the Vexatious Actions Act 1896*, (2004) 63 Cambridge Law Journal 656.

5 Taggart, (2004) 63 Cambridge Law Journal 656, 677.

6 “Foreign Intelligence”, 20 August 1867, p. 8; Taggart, (2004) 63 Cambridge Law Journal 656, 658.

7 In addition to a command of German, one also needs to be able to read the old German *Kurrentschrift*, afterwards called *Sütterlin* after the name of the developer of a later version; it was removed from school curricula on Hitler’s personal order in 1941 as being antiquated and a barrier to the conquest of the world by the German language and because of alleged Jewish influence in its history. There is an interesting note on this in Friedrich Beck, „Schwabacher Judenlettern“ : Schriftverruf im Dritten Reich, in : *Botho Brachmann/Helmut Knüppel/Joachim-Felix Leonhard/Julius Schoeps*, *Die Kunst des Vernetzens : Festschrift für Wolfgang Hempel*, Berlin 2006, pp. 251ff.

Fortunately I taught myself this obsolete and difficult script many years ago, and in the Prussian file on the litigation most of the materials are written very clearly. The exception is the writing of the Prussian Minister of Trade, Commerce and Public Works, Graf von Itzenplitz (an amusing name, all the more so for today’s German speakers given its similarity to that of the children’s book character Robber Hotzenplotz). Herr Minister Graf von Itzenplitz wrote in the illegible scrawl that is the prerogative of the busy and important man. The story told here has therefore had to be constructed largely without his direct input, but fortunately his subordinates and others writing to him sometimes began their memoranda to him by summarizing what he had just written.

the surviving file, which is not from the records of the Courts themselves but from the Prussia's Ministry of Trade, Commerce and Public Works⁸ (hereinafter "the Prussian file"), on the case against Chaffers – his first-ever run-in with the law – and found an interesting supplement to the story of the common-law world's first officially declared vexatious litigant.

II. The facts

The charge of insulting a Prussian civil servant in the exercise of his duty related to August Ludwig Freiherr von der Recke (1809 – 1869).⁹ As the director of the Second Division (Railway Matters) of the Prussian Ministry of Trade, Commerce and Public Works¹⁰ the Freiherr was, as the history of his aristocratic house puts it,

an important pioneer of the rising railway system, and especially of the extension of the network. In the Trade Ministry in Berlin he was chief of the Railway Division and responsible for a whole series of treaties with other German and European states which regulated the railway connexions between Prussia and neighbouring countries. On this basis he received numerous decorations, including Russian, Dutch, Luxembourgian, Hanoverian, Saxon and of course also Prussian ones. For his summer residence he acquired a villa in Schmiedeberg in the Giant Mountains. He was a man who did very well for himself.¹¹

8 GStA (Secret State Archives, Prussian Cultural Heritage Foundation), I. HA Rep. 120, Anhang Nr 18. It is also apparent from the Prussian file that other files on the matter existed, most obviously the City Court's own file. As the State Archives of Berlin's website indicates, the Court's files perished in the Second World War. Finally, there are also three files in the Secret State Archives, Prussian Cultural Heritage Foundation on the building of the Tilsit-Insterburg railway specifically (the principal file is I. HA Rep. 89, Nr 29666 – Eisenbahn von Memel über Tilsit nach Insterburg). I read all of them but nothing of present relevance appears from them.

9 Sometimes "von der Reck" in the sources; in this essay, I have silently corrected any source that omits the final "e" in the interests of simplicity and consistency.

10 *Königlich Preussischer Staats-Kalender für 1865*, Berlin s.d., p. 210.

11 *Wilhelm Freiherr von der Recke, Vom Burgherrn zum Bürger : 750 Jahre Freiherren und Barone von der Recke sowie der Grafen von der Recke von Volmerstein – eine Familiengeschichte 1265 – 2015*, Heidelberg 2015, p. 401.

On 18 June 1866,¹² Chaffers wrote a letter to this gentleman which contained the following passage : ‘How Herr Eduard vom Hof expended the principal part of the first-mentioned sum of £4000 I know very well, as I learnt the details from his own lips, and you also know very well what use has been made of a great part of such sum’.¹³ Freiherr von der Recke read this as an accusation that he had received a bribe in the matter in question, the building of a railway between Tilsit and Insterburg in East Prussia, on which he had indeed been in contact with Eduard vom Hof.

Chaffers directed a further letter to the Prussian consul in London on 8 August 1866, which ran in part, ‘vom Hof has according to his own explanations not merely bribed an official in the Prussian Ministry of Trade but must also have paid Freiherr von der Recke £5000 sterling before the concession could be obtained’.¹⁴ This was a very clear accusation, and the sum of the alleged bribe has also increased since the earlier letter. Making such a claim against a man as influential and well-connected as Freiherr von der Recke was clearly a dangerous game – receiving bribes would grossly contradict the Prussian ethos of duty, abstemiousness and selfless devotion to the public good – and the Freiherr must have passed these accusations on to the public prosecutor at the Berlin City Court¹⁵ (which has long since been replaced by other institutions). And it was huge amount of money : by way of comparison, £5000 was also the annual salary of a superior Judge in England around this time.¹⁶ Charges were laid against Chaffers under para. 102 of the Prussian Criminal Code of 1851, which did indeed prohibit, among other things, offering insults to civil servants in

12 The report in the „Kölnische Zeitung“ about to be mentioned states consistently that the date was 8 June 1866. As the Prussian file states 18 June 1866 with equal consistency, I have preferred that date.

13 Prussian file, application for Chaffers’ pardoning, 20 March 1868. The application states that Chaffers wrote in English and that what is quoted in the application is a translation into German. I have had to translate what is written back into English for present purposes. It is most unlikely that my re-translation is exactly what Chaffers wrote, but it should capture the sense. I have also decided to refer to vom Hof uniformly by that name throughout this essay and silently to correct any source that spells his name in a variant way such as “vom Hoff”.

14 See above, fn 13, including the note on re-translation.

15 It is true that, under § 103 of the Prussian Criminal Code, the Freiherr did not need to make a formal application for charges to be brought – but he or someone must have informed the prosecutor of the contents of the letters.

16 *Supreme Court of Judicature Act 1873* (U.K.) s 13.

the execution of their duty.¹⁷ The paragraph had originally appeared in the Prussian *Press Act* of 30 June 1849,¹⁸ but the Criminal Code of 1851 made it generally applicable.

For his part, Eduard Franz Bernhard vom Hof is a more mysterious figure. The Prussian file¹⁹ does contain some information about him from a police report. He was born on 2 October 1807 and had lived for about twenty years in England, which, it will be recalled, shared the same sovereign as vom Hof's native Hanover until 1837; by the time of the events involving Chaffers he had, however, returned to the area around Hanover; he owed his wealth to speculation involving English and German capital and German railways. Gottfried Semper, the famous architect, met vom Hof on his arrival in London in 1850 and referred to him as 'a kind of *homme d'affaires*'.²⁰ Semper himself had a more immediate reason for visiting England : he, like Richard Wagner, was on the run from the authorities after

17 Preußische Gesetzsammlung 1851, p. 122. The full text of the first paragraph was :
§ 102 [Beleidigung von Staatsorganen]

Wer durch Wort, Schrift, Druck, Zeichen, bildliche oder andere Darstellung eine der beiden Kammern, ein Mitglied der beiden Kammern, eine andere politische Körperschaft, eine öffentliche Behörde, einen öffentlichen Beamten, einen Religionsdiener, ein Mitglied der bewaffneten Macht, einen Geschworenen, einen Zeugen oder Sachverständigen, während sie in der Ausübung ihres Berufes begriffen sind, oder in Beziehung auf ihren Beruf beleidigt, wird mit Gefängniß von einer Woche bis zu einem Jahre bestraft.

The remaining two paragraphs concerned aggravating and mitigating factors in sentencing.

By the time in question here, this description of crime had only a little longer to last : in the Criminal Codes of 1870 for the North German Confederation and 1871 for the *Deutsches Reich*, there was no separate provision dealing with insults offered to official personages. The substantive law applicable was the same for all citizens, leaving aside the *lèse-majesté* laws and a minor procedural provision of which the present-day successor is para. 194 (3) of the German Criminal Code.

18 Para. 23 of that Act, Preußische Gesetzsammlung 1849, pp. 230f; *Georg Beseler*, Kommentar über das Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten und das Einführungsgesetz vom 14. April 1851, Leipzig 1851, p. 270. However, the French Penal Code of 1810 included (para. 222) a comparable and generally applicable provision, which was known in Prussia from the law of some of its westernmost dominions. Para. 102 was enacted without parliamentary consent by the government alone owing to the lack of action by the legislature : *Kurt Koszyk*, *Deutsche Presse im 19. Jahrhundert Teil II*, Berlin 1966, pp. 121f.

19 Police presidium to Graf von Itzenplitz, 29 February 1868.

20 *Dieter Weidmann*, *Through the Stable Door to Prince Albert? On Gottfried Semper's London Connexions*, (2014) 11 *Journal of Art Historiography* 1, 18; see also *Michael Gnehm/Sonja Hildebrand/Dieter Weidmann* (eds.), *Gottfried Semper : London Writings 1850 – 1855*, Zürich 2021, p. xvi.

participating in the failed uprising of 1849 in Saxony's capital, Dresden. He is, of course, the eponym of the famous opera house in Dresden.

The roughly fifty-kilometre-long railway line between what are now, since the Russian takeover of northern East Prussia in 1945, Sovetsk (Tilsit) and Chernyakhovsk (Insterburg) was opened in 1865, but the final Royal grant of the concession to build it had occurred in December 1862²¹ according to a new method of financing and construction based somewhat on the English model and using English capital, which is no doubt where vom Hof came into the picture and which also made this railway line something of a milestone in Prussian railway history.²² As Professor Taggart records Chaffers' slide towards bankruptcy from 1866 to 1868,²³ his decision to bring these accusations in 1866 relating to an alleged bribe four or more years in the past may have been a part of some sort of attempt to salvage his finances – by fair means or foul.

What happened in the trial of the charges before the City Court of Berlin on 6 November 1867 is fortunately recorded in the "Kölnische Zeitung",²⁴ a prominent newspaper of Cologne with a national readership – Cologne, despite its distance from Berlin, was part of Prussia. (References in this

21 Preußische Gesetzsammlung 1863, pp. 5ff.

22 Ralf Roth, *Das Jahrhundert der Eisenbahn : die Herrschaft über Raum und Zeit 1800 – 1914*, Ostfildern 2005, pp. 115-117 (the latter page contains a photograph of the inaugural committee of the railway company, without names); Dieter Ziegler, *Eisenbahnen und Staat im Zeitalter der Industrialisierung*, Stuttgart 1996, pp. 74, 158-160. The photograph also appears in Wolfgang Klee, *Preußische Eisenbahngeschichte*, Stuttgart 1982, pp. 150, 218, and is stated to come from the author's personal collection.

There is still further background to all of this in the Prussian constitutional conflict of 1862 – 1866 and the career of the railway baron Bethel Henry Strousberg. This is too remote from the present topic to be considered in the space available here.

23 Taggart, (2004) 63 Cambridge Law Journal 656, 657, 663.

24 9 November 1867, p. [7]. I also searched prominent Berlin newspapers without success. As newspaper digitisation has not advanced as quickly in Germany as it has in some other countries, the search method was usually the old-fashioned one of trying to locate reports in microfilms by looking at every single news item on likely dates. It may well be that smaller or more distant newspapers also contained reports, but I cannot search everything.

I have translated the newspaper's '*in contumaciam*' as '*in absentia*' given the connotations of "contumacious" in English. The insertions in square brackets are not mine, but appear as editorial insertions in the newspaper report itself. In the original report also, what is stated to have been the contents of the letter of 8 August is not enclosed in quotation marks.

report to a letter written on 8 June are clearly an error for 18 June – the first letter from the Prussian file quoted above.)²⁵

The accused neither appeared personally nor had employed counsel. Thus the proceedings took place *in absentia*. Several years ago a Hanoverian, Eduard vom Hof, was resident in London. Seeking from there to obtain the concession for the construction of a railway from Tilsit to Insterburg, he sought to begin negotiations with Ministerial Director Freiherr von der Recke. At the same time he made contact with the accused, advocate Chaffers, to whom he later owed £1500. On 8 June 1866 Chaffers wrote to Freiherr von der Recke in approximately these terms :

In relation to the Tilsit-Insterburg railway I take the liberty of stating as follows. Mr vom Hof owes me £1500; I advise you [Freiherr von der Recke], before you become involved with him, to check his antecedents; in London he lived as a knight of industry; he [Chaffers] had repeatedly given him a few shillings to save him from famine. Vom Hof did not hesitate to state, loudly and openly, that he would receive the concession thanks to the influence of Freiherr von der Recke; vom Hof had received £6000 for obtaining the concession.

At the end it was then stated, ‘How vom Hof expended £6000 sterling I know very well, and how a greater part of it has been expended, you also know very well. As a suit against vom Hof would be fruitless, I ask for your assistance.’ On 14 July and on 8 August Chaffers then wrote to the Prussian Consul-General in London; in the second letter he said, among other things : Herr vom Hof had said to a person resident in London that he had had to pay £5000 to Freiherr von der Recke before he could receive the concession and that various other officials of the Trade Ministry had also been bribed. — As all these claims were invented and sworn by vom Hof himself to be untrue, the accused was convicted and sentenced to six weeks’ imprisonment. Concerning the criminal liability of the accused as a foreigner the Court explained : the insult was already committed in effect in the letter dated 8 June sent to the person insulted, and that occurred in Prussia as the letter was delivered here.

By the sounds of it, Chaffers expected the Freiherr to pay off vom Hof’s debt of £1500 to Chaffers with money from the alleged bribe. If vom Hof

25 See above, fn 12.

disputed the debt, the report did not mention it, so he might well have conceded it, and indeed the reported evidence of its existence may have come from him. If the debt really existed and vom Hof was not worth suing for it, here is one reason for Chaffers' lack of funds in the late 1860s; but neither Chaffers nor anyone else gives any other reason for his poking his nose into this particular affair : it is not alleged, for example, that he represented a rival consortium seeking the same concession.

Although there are evidently some differences, beyond the error in the date, between this newspaper report and the Prussian file in the archives – at least this suggests that the reporter was actually present in Court and writing down the proceedings as best he could as they happened – the Prussian file does confirm that the sentence was indeed six weeks' imprisonment. The final sentence of the report is also confirmed by a passing reference in the Prussian file²⁶ to para. 3 of the Prussian Criminal Code of 1851, which expressly permitted the punishment of foreigners for crimes committed in Prussia. It still seems a bit of a stretch to convict Chaffers solely by reason of what he wrote in June, which was hardly a clear accusation, while the letters to the consul in London in July and August were not delivered in Prussia. It should however be mentioned that, although the identities of the Judge(s) involved in the conviction on 6 November 1867 can no longer be determined, Prussia, like all the German states, had by this time developed strong principles protecting the independence of the Judiciary which were zealously defended,²⁷ even if many other general democratic principles remained for future adoption; so we should not conclude, in the absence of any good reason to do so, that the Judge(s) concerned had been merely doing the bidding of the executive government.

III. Amnesty and further proceedings

It may be assumed that Chaffers was not merely absent from the courtroom, but safely back in England while all this was going on so that the chances of his serving the six weeks' imprisonment were low. If nothing else, Chaffers' impecuniosity might have precluded his attendance.²⁸ Pre-

26 Prussian file, application for Chaffers' pardoning, 20 March 1868.

27 Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland* 2. Band : Staatslehre und Verwaltungswissenschaft 1800 – 1914, Munich 1992, pp. 116f.

28 See above, fn 23.

sumably the Prussian authorities properly notified Chaffers of the pending proceedings, although it is conceivable that notifications went astray or that he did not understand their significance, particularly if his German was wobbly or non-existent (he wrote to Freiherr von der Recke in English).²⁹ At any rate, it is also safe to assume that Chaffers obtained news of his conviction. If this did not occur in any other way, someone would surely have brought to his attention the report in the Times³⁰ and that would have put him on notice.

After the conviction, somebody recalled the amnesty declared on 20 September 1866³¹ to celebrate the Prussian defeat of Austria on the battlefield a few weeks beforehand. On that day “We William, King of Prussia etc.” had declared an amnesty for those convicted under various paragraphs of the Criminal Code, including para. 102 under which Chaffers had been charged. The amnesty decree left open the possibility of its application to those who were convicted after its publication of crimes committed beforehand, subject to a report by the Minister of Justice. This was the category into which Chaffers fell, as his last letter had been written about six weeks before the amnesty, on 8 August 1866, while he was convicted in November of the following year.

The long interval suggests a reason why the amnesty might have been forgotten in Court; the delay may well be due to attempts to contact Chaffers in London and secure his attendance; if Chaffers had been represented by counsel at the hearing in November 1867, perhaps the amnesty would have precluded his conviction in the first place. The amnesty decree also suggested that in such cases as Chaffers’ the Justice Ministry might initiate proceedings for a pardon of its own motion. The City Court of Berlin appears to have set the wheels in motion for a pardon itself, and it obtained the agreement of the *Kammergericht*, the appellate Court above itself.³² There was little discussion, at least as far as the Prussian file reveals, although (it will be recalled) that file is not that of the Courts themselves : Chaffers was duly pardoned by the King of Prussia on 8 May 1868.³³ It is possible that the Courts realised, or were made to realise by a representative of Chaffers, that an appeal to the *Kammergericht* would inevitably succeed

29 See above, fn 13.

30 See above, fn 6.

31 *Königlich Preussischer Staatsanzeiger*, 21 September 1866, p. 3267.

32 Prussian file, memoranda of 20 March 1868; 3 April 1868.

33 There is a copy of the King’s pardon of that date in the Prussian file. The previous day had coincidentally been that of Lord Brougham’s death.

because the only clear accusation of corruption had been made outside the Court's jurisdiction to the Prussian consul in London, while the accusation that was made in the letter delivered in Prussia, that of 18 June 1866, was insufficiently clear.

It is also worth noting that Prussia annexed the Kingdom of Hanover on the very same day as the amnesty, 20 September 1866,³⁴ deposing the blind King George V (Ernest Augustus, Duke of Cumberland) – for Hanover had chosen the wrong side in the war and backed Austria. The Prussian annexations of 1866 are now seen as a prelude to the full unification of Germany in January 1871. I do not know whether the Hanoverian vom Hof was personally dismayed by the disappearance of his country in 1866, as many in the former Kingdom were, but it is worth bearing in mind the possibility of some reciprocal bad feeling between him and Prussian officials in what follows.

For there is a curious reference in a report on vom Hof by the police commissioner's office on 29 February 1868 to the Minister of Trade, Commerce and Public Works.³⁵ The report states that 'as far as the character of vom Hof is concerned, the police commissioner would not think it right to omit to mention that vom Hof, in the investigation against the advocate A. Chaffers in London for insulting a public official, played a very peculiar role as a witness'. This statement (the original German is : *eine sehr eigenthümliche Rolle als Zeuge gespielt hat*) is unfortunately not elaborated upon. As we saw in the report of the "Kölnische Zeitung", vom Hof had sworn in Court that Chaffers' claims of bribery were untrue and Chaffers was convicted.

The Prussian file now indicates that proceedings were considered against vom Hof himself, and in one place it is stated that he was now also accused of insulting a public official.³⁶ There may have been some political pressure on the public prosecutor's office here, for the Prussian Minister of Trade,

34 *Gesetz betreffend die Vereinigung des Königreichs Hannover, des Kurfürstentums Hessen, des Herzogtums Nassau und der Freien Stadt Frankfurt mit der preußischen Monarchie*, Preußische Gesetzsammlung 1866, p. 555.

35 This too is in the Prussian file. An ellipsis could be inserted into the quotation that follows to indicate some omissions, but I have not done this in my translation owing to the necessarily different word order in the two languages concerned.

36 Prussian file, public prosecutor to von Itzenplitz, 16 February 1869.

Commerce and Public Works, Graf von Itzenplitz,³⁷ was a strong backer of the new system of railway construction and financing pioneered by the Tilsit-Insterburg railway. Perhaps, also, vom Hof had been shown by the Court proceedings in November 1867 to have spread the rumours about bribery himself. The investigations did not get very far, however. Chaffers and an engineer named James Hendry refused to give evidence – at this point if not long beforehand, Chaffers must have been informed of the previous proceedings against himself – and neither could be compelled to do so as long as they remained in England. On the other hand, one Davis, whose role in this drama does not appear from the Prussian file, demanded for the trouble of giving evidence the sum of twenty-five guineas (£26/5/-) – no very small amount of money, as unskilled workers managed to support a family for a whole year for around this sum; the Prussian Minister of Justice refused this offer as payment might obviously reflect upon the veracity of the statement.³⁸

At another point the public prosecutor reported to the Minister of Trade, Commerce and Public Works³⁹ that without Chaffers' evidence a prosecution of vom Hof could not succeed as the evidence would be insufficient, and Chaffers himself was an incompetent witness under para. 356 (8) of the Prussian *Criminal-Ordnung* (in modern terms, the code of criminal procedure); and there was of course also the amnesty which might make the prosecution of vom Hof merely a waste of public funds. Para. 356 (8) declared incompetent as witnesses 'all those who participated either in the crime about which their evidence is required, or to their knowledge, whether directly or indirectly, in the fruits of the crime',⁴⁰ although a proviso permitted evidence from such persons if it were not sworn. The reference to this paragraph is also consistent with the idea that vom Hof was to be charged as one who also spread the rumours of bribery, as indeed Chaffers' letters had suggested.

37 See above, fn 7. In the Prussian file, it is noticeable that he sent quite a few minutes to his officials apparently asking for updates on this matter, but they are unfortunately illegible.

38 Prussian file, memoranda of 17 August 1868 (public prosecutor to von Itzenplitz); 8 February 1869 (Minister of Justice to public prosecutor); 16 February 1869 (public prosecutor to von Itzenplitz).

39 Prussian file, 19 March 1868.

40 *Allgemeines Criminalrecht für die preußischen Staaten*, Erster Theil : Criminal-Ordnung, Berlin 1806, pp. 131-133.

On the other hand, there is no evidence that Freiherr von der Recke, who retired aged fifty-nine in the first half of 1869 and died at the end of that year, was ever personally investigated, let alone dismissed in disgrace⁴¹ – so the rumours were probably false, whoever spread them. One could of course postulate a massive cover-up by such a well-connected person, but there is no evidence for any such thing and the Prussian file gives the sensible, workaday reasons just summarised for not pursuing the matter any further. Piling speculation upon speculation, could we wonder whether the Freiherr's death at the end of 1869, just after his sixtieth birthday, was a means of escaping justice and avoiding shame? At least according to the death notice placed by his wife two days after he died, however, the death occurred naturally after an illness of several weeks' duration,⁴² and there is no other sign of anything untoward about it anywhere else either.⁴³ And when in 1873 the bubble burst, both politically and financially, on the railway companies set up on the English model since the early 1860s, a huge public scandal erupted and claimed the careers of both Graf von Itzenplitz and Hermann Wagener, a close confidant of Prince von Bismarck's who was even found to be personally corrupt⁴⁴ – but there is no sign in all

-
- 41 There is a brief reference in the Cabinet minutes (GStA, *Protokolle des preußischen Staatsministeriums*, Vol. 81 (microfiche no. 469)) of 9 May 1869, p. 124, to the retirement of Freiherr von der Recke as a precedent in another case in which a civil servant sought continuation of a quasi-judicial appointment after retirement; there is no suggestion that the usefulness of the Freiherr's case as a precedent was affected by anything untoward; nor is there any other reason to suspect a forced retirement in, for example, the *Acta Borussica* index to the proceedings of the highest organs of the Prussian government. The Freiherr was noted in the official gazette as being at work in late February 1869: *Königlich Preussischer Staatsanzeiger*, 26 February 1869, p. 845.
- 42 „Vossische Zeitung“, 28 December 1869, 5. Beilage, p. 4. His wife would naturally have been aware of the principle behind, if not the exact words of Dr Johnson's saying that 'in lapidary inscriptions a man is not upon oath' – but everything about the announcement of the death, such as its contents and rapidity, contraindicates suicide.
- 43 There is thus also a brief and unremarkable notice of the death on the front page of the next day's edition of the „Vossische Zeitung“: 29 December 1869, p. 1, and in one or two other newspapers such as the „Berliner Börsen-Zeitung“, 30 December 1869, p. 2. The death of this important civil servant was also noticed in the official gazette: *Königlich Preussischer Staatsanzeiger*, 28 December 1869, p. 5006.
- 44 *Christoph Peter, Hermann Wagener (1815 – 1889) : eine politische Biographie*, Düsseldorf 2020, pp. 488-502; *Roth, Jahrhundert der Eisenbahn* (fn 22), p. 125; *Ziegler, Eisenbahnen und Staat* (fn 22), pp. 162-171.

the parliamentary investigations of the discovery of any wrongdoing on the part of Freiherr von der Recke.⁴⁵

IV. Concluding comments

During this Prussian drama, Chaffers' notorious career as a vexatious litigant in England was still in the future. When it did come, it was conducted on his part more often offensively than defensively, unlike in the Berlin case. Indeed, we have seen that Chaffers even refused to give evidence against vom Hof, which is a remarkable degree of restraint against a person who, he claimed, had wronged him so severely. In the Twiss matter he aggressively cross-examined his opponents⁴⁶ – not here.

There are certain aspects of this episode which do presage Chaffers' later offensive career as a plaintiff, however. He was certainly the aggressor in the broader sense, even though he was the defendant both in Berlin and in the Twiss case. In both cases, he had made very serious allegations against a well-connected person without possessing all the necessary evidence to back them up. Certainly, if Chaffers had any serious evidence of bribery in the Berlin case neither the surviving records nor the subsequent investigation of the railway financing reveal it. As far as we know, all he had was something that vom Hof had allegedly told him. A lack of circumspection and a dogmatic conviction of one's own correctness despite the lack of sufficient evidence for one's standpoint are characteristics of many vexatious litigants and of Chaffers personally: '[i]t was he who was right, and the rest of the world wrong', as Professor Taggart put it.⁴⁷

The discovery of the amnesty may also have convinced Chaffers that there is always a loophole to be found if one looks hard enough. Persistence is a hallmark of the vexatious litigant. It may be that the initial success stemming from the discovery of a loophole taught Chaffers that persistence would always win the day – when, in fact, it does not.

Indeed, another infamous figure in nineteenth-century legal history who started off with a win before running completely off the rails and becoming a hindrance to justice by reason of vexatiousness is Mr Justice Benjamin

45 As well as searching for the name electronically myself, I have confirmed this with colleagues who have researched this field of history extensively.

46 Taggart, (2004) 63 Cambridge Law Journal 656, 659.

47 (2004) 63 Cambridge Law Journal 656, 683.

Boothby. Boothby J. distinguished himself in mid-nineteenth-century Australia by finding all manner of parliamentary enactments invalid, even when there was barely the slightest reason to do so, and for his trouble was eventually dismissed as a Judge and had his views officially repudiated by no lesser authority than the Imperial Parliament at Westminster *via* the *Colonial Laws Validity Act* 1865 (Imp.). It is a story that has been well told elsewhere.⁴⁸ Boothby J.'s initial discovery of a technical legal defect in the enactment of the electoral laws, which resulted in their invalidity, seems to have convinced him that he was always able to discover such; his initial success in finding invalidity despite much opposition seems to have convinced him that persistence coupled with intelligence would always eventually bring success – and perhaps even of his own infallibility.

Chaffers seems to have followed approximately the same path. His success in having his Prussian conviction set aside may have convinced him that “where there’s a will, there’s a way”. As he was to discover over many years and at great expense to himself and others after his Berlin adventure, the saying is false and, under our legal system, the existence of a will is quite consistent with the non-existence of a way – even for the most determined, persistent and intelligent people.

48 For example, by *John Williams*, [Mr] Justice Boothby : a Disaster that Happened, in : *George Winterton* (ed.), *State Constitutional Landmarks*, Leichhardt : Federation 2006, ch. 1.

Der bundes- und landesverfassungsprozessuale Standort der politischen Parteien

Steffen Detterbeck

I. Einführung

Der zu Ehrende ist in sämtlichen Rechtsgebieten beheimatet. Als ausgewiesenem Medienrechtler ist ihm auch das einschlägige Bundes- und Landesverfassungsprozessrecht vertraut. Juristisch sozialisiert im Lande Hessen, ist er dem hessischen Verfassungsprozessrecht landsmannschaftlich verbunden. Ob er auch nähere juristische Bekanntschaft mit dem bundes- und landesverfassungsprozessualen Parteienrecht geschlossen hat, ist nicht bekannt. Aber als allen Fragen der Verfassungsrechtspraxis stets aufgeschlossener Fakultätskollege darf davon ausgegangen werden, dass auch diese Thematik auf sein Interesse stößt.

Nur dem ersten Anschein nach sind die Eckdaten geklärt. Nach der ständigen bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung können politische Parteien ihre aus Art. 21 GG folgenden Rechte gegen Verfassungsorgane des Bundes ausschließlich im Bundesorganstreitverfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG i.V.m. §§ 63 ff. BVerfGG geltend machen.¹ Die Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i.V.m. §§ 90 ff. BVerfGG scheidet danach aus.² Die mittlerweile überwiegende Literatur ist gegenteiliger Auffassung und verweist auf die Verfassungsbeschwerde.³ Eine Änderung

1 BVerfGE 4, 27 (30 f.); 73, 40 (65); 82, 322 (335); 84, 290 (298); 148, 11 Rn. 27; 154, 320 Rn. 36; 162, 207 Rn. 60; zustimmend T. Barczak, in: T. Barczak, BVerfGG, 2018, § 63 Rn. 60; E. Klein, in: E. Benda/E. Klein/O. Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, Rn. 1049; Chr. Hillgruber/Chr. Goos, Verfassungsprozessrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 424, 465; D. Lorenz, Der Organstreit vor dem Bundesverfassungsgericht, in: Chr. Starck, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. I, 1976, S. 225 (248 ff.).

2 BVerfGE 1, 208 (235); 4, 27 (31).

3 A. Voßkuhle, in: P.M. Huber/A. Voßkuhle, GG, Bd. 3, 8. Aufl. 2024, Art. 93 Rn. 106; T. Koch, in: M. Sachs, GG, 10. Aufl. 2024, Art. 21 Rn. 59 ff.; Chr. Lenz/R. Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 3. Aufl. 2020, § 63 Rn. 17; K. Schlaich/S. Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl. 2021, Rn. 92; P. Kunig, in: J. Isensee/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 40 Rn. 123 ff.; M. Heintzen, in: K. Stern/H. Sodan/M. Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II,

der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ist allerdings nicht in Sicht.⁴ Die Landesverfassungsgerichte sind dem BVerfG schon aus Gründen der Praktikabilität gefolgt und verweisen für entsprechende Streitigkeiten zwischen Landesparteien bzw. Landesverbänden von Bundesparteien und Landesverfassungsorganen auf den Landesverfassungsorganstreit,⁵ soweit dem keine unüberwindbaren landesrechtlichen Hürden entgegenstehen. Problematisch ist die Rechtslage allerdings, wenn die politischen Parteien nach dem einschlägigen Landesprozessrecht nicht organstreitfähig sind. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob sie ihre Rechte aus Art. 21 GG im Streit mit einem Landesverfassungsorgan im Verfahren der Landesverfassungsbeschwerde geltend machen können oder ob dem die spezifisch verfassungsorganschaftliche Rechtsnatur dieser Streitigkeit entgegensteht und deshalb die Ersatzzuständigkeit des BVerfG nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 Var. 3 GG i.V.m. § 71 Abs. 1 Nr. 3 BVerfGG eröffnet ist.⁶

II. Der bundesverfassungsprozessuale Standort der Parteien

1. Rechtsprechung des BVerfG

Schon in seinem ersten Entscheidungsband erklärte das BVerfG politische Parteien für taugliche Beteiligte eines Landesorganstreitverfahrens nach Art. 99 GG, §§ 73 ff. BVerfGG⁷ und übertrug diese Rechtsprechung auf den Bundesorganstreit nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 63 ff. BVerfGG.⁸ Zentrale Zulässigkeitsvoraussetzung für einen Bundesorganstreit ist zum einen, dass die Partei ihren spezifischen verfassungsrechtlichen Status aus Art. 21 GG und hieraus folgende Rechte geltend macht. Als privatrechtliche Vereinigungen und damit als juristische Personen i.S.d. Art. 19 Abs. 3 GG sind Parteien zwar unstreitig auch grundrechtsfähig. Für die Verteidigung von Grundrechten steht das Bundesorganstreitverfahren indes nicht zur

2. Aufl. 2022, § 32 Rn. 67; D. Ehlers, in: D. Ehlers/F. Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2021, § 18 Rn. 24.

4 H. Bethge, in: B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein/H. Bethge, BVerfGG, 63. Lfg. Juni 2023, § 73 Rn. 18; Heintzen, in: Stern/Sodan/Möstl (Fn. 3); vgl. aber die Aufforderung von F. Schorkopf, in: Chr. Burkiczak/F.-W. Dollinger/F. Schorkopf, BVerfGG, 2. Aufl. 2022, § 63 Rn. 50 a.E. zur Änderung der Rechtsprechung.

5 Dazu ausführlich S. 56 ff.

6 Zu dieser speziell hessischen Problematik S. 61 ff.

7 BVerfGE 1, 208 (218 ff.).

8 BVerfGE 4, 27 (30 f.) – Plenarentscheidung; w. Nw. in Fn. 1.

Verfügung.⁹ Denn es dient der Entscheidung von „Streitigkeit[en] um Kompetenzen im staatlichen Binnenbereich“.¹⁰ Hier spielen Grundrechte prinzipiell keine Rolle.¹¹ Verfassungsbeschwerden und Organstreitverfahren „sind diametral verschieden“.¹² Dem entspricht es, dass oberste Bundesorgane und ihnen gleichstehende andere Beteiligte i.S.d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG nicht grundrechtsfähig sind, soweit sie in organschaftlicher oder quasior-ganschaftlicher Eigenschaft agieren. Dies gilt auch für politische Parteien.¹³ In der Sache gleichwohl berührte Grundrechte können bei der Auslegung der grundgesetzlichen Kompetenzen und organschaftlichen Rechte der Streitbeteiligten lediglich mitberücksichtigt werden.¹⁴

Zum anderen setzt die Zulässigkeit eines Bundesorganstreits voraus, dass auch der Antragsgegner im Bundesorganstreit beteiligtenfähig ist. Werden die aus Art. 21 GG abgeleiteten Parteienrechte etwa durch eine Bundes-behörde, die kein oberstes Bundesorgan ist, beeinträchtigt oder durch die Landesverwaltung oder zum Landesrecht ressortierende juristische Per-sonen wie die Landesrundfunkanstalten, scheidet ein Bundesorganstreit von vornherein und ungeachtet des verfassungsrechtlichen Standorts der politischen Parteien aus. Bundesrechtlich kommt dann nur noch eine Ver-fassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 90 ff. BVerfGG in Betracht – nach § 90 Abs. 2 BVerfGG in der Regel erst nach Erschöpfung des (Verwaltungs-)Rechtswegs.¹⁵

2. Der sogenannte verfassungsorganschaftliche Charakter der Parteien

Die Beteiligtenfähigkeit politischer Parteien im Bundesorganstreit beruht auf der gefestigten bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zu ihrem verfassungsorganschaftlichen Charakter. Die Parteien sind allerdings unstreitig keine Staatsorgane und auch nicht Teil der organisierten Staat-

9 BVerfGE 68, 1 (69 ff., offen lassend für eine Ausnahmesituation 70); 126, 55 (68); 135, 317 Rn. 135; 148, 11 Rn. 31; 154, 320 Rn. 97.

10 K. Stein, Die Parteifähigkeit der Untergliederungen politischer Parteien im verfas-sungsgerichtlichen Bundesorganstreitverfahren, DÖV 2002, 713 (721).

11 Bethge (Fn. 4), § 90 Rn. 449.

12 Bethge (Fn. 4), § 73 Rn. 52.

13 BVerfGE 84, 290 (299).

14 BVerfGE 118, 277 (320, 354 f., 377 f.); vgl. auch BVerfGE 84, 290 (299).

15 Siehe nur BVerfGE 7, 99 (103); 14, 121 (129); 47, 198 (223); 69, 257 (265 f.).

lichkeit.¹⁶ Sie verfügen über keine staatlichen Kompetenzen¹⁷ und agieren auch im übrigen nicht für den Staat. Handlungen der Parteien werden dem Staat nicht zugerechnet. Damit sind die Parteien unstreitig auch keine obersten Bundesorgane i.S.d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG. Ebenso wenig sind sie Teile eines obersten Bundesorgans i.S.d. § 63 BVerfGG, namentlich nicht des Bundestages. Dass dies auch für „im Bundestag vertretene Parteien“ gilt, rechnet zum juristischen Anfängerwissen.¹⁸ Der Bundestag besteht aus den Abgeordneten (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG) und auf höherer Ebene den Fraktionen, die von den Parteien bekanntlich streng zu unterscheiden sind.

Das schließt es indes nicht aus, die Parteien als andere Beteiligte i.S.d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG zu qualifizieren. Ob man in diesem Zusammenhang die Parteien als Verfassungsorgane im materiell-rechtlichen oder verfassungsprozessualen Sinn bezeichnet,¹⁹ ist lediglich eine Frage der Terminologie. Im Grundgesetz findet sich dieser Terminus nicht; immerhin steht er in § 1 Abs. 1 BVerfGG. Verwendet man ihn, um den spezifisch verfassungsprozessualen Status der obersten Bundesorgane des Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG zu beschreiben und beschränkt man den Kreis der Verfassungsorgane auf solche Institutionen, die Staatsgewalt ausüben,²⁰ scheidet eine Qualifizierung der Parteien als Verfassungsorgan von vornherein aus. Ebenso dürfte es sich nach Maßgabe der von *Stern* geprägten und später vom BVerfG übernommenen Formel handeln, nach der Verfassungsorgane von der Verfassung „in Existenz, Status und wesentlichen Kompetenzen konstituiert werden, indem sie dem Staat durch Existenz und Funktion seine spezifische Gestalt verleihen und durch ihre Tätigkeit an der obersten Staatsleitung Anteil haben.“²¹

16 BVerfGE 1, 208 (225); 20, 56 (101); 121, 30 (54); 148, 11 Rn. 41; 154, 320 Rn. 45; 162, 207 Rn. 71.

17 *Bethge* (Fn. 4), § 71 Rn. 181.

18 Siehe nur *M. Will*, Staatsrecht I, 2021, § 4 Rn. 97; *H. Maurer/K.-A. Schwarz*, Staatsrecht I, 7. Aufl. 2023, § 11 Rn. 89.

19 *H. Maurer*, Die politischen Parteien im Prozeß, JuS 1992, 296; kritisch zum Begriff des Verfassungsorgans *Bethge* (Fn. 4), § 63 Rn. 17; aufgeschlossen dagegen *ders.* (Fn. 4), § 1 Rn. 16; dazu *M. Kloepfer*, Handbuch der Verfassungsorgane im Grundgesetz, 2022, § 1 Rn. 49 f.

20 So BVerfGE 8, 104 (114).

21 *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, S. 344; *ders.*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93 Rn. 92 (März 1982); nahezu wörtlich übernommen von BVerfGE 143, 1 Rn. 31; ebenso *Kloepfer*, Handbuch Verfassungsorgane (Fn. 19), § 1 Rn. 45 f., der die Verfassungsorgane auf den Kreis der obersten Staatsorgane beschränkt.

Zwar haben jedenfalls die regierungstragenden Parteien faktisch Anteil an der obersten Staatsleitung. Ihr verfassungsrechtlicher Auftrag des Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG ist dies indes nicht. Verzichtet man auf eine Teilhabe an der obersten Staatsleitung,²² spricht nicht viel gegen die Qualifizierung der Parteien als Verfassungsorgan.²³ Nicht die einzelne Partei verleiht dem Staat seine spezifische Gestalt, auch nicht eine regierungstragende, wohl aber die Parteien als „verfassungsrechtliche Institution“²⁴ oder ebenfalls in den Worten des BVerfG als „notwendige Bestandteile des Verfassungslebens“²⁵ und „Faktoren im inneren Bereich des Verfassungslebens“.²⁶

3. Die anderen Beteiligten i.S.d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG

Entscheidend für den verfassungsprozessualen Standort der Parteien im Anwendungsbereich des Bundesorganstreits nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 63 ff. BVerfGG ist indes nicht ihre Qualifizierung als verfassungsrechtliche Institution, Faktor des Verfassungslebens oder Verfassungsorgan, sondern als andere Beteiligte i.S.d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG. Das BVerfG hat dies unter Hinweis auf ihren besonderen verfassungsrechtlichen Auftrag des Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG zur Mitwirkung an der politischen Willensbildung des Volkes getan. Zwar unterscheiden sich die Parteien in der Tat durch diesen verfassungsrechtlichen Auftrag und ihren hierauf beruhenden herausragenden Stellenwert sowohl in der politischen als auch verfassungsrechtlichen Wirklichkeit von anderen Akteuren des politischen und verfassungsrechtlichen Lebens. Sie beherrschen das Parlament, beeinflussen maßgeblich die Regierungsbildung und prägen durch die von ihnen geschlossenen Koalitionsverträge die Parlaments- und Regierungsentscheidungen der jeweiligen Legislaturperiode.²⁷ Insoweit trifft auch die Umschreibung des BVerfG zu,

22 S. Detterbeck, in: M. Sachs, GG, 10. Aufl. 2024, Art. 93 Rn. 45.

23 BVerfGE 4, 27 (30): Sie üben Funktionen eines Verfassungsorgans aus; ebenso BVerfGE 6, 367 (375).

24 BVerfGE 11, 266 (273); 20, 56 (100); 24, 260 (264); 41, 399 (416); 73, 40 (85).

25 BVerfGE 4, 27 (30).

26 BVerfGE 6, 84 (88).

27 So zusammenfassend K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 466.

wonach „die Parteien in den Bereich der institutionalisierten Staatlichkeit hineinwirken, ohne diesem selbst anzugehören“.²⁸

All dies beschreibt zwar zutreffend den materiell-verfassungsrechtlichen Standort der politischen Parteien und ihren verfassungsrechtlichen Stellenwert. Ihre verfassungsprozessuale Eigenschaft als anderer Beteiligter i.S.d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG lässt sich allein damit aber noch nicht begründen. Im Ausgangspunkt zutreffend ist die von *Geiger* formulierte und vom BVerfG rezipierte Definition des anderen Beteiligten: „[...] nur solche Inhaber von Staatsgewalt [...], die nach Rang und Funktion den obersten Bundesorganen gleichstehen [...]“.²⁹

Wird tatsächlich auch die Innehabung von Staatsgewalt verlangt, scheiden die Parteien von vornherein als andere Beteiligte i.S.d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG aus. Entscheidend ist allerdings die ebenfalls vom BVerfG genannte „Rechtsähnlichkeit mit der Stellung oberster Bundesorgane“³⁰ oder ihrer Teile. Wegen des verfassungsprozessualen systematischen Zusammenhangs, in dem der Begriff des anderen Beteiligten steht, nämlich dem unmittelbaren Zusammenhang mit den in Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG genannten obersten Bundesorganen und dem mittelbaren Zusammenhang mit den Organteilen, die in der Konkretisierungsvorschrift des § 63 BVerfGG genannt sind, müssen die anderen Beteiligten den obersten Bundesorganen oder ihren Teilen gleichstehen oder ihnen zumindest ähneln. Eben dies ist bei den politischen Parteien nicht der Fall.

Sie sind von den Bürgern frei gebildete bürgerlich-rechtliche Vereinigungen, die im gesellschaftlich-politischen Bereich wurzeln.³¹ Sie gehören als privatrechtliche Vereinigungen der gesellschaftlichen Sphäre an.³² Trotz ihres unbestrittenen herausragenden verfassungsrechtlichen und verfassungspolitischen Stellenwerts unterscheiden sie sich grundlegend von den obersten Bundesorganen und ihren Teilen, die unmittelbar der organi-

28 BVerfGE 148, 11 Rn. 41; 154, 320 Rn. 45; 162, 207 Rn. 71; ganz ähnlich erstmals BVerfGE 20, 56 (101 f.) unter Berufung auf *K. Hesse*, Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat, VVDStRL 17 (1959), 11 (19 ff.).

29 *W. Geiger*, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951, 1952, Anm. 3 zu § 63, S. 208; ihm wörtlich folgend BVerfGE 13, 54 (95 f.); bestätigend BVerfGE 27, 240 (244); ebenso *Vofßkuhle* (Fn. 3), Art. 93 Rn. 104.

30 BVerfGE 13, 54 (96).

31 So schon BVerfGE 20, 56 (101); nachfolgend BVerfGE 121, 30 (54); 148, 11 Rn. 41; 154, 320 Rn. 45; 162, 207 Rn. 71.

32 *E. Towfigh/J. Ulrich*, in: *Bonner Kommentar*, 226. Akt. August 2024, Art. 21 Rn. 195, 429; *Vofßkuhle* (Fn. 3), Art. 93 Rn. 106.

sierten Staatlichkeit angehören und – jedenfalls die obersten Bundesorgane – den Verfassungsstaat des Grundgesetzes konstituieren. Politische Parteien können deshalb keine Beteiligten eines Bundesorganstreitverfahrens sein.³³ Verfassungsprozessual steht ihnen die Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 90 ff. BVerfGG zur Verfügung.

4. Verfassungsprozessuale Anschlussfragen

a) Bundesverfassungsgerichtliche Perspektive

aa) Formalistische Abgrenzung zwischen Bundesorganstreit und Verfassungsbeschwerde

Aus bundesverfassungsgerichtlicher Perspektive stellen sich verschiedene prozessuale Anschlussfragen, die Karlsruhe noch nicht abschließend geklärt hat. Nur in dogmatischer Hinsicht, nicht aber in der Rechtspraxis ist die Abgrenzung zwischen den aus Art. 21 GG folgenden quasiorganschaftlichen Rechten und den sonstigen Rechten der Parteien problematisch. Nur Erstere können nämlich Gegenstand eines Organstreits sein. Zu diesen verfassungsspezifischen Statusrechten zählt vor allem das Recht auf Chancengleichheit³⁴ im Wahlkampf, aber auch außerhalb des Wahlkampfes im Verhältnis zu den obersten Bundesorganen, insbesondere zu den Mitgliedern der Bundesregierung. Es schließt ein Recht auf parteipolitische Neutralität und Sachlichkeit regierungsamtlicher parteibezogener Äußerungen ein.³⁵ Das BVerfG nennt daneben auch das Prinzip der Staatsfreiheit der Parteien,³⁶ das vor allem eine staatliche Einflussnahme auf die parteiinterne Willensbildung verbietet³⁷ und die Parteien auch im übrigen vor staatlicher Beeinflussung schützt.³⁸ Aber auch alle übrigen aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 u. 2 GG abgeleiteten Parteirechte und Parteifreiheiten³⁹ wie etwa die Programm- und Organisationsfreiheit können zumindest auch als quasiorganschaftliche Rechte qualifiziert werden.

33 Nw. Fn. 3.

34 Dazu näher, auch zur Kombination mit Art. 3 Abs. 1, Art. 38 Abs. 1 S. 1, *Towfigh/Ulrich* (Fn. 32), Art. 21 Rn. 406 ff.; H. D. Jarass, in: H. D. Jarass/B. Pieroth, GG, 18. Aufl. 2024, Art. 21 Rn. 22.

35 BVerfGE 140, 225 Rn. 9; 148, 11 Rn. 44 ff.; 154, 320 Rn. 47 f., 52 f., 95; 162, 207 Rn. 73 f.

36 BVerfGE 84, 290 (299); 85, 264 (283).

37 BVerfGE 85, 264 (283).

38 *Towfigh/Ulrich* (Fn. 32), Art. 21 Rn. 401 ff.

39 Dazu im einzelnen *Towfigh/Ulrich* (Fn. 32), Art. 21 Rn. 366 ff.

Aus der bundesverfassungsgerichtlichen Perspektive stellt sich die Frage der Abgrenzung zwischen den quasiorganschaftlichen Parteirechten aus Art. 21 GG und den sonstigen Rechten der Parteien in der Rechtspraxis nicht. Ist im Rechtsstreit der Gegner organstreitfähig, ist stets das Organstreitverfahren einschlägig.⁴⁰ Prüfungsmaßstab ist Art. 21 Abs. 1 GG ggf. i.V.m. Verfassungsprinzipien wie insbesondere dem Demokratieprinzip,⁴¹ aber auch dem besonderen Gleichheitssatz des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG⁴² und den Gleichheitssätzen des Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 GG,⁴³ wobei die Gleichheitsrechte in ihrer Eigenschaft als auch objektives Verfassungsrecht zur Anwendung gelangen.⁴⁴ Steht auf der Gegenseite ein nicht im Organstreitverfahren Beteiligtenfähiger, scheidet ein Organstreit schon allein deshalb aus. Die Partei wird dann auf die Verfassungsbeschwerde verwiesen, deren Zulässigkeit in aller Regel die vorherige Erschöpfung des (Verwaltungs-)Rechtswegs nach § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG voraussetzt.⁴⁵ Prüfungsmaßstab ist auch in den verwaltungsgerichtlichen Verfahren wie in nachfolgenden Verfassungsbeschwerden wiederum Art. 21 Abs. 1 GG i.V.m. insbesondere Art. 3 Abs. 1 GG,⁴⁶ diesmal aber als Grundrecht, um die Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde zu eröffnen, weil Verstöße gegen Art. 21 Abs. 1 GG nicht isoliert mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden können.⁴⁷

bb) Parteien als Antragsgegner im Bundesorganstreit

Sind Parteien im Bundesorganstreit beteiligtenfähig, ist kein Grund ersichtlich, weshalb sie lediglich als tauglicher Antragsteller, nicht aber auch als

40 Vgl. aber auch *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht (Fn. 1), Rn. 424.

41 BVerfGE 44, 125 (138 ff.); 148, 11 Rn. 40 ff.; 154, 320 Rn. 44 ff.; 162, 207 Rn. 70 ff.

42 BVerfGE 44, 125 (144); 95, 335 (354); 134, 138 Rn. 8.

43 BVerfGE 47, 198 (225); 69, 257 (268); 111, 382 (383, 398); 120, 82 (104); 129, 300 (316 f.); 136, 323 Rn. 28.

44 Dazu BVerfGE 6, 84 (91); 23, 353 (372 f.); 25, 198 (205); 26, 228 (244); 83, 363 (393); 86, 148 (251); BVerwGE 162, 284 Rn. 32; OVG Münster NVwZ 2024, 83 Rn. 55; S. *Detterbeck*, Öffentliches Recht, 12. Aufl. 2022, Rn. 97 a.E., 567.

45 Dazu näher S. 51 ff.

46 BVerfGE 7, 99 (107); 47, 198 (224 f.); dazu die dogmatisch motivierte Kritik von *Koch* (Fn. 3), Art. 21 Rn. 51 f.; vgl. auch *Towfigh/Ulrich* (Fn. 32), Art. 21 Rn. 430.

47 Näher unten S. 49 ff.

tauglicher Antragsgegner in Betracht kommen sollten.⁴⁸ Statthaft müssten theoretisch sogar Organstreitverfahren zwischen zwei Parteien oder einer Partei und einer Bundestagsfraktion sein.⁴⁹ Ob insoweit eine Verletzung (quasi-)organschaftlicher Rechte des Antragstellers möglich ist, betrifft eine ganz andere Frage, nämlich die der Antragsbefugnis nach § 64 Abs. 1 BVerfGG.⁵⁰ Entscheidungen, in denen sich das BVerfG zu dieser Thematik in der Sache geäußert hat, existieren soweit ersichtlich nicht.⁵¹

cc) Verfassungsprozessuale Stellung der Landesverbände

Das BVerfG hat verschiedentlich auch den Landesverbänden von Bundesparteien die Organstreitfähigkeit zuerkannt. Allerdings handelt es sich hierbei um keine Organstreitigkeiten nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, sondern um Organstreitverfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 Var. 3 GG⁵² und Art. 99 GG,⁵³ in denen das BVerfG lediglich über landesverfassungsrechtliche Organstreitigkeiten entscheidet. Ob ein Landesverband einer Bundespartei auch im Organstreit nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG beteiligtenfähig ist, hat das BVerfG bislang soweit ersichtlich noch nicht entschieden.

Richtigerweise fehlt den Landesverbänden die Beteiligtenfähigkeit im Bundesorganstreitverfahren.⁵⁴ Denn die in Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG genannten „anderen Beteiligten“ müssen einem obersten Bundesorgan oder ihren Teilen ähnlich sein. Dies ist bei den Landesverbänden unabhängig von ihrer Organisationsform⁵⁵ nicht der Fall. Ihr Aktionsradius beschränkt sich auf das jeweilige Land. Sie sind deshalb – nach Maßgabe der hier abgelehnten bundesverfassungsgerichtlichen Konzeption – nur in landesverfassungsrechtlichen Organstreitigkeiten beteiligtenfähig.⁵⁶ Daran ändert nichts der Umstand, dass sich auch die Landesverbände auf Art. 21 Abs. 1

48 So aber *Bethge* (Fn. 4), § 71 Rn. 182 Fn. 364; dagegen *Towfigh/Ulrich* (Fn. 32), Art. 21 Rn. 429; *Maurer JuS* 1992, 296 (297); *Stein DÖV* 2002, 713 (721).

49 *Towfigh/Ulrich* (Fn. 32), Art. 21 Rn. 429; *Maurer JuS* 1992, 296 (297).

50 Dazu in diesem Zusammenhang *Maurer JuS* 1992, 296 (297).

51 Vgl. BVerfGE 23, 42 (49 f.), wo das BVerfG die tatsächliche Verfahrensbeteiligung von vier Parteien abgelehnt hat.

52 BVerfGE 6, 367 (371 f.).

53 BVerfGE 120, 82 (95 f.) – Antragstellerin ist der Landesverband Schleswig-Holstein der Partei Bündnis 90/Die Grünen.

54 So ausführlich *Stein DÖV* 2002, 713 ff.

55 Dazu *Stein DÖV* 2002, 713 (719 Fn. 73).

56 Ebenso *Stein DÖV* 2002, 713 (720 f.).

GG berufen können.⁵⁷ Zwingende prozessuale Konsequenz der Zuerkennung grundgesetzlicher Rechte und Befugnisse ist nicht, dass der Berechtigte diese auch im Bundesorganstreitverfahren verteidigen können muss.

Greift etwa ein Mitglied der Bundesregierung dadurch unter Missachtung der aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG folgenden Chancengleichheit in einen Landtagswahlkampf ein, dass es in regierungsamtlicher Eigenschaft dazu aufruft, einen bestimmten Landesverband einer Bundespartei nicht zu wählen, ist allerdings zugleich die Bundespartei in ihrem Recht aus Art. 21 Abs. 1 GG verletzt. Diese hat einen aus Art. 21 Abs. 1 GG folgenden Anspruch darauf, dass die obersten Bundesorgane und ihre Teile die Rechte ihrer Landesverbände aus Art. 21 Abs. 1 GG achten. Die Bundespartei kann dieses Recht im Bundesorganstreitverfahren verteidigen. Dass die Landesverbände ihre Rechte aus Art. 21 Abs. 1 GG gegen landesverfassungsrechtliche Organe und Organteile im landesverfassungsrechtlichen Organstreit selbst als Antragsteller verteidigen können, steht dieser Sichtweise nicht entgegen. Denn in diesen Fällen gilt Art. 21 GG nach Maßgabe der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung als Landesverfassungsrecht.⁵⁸

Völlig anders ist die Rechtslage bei solchen Parteien, deren Aktionsradius von vornherein ausschließlich auf bestimmte Länder beschränkt ist. So verhält es sich bei der Christlich Sozialen Union (CSU) und dem Südschleswigschen Wählerverband (SSW). Sie sind keine bloßen Untergliederungen von übergeordneten Bundesparteien, sondern Bundesparteien mit beschränktem Aktionsradius. Sie sind nach Maßgabe der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung andere Beteiligte i.S.d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, wenn sie ihre Rechte aus Art. 21 Abs. 1 GG gegen oberste Bundesorgane oder deren Teile verteidigen. Gegenüber Landesverfassungsorganen und ihren Teilen können sie ihre quasiorganschaftlichen Rechte im Landesorganstreitverfahren vor dem zuständigen Landesverfassungsgericht geltend machen. Denn wegen ihres ausschließlich auf das einzelne Land beschränkten Aktionsradius ähneln sie auch einem obersten Landesorgan.

dd) Rechtsschutz von Bundesparteien gegen Landesorgane

Problematisch ist schließlich der Fall, in dem ein Mitglied einer Landesregierung in regierungsamtlicher Eigenschaft im Bundeswahlkampf dazu

57 Dazu im einzelnen unten S. 54 f., 57 ff.

58 Dazu näher unten S. 54 f., 56 f.

aufruft, eine bestimmte Bundespartei nicht zu wählen. Im Bundesorganstreit nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG kann die Bundespartei gegen das Regierungsmitglied nicht vorgehen. Denn oberste Landesorgane und ihre Teile sind keine anderen Beteiligten i.S.d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG. Im Landesorganstreit wiederum sind Bundesparteien nicht beteiligtenfähig. Dieses prozessuale Dilemma lässt sich nur dadurch auflösen, dass die Äußerung des Mitglieds der Landesregierung dahingehend gedeutet wird, dass es sich auch gegen den Landesverband der Bundespartei richtet. Möglich ist dann ein entsprechendes Landesorganstreitverfahren.

Dieser Kunstgriff scheidet indes aus, wenn ein Mitglied einer Landesregierung anlässlich von Landtagswahlen in einem anderen Land dazu aufruft, eine bestimmte Partei nicht zu wählen. Ein Bundesorganstreit scheitert an der fehlenden Beteiligtenfähigkeit des Mitglieds der Landesregierung. Ein Landesorganstreit ist ausgeschlossen, weil es keine Streitbeteiligten gibt, die demselben Landesverfassungsrechtskreis angehören, und deshalb die für einen Landesorganstreit zentrale Voraussetzung eines Intra-Landesverfassungsrechtsverhältnisses nicht erfüllt ist; Streitigkeiten zwischen Beteiligten eines Inter-Landesverfassungsrechtsverhältnisses können nicht im Landesorganstreitverfahren ausgetragen werden. Eine für die betreffende Partei akzeptable verfassungsprozessuale Bewältigung dieser Problematik besteht nur darin, dass nunmehr die Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG zur Verfügung gestellt wird, mit der sich die Partei auf Art. 21 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG, an die auch das Mitglied der Landesregierung gebunden ist, beruft.

Auch diese Sonderkonstellationen belegen, dass die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung, nach der Parteien andere Beteiligte i.S.d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG sein können, nicht stimmig ist. Die meisten soeben angesprochenen Probleme lassen sich überzeugender bewältigen, wenn Parteien die Organstreitfähigkeit vorenthalten bleibt und sie stattdessen auf die Verfassungsbeschwerde verwiesen werden.

b) Parteien als organstreitunfähige Vereinigungen

aa) Prüfungsmaßstab bei Verfassungsbeschwerden

Wird den Parteien die Beteiligtenfähigkeit im Bundesorganstreit ausnahmslos verwehrt, kommt für sie als bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsbe-

helf neben der Nichtanerkennungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4c GG nur die Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG in Betracht. Hier ist zunächst zu beachten, dass Art. 21 Abs. 1 GG den Parteien zwar subjektive Verfassungsrechte einräumt.⁵⁹ Nach der zutreffenden und mittlerweile ganz überwiegenden Auffassung sind diese Rechte aber keine Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte⁶⁰ und können deshalb nicht isoliert mit der Verfassungsbeschwerde verteidigt werden. Allerdings bestehen keine durchgreifenden Einwände dagegen, dass sich die Parteien mit der Verfassungsbeschwerde auf die allen anderen inländischen juristischen Personen des Privatrechts nach Art. 19 Abs. 3 GG zustehenden Grundrechte berufen können,⁶¹ insbesondere auf Art. 3 Abs. 1 und 3, Art. 5 Abs. 1 S. 1 u. 2 sowie Art. 8 Abs. 1 GG.⁶² Das gilt auch für die Vereinigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 GG trotz der Spezialität von Art. 21 Abs. 1 S. 2 GG.⁶³

Obwohl Art. 21 GG *lex specialis* gegenüber Art. 9 GG ist,⁶⁴ schließt dies schon aus Gründen der Effektivität des bundesverfassungsgerichtlichen Schutzes grundgesetzlicher Rechte nicht aus, dass sich die Parteien im Verfassungsbeschwerdeverfahren auf die von Art. 21 GG verdrängten Grund-

59 BVerfGE 104, 14 (19 f.); 138, 102 Rn. 29; *Jarass* (Fn. 34), Art. 21 Rn. 2.

60 *Towfigh/Ulrich* (Fn. 32), Art. 21 Rn. 259, 430; *H. H. Klein*, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz, GG, 104. Lfg. April 2024, Art. 21 Rn. 256; *Jarass* (Fn. 34), Art. 21 Rn. 2, 5; *R. Streinz*, in: P.M. Huber/A. Voßkuhle, GG, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 21 Rn. 99; *M. Morlok*, in: H. Dreier, GG, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 21 Rn. 49; letztlich auch *U. Volkmann*, in: K. H. Friauf/W. Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 72. Lfg. Januar 2024, Art. 21 Rn. 45 a.E.; *Bethge* (Fn. 4), § 90 Rn. 96; *Chr. Hillgruber*, in: D. Merten/H.-J. Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 118 Rn. 1; *Heintzen*, in: Stern/Sodan/Möstl (Fn. 3), § 32 Rn. 56; a.A. *Koch* (Fn. 3), Art. 21 Rn. 29; *D. Merten*, in: J. Isensee/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 165 Rn. 70; *Jarass* (Fn. 34), Art. 21 Rn. 2 spricht zwar – missverständlich – von grundrechtsähnlichen Rechten, die aber nicht isoliert mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden können (Rn. 5) – vgl. auch *ders.* (Fn. 34), Vorb. vor Art. 1 Rn. 1a; für Grundrechtsähnlichkeit von Art. 21 Abs. 1 S. 2 GG auch *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, S. 375, nicht aber von Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG, S. 383 f.

61 BVerfGE 121, 30 (56).

62 Dazu die Aufzählung von *B. Grzeszick/J. Rauber*, in: B. Schmidt-Bleibtreu/H. Hofmann/H.-G. Hennecke, GG, 15. Aufl. 2022, Art. 21 Rn. 87 ff.

63 *Jarass* (Fn. 34), Art. 21 Rn. 6; *Heintzen*, in: Stern/Sodan/Möstl (Fn. 3), § 32 Rn. 56; *Th. Kingreen/R. Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 39. Aufl. 2023, Rn. 965; a.A. *Grzeszick/Rauber* (Fn. 62), Art. 21 Rn. 89.

64 So BVerfGE 12, 296 (304); 25, 69 (78); dagegen ist nur die Rede von Spezialität von Art. 21 Abs. 2 GG a.F. (= Art. 21 Abs. 2 u. Abs. 4 GG n.F.) gegenüber Art. 9 Abs. 2 GG in BVerfGE 13, 174 (177); 17, 155 (166).

rechte berufen können, wenn zum einen die Parteien nach Art. 19 Abs. 3 GG grundrechtsfähig sind und zum anderen die ihnen speziell nach Art. 21 GG zustehenden Rechte andernfalls nicht bundesverfassungsgerichtlich durchsetzbar wären. Auch im übrigen lässt das BVerfG bei Verfassungsbeschwerden den Rückgriff auf Grundrechte neben Art. 21 Abs. 1 GG zu, obwohl der Gewährleistungsgehalt der Grundrechte mit demjenigen des Art. 21 Abs. 1 GG deckungsgleich ist. Das betrifft namentlich das Recht der Parteien auf Chancengleichheit nach Art. 21 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG.⁶⁵ Erst recht ist eine Berufung auf ein Grundrecht i.V.m. Art. 21 GG (oder in umgekehrter Reihenfolge) zulässig, wenn dadurch die bundesverfassungsgerichtliche Durchsetzung besonderer Einzelgewährleistungen des Art. 21 Abs. 1 GG ermöglicht wird.⁶⁶ Auch jenseits des Parteienrechts lässt es das BVerfG zu, dass Verfassungsbeschwerden auf die Grundrechte i.V.m. nicht selbständig rügefähigem Verfassungsrecht gestützt werden, um dessen Gewährleistungsgehalt zur Geltung zu verhelfen.⁶⁷

bb) Rechtswegerschöpfung, § 90 Abs. 2 BVerfGG

Problematisch ist das Gebot der Rechtswegerschöpfung des § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG. Wehrt sich eine Partei gegen (öffentlich-rechtliches) Handeln eines Akteurs, der nicht in den Anwendungsbereich des Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG fällt, z.B. gegen Verfassungsschutzbehörden, Kommunen oder öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten, steht eine nichtverfassungsrechtliche Streitigkeit nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO in Rede, für die das Gebot

65 BVerfGE 104, 14 (19) unter zusätzlicher Nennung von Art. 38 GG.

66 Heintzen, in: Stern/Sodan/Möstl (Fn. 3), § 32 Rn. 56; siehe nur BVerfGE 121, 30 (56, 64): Art. 5 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Art. 21 GG; dazu kritisch *Towfigh/Ulrich* (Fn. 32), Art. 21 Rn. 429 a.E. („Aufladen der Grundrechte mit Art. 21 GG“).

67 Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG: BVerfGE 86, 6 (12); Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip: BVerfGE 115, 25 (41); 132, 134 Rn. 62; 152, 68 Rn. 117 f.; Grundrecht auf demokratische Selbstbestimmung (auf Demokratie) aus Art. 38 Abs. 1 S. 1, Art. 20 Abs. 1 u. 2, Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG: BVerfGE 123, 267 (340 ff.); 129, 124 (167 ff.); 134, 366 Rn. 17 ff.; 142, 123 Rn. 121 ff.; 151, 202 Rn. 114 ff.; 153, 74 Rn. 136 ff.; 154, 17 Rn. 98 ff.; 157, 332 Rn. 82 ff.; 160, 208 Rn. 139 ff.; 164, 193 Rn. 121, 125, 133; Allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG (Rechtsstaatsprinzip): BVerfG(K) NJW 2023, 2632 Rn. 24, 31 – zur Erklärung *M. Payandeh*, Entscheidungsaufbereitung, JuS 2024, 186 (187); zur Gesamthematik *Chr. Schröder*, Grundrechtsverbindung in der Fallbearbeitung, JuS 2023, 1010 ff.

der Rechtswegerschöpfung gilt.⁶⁸ Ausnahmen kann das BVerfG nach § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG zulassen.⁶⁹

Nicht so eindeutig sind dagegen diejenigen Fälle, die das BVerfG unter Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG subsumiert. Lehnt man dies mit der hier vertretenen Auffassung ab und erachtet die Verfassungsbeschwerde für einschlägig, stellt sich die Anschlussfrage, ob es sich um eine verfassungsrechtliche Streitigkeit handelt, für die der fachgerichtliche Rechtsweg von vornherein nicht eröffnet ist. So verhält es sich etwa im Streit um die beschwerdeführende Partei beeinträchtigende regierungsamtliche Äußerungen. Hier sprechen die weitaus besseren Gründe für eine verfassungsrechtliche Streitigkeit.⁷⁰ Qualifiziert man die Partei als Verfassungsorgan, sind die Voraussetzungen der Faustformel⁷¹ der sog. doppelten Verfassungsunmittelbarkeit erfüllt. Beide Streitbeteiligten nehmen unmittelbar am Verfassungsleben teil und streiten um grundgesetzliche Rechte und Kompetenzen. Die Frage, ob die grundgesetzliche Pflicht zur parteipolitischen Neutralität verletzt wurde, betrifft die Bestimmung der Reichweite des Rechts der Regierungsmitglieder zur Öffentlichkeitsarbeit, das unter anderem aus Art. 65 S. 1 u. 2 GG folgt, und die Bemessung des Rechts der Partei auf Chancengleichheit aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 und Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG unter Berücksichtigung der sich aus dem Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 u. 2 GG ergebenden Anforderungen.⁷² Aber auch wenn der Partei unter Hinweis auf ihre Verwurzelung im gesellschaftlich-politischen Bereich die Eigenschaft als unmittelbarer Akteur des Verfassungslebens abgesprochen wird, sprechen die besseren Argumente für eine verfassungsrechtliche Streitigkeit.

Die verfassungsrechtliche Streitigkeit lässt sich nicht abschließend mittels der Formel der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit definieren.⁷³ Es gibt auch Fälle verfassungsrechtlicher Streitigkeiten, in denen nicht beide Streitbeteiligten unmittelbar am Verfassungsleben teilnehmen. Greift ein

68 Siehe nur BVerfGE 27, 152 (158).

69 Z.B. BVerfGE 7, 99 (105); 14, 121 (130 f.); 47, 198 (224).

70 So VG Wiesbaden 14.11.2023 – 6 L 1181/22-juris Rn. 50 ff.; ebenso *P. Hütter*, Entscheidungsanmerkung, NVwZ 2024, 333; offen lassend HessStGH NVwZ 2024, 330 Rn. 47.

71 So auch die Terminologie von BayVerfGH BayVBl. 2015, 154 Rn. 39.

72 Dazu BVerfGE 44, 125 (138 ff.); 138, 102 Rn. 27 ff.; 148, 11 Rn. 40 ff.; 154, 320 Rn. 44 ff.; 162, 207 Rn. 70 ff.

73 Siehe nur OVG BlnBbg NVwZ 2023, 1928 Rn. 26; *J. Ruthig*, in: F. O. Kopp/W.-R. Schenke, VwGO, 30. Aufl. 2024, § 40 Rn. 320; *H. Bethge*, Das Phantom der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit, JuS 2001, 1100 f.; vgl. auch BVerwGE 164, 368 Rn. 13.

Bürger ein formelles Gesetz direkt an, handelt es sich um eine verfassungsrechtliche Streitigkeit, für die der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO nicht eröffnet ist.⁷⁴ Die Einsetzung eines Untersuchungsausschusses durch einen Bundestagsbeschluss nach Art. 44 Abs. 1 S. 1 GG oder einen Landtagsbeschluss nach Maßgabe des Landesverfassungsrechts ist ein spezifisch verfassungsrechtlicher Rechtsakt, der von einem hiervon betroffenen Bürger oder anderen Grundrechtsträger nicht im Verwaltungsrechtsweg, sondern nur mittels Verfassungsbeschwerde angegriffen werden kann.⁷⁵

Förmliche Parlamentsbeschlüsse, die vor bestimmten Vereinigungen, Zusammenschlüssen von Bürgern oder sonstigen Bürgerbewegungen warnen und Träger öffentlicher Gewalt auffordern, ihnen keine Einrichtungen zur Verfügung zu stellen oder andere öffentliche Leistungen zu gewähren, sind verfassungsrechtlicher Natur. Werden solche Parlamentsbeschlüsse von Bürgern oder anderen Grundrechtsträgern angegriffen, handelt es sich um eine verfassungsrechtliche Streitigkeit. Gerichtlicher Rechtsschutz ist nur im Wege der (Landes-)Verfassungsbeschwerde möglich.⁷⁶

Die genannten Streitigkeiten sind derart vom Verfassungsrecht geprägt, dass auch ohne doppelte Verfassungsunmittelbarkeit eine verfassungsrechtliche Streitigkeit anzunehmen ist. Ebenso verhält es sich bei Streitigkeiten zwischen Parteien und obersten Bundesorganen und deren Teilen um die Bestimmung ihrer widerstreitenden verfassungsrechtlichen Positionen.⁷⁷ Hinzu kommt der besondere verfassungsrechtliche Status der Parteien, den ihnen Art. 21 GG zuerkennt, auch wenn sie nicht den obersten Bundesorganen ähneln und deshalb keine anderen Beteiligten i.S.d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG sind.

74 BVerfGE 70, 35 (55); 76, 107 (115); BVerwGE 75, 330 (334 f.); 80, 355 (358).

75 BayVerfGH BayVBl. 2015, 154 Rn. 32 ff.; SaarVerfGH NVwZ 2020, 1751 Rn. 43 f.; a.A. P. Glauben, Private und Justiz als Gegenstand parlamentarischer Untersuchungsausschüsse, NVwZ 2015, 1023 (1024); ders., in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 226. Akt. August 2024, Art. 44 Rn. 146; dazu Detterbeck, Öffentliches Recht (Fn. 44), Rn. 102 m. Fn. 85.

76 Überzeugend OVG BlnBbg NVwZ 2023, 1928 Rn. 28 ff. m. zust. Anm. P. Hüther/A. Lepej; Hüther/Lepej, Das Vorgehen Privater gegen warnende Parlamentsbeschlüsse als Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art, DÖV 2022, 669 ff.; ebenso J. Kraayvanger, Der Begriff der verfassungsrechtlichen Streitigkeit im Sinne des § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO, 2004, S. 135 f.; a.A. VG Berlin 7.10.2021 – 2 K 79/20 – juris Rn. 68 ff.; offen lassend BVerfG(K) NVwZ 1993, 357 f.; VerfGH NRW 22.9.2020 – 49/19VB-2 – juris Rn. 33 ff.

77 Vgl. auch J. Kraayvanger, Verfassungsrechtliche Streitigkeit (Fn. 76), S. 118 f.

Gleichwohl sind die Parteien in derartigen Streitfällen nach § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG vorläufig auf die Inanspruchnahme verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes verwiesen. Denn die Frage, ob es sich tatsächlich um eine verfassungsrechtliche Streitigkeit handelt, ist in der einschlägigen verwaltungsgerichtlichen und verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung nicht geklärt. Dies beruht darauf, dass die Bundes- und Landesverfassungsgerichtsbarkeit auf das verfassungsgerichtliche Organstreitverfahren verweist, das kein Gebot der Rechtswegerschöpfung kennt. Wird aber stattdessen die Verfassungsbeschwerde zur Verfügung gestellt, müssen vorrangig auch solche fachgerichtlichen Rechtsbehelfe ergriffen werden, deren Zulässigkeit zweifelhaft ist, weil sie in der einschlägigen fachgerichtlichen Rechtsprechung noch nicht geklärt ist.⁷⁸

cc) Potentielle Anlassfälle

Da mit der Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG jedweder Akt deutscher öffentlicher Gewalt angegriffen werden kann, kommt sowohl Verhalten der öffentlichen Gewalt auf Bundes- als auch auf Landesebene in Betracht. Eine Bundespartei kann deshalb z.B. auf sie bezogene Äußerungen von Mitgliedern der Bundesregierung, aber auch von Mitgliedern einer Landesregierung angreifen. Gleiches gilt für Landesverbände einer Bundespartei.

Die Bindung von Mitgliedern einer Landesregierung auch an die Bundesgrundrechte, die den Prüfungsmaßstab bilden, ist unproblematisch. Denn die unmittelbare Grundrechtsbindung nach Art. 1 Abs. 3 GG erstreckt sich auch auf die Staatsgewalt der Länder.⁷⁹ Die Bindung auch an Art. 21 Abs. 1 GG, der i.V.m. den Bundesgrundrechten ebenfalls zum Prüfungsmaßstab gehört, ist indes erklärungsbedürftig. Da Art. 21 Abs. 1 GG nach der mittlerweile ganz überwiegenden Auffassung kein Grundrecht ist,⁸⁰ scheidet eine durch Art. 1 Abs. 3 GG vermittelte unmittelbare Bindung aus. Gleiches gilt im Ergebnis für Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG. Zwar ist das Gewährleis-

78 So im oben genannten Fall warnender und empfehlender Parlamentsbeschlüsse BVerfG(K) NVwZ 1993, 357 f.; VerfGH NRW 22.9.2020 – 49/19.VB-2 – juris Rn. 33 ff.; ebenso zu einer Grundrechtsklage (Verfassungsbeschwerde) einer Partei gegen eine Äußerung des Ministerpräsidenten HessStGH NVwZ 2024, 330 Rn. 47 ff. m. insoweit ablehnender Anm. *Hüther*.

79 BVerfGE 97, 298 (314 f.); 103, 332 (347 f.).

80 Nw. Fn. 60.

tungsprogramm des Art. 21 Abs. 1 GG ein wesentlicher Aspekt und Teil des in Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG genannten Demokratieprinzips.⁸¹ Indes verpflichten die Vorgaben des Art. 28 Abs. 1 GG die Länder nur zur Umsetzung, sind aber kein in den Ländern unmittelbar anwendbares Recht.⁸² Art. 21 GG gehört auch nicht zum Kreis der anerkannten Durchgriffsnormen des Grundgesetzes.⁸³ Allerdings wirkt Art. 21 GG nach ständiger und gefestigter bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsprechung in die Landesverfassungen hinein und ist damit eine Bestandteilsnorm der Landesverfassungen, die (auch) unmittelbar geltendes Landesverfassungsrecht ist.⁸⁴

Dass Art. 21 GG für die Landesstaatsgewalt als Landesverfassungsrecht gilt, steht einer Einbeziehung dieser Vorschrift in den bundesverfassungsgerichtlichen Prüfungsmaßstab von Verfassungsbeschwerden, die sich gegen die Landesstaatsgewalt richten, nicht entgegen. Zwar gehört Landesverfassungsrecht nicht zum bundesverfassungsgerichtlichen Prüfungsmaßstab im Verfassungsbeschwerdeverfahren. Aber die Qualifizierung einer grundgesetzlichen Vorschrift nicht nur als Durchgriffsnorm, sondern als darüber hinausgehende Bestandteilsnorm,⁸⁵ wozu auch die in die Landesverfassungen hineinwirkenden Grundgesetzbestimmungen wie Art. 21 GG gehören,⁸⁶ dient vor allem der Ausdehnung des Prüfungsmaßstabes der Landesverfassungsgerichte, nicht aber der Beschränkung des bundesverfassungsgerichtlichen Prüfungsmaßstabes.

81 Dazu BVerfGE 85, 264 (284 f.); 91, 262 (267); 91, 276 (284 f.); Klein (Fn. 60), Art. 21 Rn. 178; Koch (Fn. 3), Art. 21 Rn. 7; Towfigh/Ulrich (Fn. 32), Art. 21 Rn. 268 f.

82 BVerfGE 1, 208 (236 f.); 6, 104 (111); BVerfG(K) NVwZ-RR 2016, 521 Rn. 49; A. Engels, in: M. Sachs, GG, 10. Aufl. 2024, Art. 28 Rn. 1 f.; Jarass (Fn. 34), Art. 28 Rn. 2.

83 Dazu die Aufzählung von T. Mann, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 226. Akt. August 2024, Art. 28 Rn. 30 ff.; K.-A. Schwarz, in: P.M. Huber/A. Voßkuhle, GG, Bd. 2, 8. Aufl. 2024, Art. 28 Rn. 40; Engels (Fn. 82), Art. 28 Rn. 4; a.A. J. Rozek, Das Grundgesetz als Prüfungs- und Entscheidungsmaßstab der Landesverfassungsgerichte, 1993, S. 177, 179.

84 BVerfGE 1, 208 (227, 232); 4, 375 (378); 6, 367 (375); 13, 54 (81 ff.); 23, 33 (39); 27, 10, 17; 60, 53 (61 f.); 66, 107 (114); 103, 332 (335); 120, 82 (104); dazu strikt ablehnend Rozek, Das Grundgesetz als Prüfungs- und Entscheidungsmaßstab (Fn. 83), S. 100 ff., 157 ff., 177.

85 Zum Unterschied Engels (Fn. 82), Art. 28 Rn. 4 f.

86 BVerfGE 103, 332 (353); Mann (Fn. 83), Art. 28 Rn. 35 a.E.; Klein, Verfassungsprozessrecht (Fn. 1), Rn. 55 a.E.

III. Der landesverfassungsprozessuale Standort der Parteien

1. Ausgangslage

Die bundesverfassungsgerichtliche Charakterisierung der Parteien als Verfassungsorgane und im Bundesorganstreitverfahren zulässige Antragsteller beruht im wesentlichen auf der Auslegung von Art. 21 Abs. 1 GG. Die diesbezüglichen Ausführungen des BVerfG zu Art. 21 Abs. 1 GG entfalten deshalb Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG.⁸⁷ Die Landesverfassungsgerichte müssen die bundesverfassungsgerichtliche Auslegung von Art. 21 Abs. 1 GG ihren Entscheidungen zugrundelegen oder andernfalls dem BVerfG nach Art. 100 Abs. 3 GG vorlegen.⁸⁸ Diese Bindungswirkung ist für die Landesverfassungsgerichte deshalb von besonderer Bedeutung, weil Art. 21 GG nach ebenfalls bindender bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsprechung als auch von den Landesverfassungsgerichten unmittelbar anwendbares Landesverfassungsrecht gilt.⁸⁹ Obwohl die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung zum materiell-verfassungsrechtlichen und verfassungsprozessualen Standort der Parteien abzulehnen ist,⁹⁰ darf kein Landesverfassungsgericht in einem Landesorganstreitverfahren die Beteiligtenfähigkeit einer Partei unter Hinweis auf ihre Verortung im lediglich gesellschaftlich-politischen Bereich ablehnen, ohne das BVerfG nach Art. 100 Abs. 3 GG anzurufen.⁹¹

Die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung zu den Parteien hat sich jedoch weder zum landesverfassungsrechtlichen noch zum einfachgesetzlichen Landesverfassungsprozessrecht geäußert. Dessen Auslegung ist ausschließlich Aufgabe und Kompetenz der Landesverfassungsgerichte. Räumen die einschlägigen verfassungs- und einfachgesetzlichen Vorschriften des Landesrechts den Parteien eindeutig keine Beteiligtenfähigkeit im Landesorganstreitverfahren ein, darf sie ihnen vom Landesverfassungsge-

87 Vgl. dazu weiterführend H. Günther, Verfassungsgerichtsbarkeit in Hessen, 2004, § 42 Rn. 21.

88 So ausdrücklich BVerfGE 6, 367 (375); 27, 10 (18); diese Konsequenz sieht auch HessStGH NVwZ 2024, 330 Rn. 32 ff.

89 S. 55 mit Fn. 84.

90 S. 43 ff.

91 BVerfGE 27, 10 (18); HessStGH NVwZ 2024, 330 Rn. 34; dies sowie BVerfGE 1, 208 (223 ff., 227) verkennend BaWüStGH 10.12.1955 – GR 4/95 – nicht veröffentlicht, teilweise wiedergegeben in BVerfGE 6, 367 (374).

richt auch nicht zugesprochen werden.⁹² Art. 21 Abs. 1 GG und die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung zwingen zu keiner anderen Auslegung des Landesrechts⁹³ und bewirken erst recht nicht die Bundesrechtswidrigkeit und Teilnichtigkeit des Landesrechts. Sind die Parteien im Landesorganstreit nicht beteiligtenfähig, stellt sich lediglich die im folgenden zu erörternde Frage, ob die Landesverfassungsgerichte den Parteien stattdessen die Beschwerdefähigkeit im Landesverfassungsbeschwerdeverfahren zuerkennen dürfen oder ob dies durch die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 21 Abs. 1 GG ausgeschlossen ist und deshalb die Reservezuständigkeit für den Landesinnenstreit nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 Var. 3 GG eröffnet ist.

2. Die Rechtslage in den Ländern

a) Länder mit ähnlichen Regelungen wie Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG

In folgenden Ländern existiert eine mit Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG vergleichbare Regelung. In diesen Ländern sind die Parteien nach der landesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung organstreitfähig.

- *Baden-Württemberg*: Nach Art. 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BaWüVerf. sind auch andere Beteiligte organstreitfähig, die in der Verfassung oder in den genannten Geschäftsordnungen mit eigenen Zuständigkeiten ausgestattet sind. Unter den wie § 63 BVerfGG formulierten § 44 BaWüVerfGHG lassen sich die Parteien nicht subsumieren. Obwohl Art. 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BaWüVerf. anders als Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG von „Zuständigkeiten“ der anderen Beteiligten spricht und zweifelhaft ist, ob Art. 21 Abs. 1 GG den Parteien Zuständigkeiten in diesem Sinn einräumt,⁹⁴ subsumiert der BaWüVerfGH die Parteien entgegen einer früheren Entscheidung⁹⁵ nunmehr unter Art. 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 BaWüVerf.⁹⁶

92 HessStGH NVwZ 2024, 330 Rn. 35.

93 So ausdrücklich BVerfGE 4, 375 (377).

94 Siehe aber BVerfGE 6, 367 (374), wo Deckungsgleichheit von Art. 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BaWüVerf. i.V.m. §§ 44-47 BaWüVerfGH mit Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG i.V.m. §§ 63 f. BVerfGG konstatiert wird.

95 BaWüStGH 10.12.1955 – GR 4/55 – nicht veröffentlicht, teilweise wiedergegeben in BVerfGE 6, 367 (374).

96 BaWüStGH ESVGH 11/II, 8; ESVGH 12/II, 10 f.; ESVGH 31, 81 f.; BaWüStGH ESVGH 12/II, 10 (11) spricht darüber hinaus auch von einer „erweiternden Auslegung von

- *Berlin*: Art. 84 Abs. 2 Nr. 1 BerlVerf. und § 14 Nr. 1 BerlVerfGHG sprechen wie Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG von „anderen Beteiligten“. Der BlnVerfGH billigt den Parteien die Organstreitfähigkeit zu.⁹⁷
- *Brandenburg*: Art. 113 Nr. 1 BbgVerf. und § 12 Nr. 1 BbgVerfGG nennen wie Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG auch „andere Beteiligte“.
- *Hamburg*: Art. 65 Abs. 3 Nr. 2 HbgVerf. und § 14 Nr. 1 HbgVerfGG nennen wie Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG auch „andere Beteiligte“.
- *Mecklenburg-Vorpommern*: Art. 53 Nr. 1 MVVerf. und § 11 Nr. 1 MVLVerfGG nennen wie Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG auch „andere Beteiligte“. Das LVerfGMV billigt den Parteien die Organstreitfähigkeit zu.⁹⁸
- *Niedersachsen*: Art. 54 Nr. 1 NdsVerf. und § 8 Nr. 6 NdsStGHG nennen wie Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG auch „andere Beteiligte“. Der NdsStGH spricht den politischen Parteien die Organstreitfähigkeit zu.⁹⁹
- *Nordrhein-Westfalen*: Art. 75 Nr. 2 NRWVerf. nennt wie Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG auch „andere Beteiligte“. § 43 NRWVerfGHG ist demgegenüber enger und nennt entsprechend § 63 BVerfGG nur oberste Landesorgane und Teile dieser Organe. Der NRWVerfGH qualifiziert die Parteien als Verfassungsorgane und subsumiert sie gleichwohl (auch) unter § 43 NRWVerfGHG.¹⁰⁰
- *Rheinland-Pfalz*: Art. 130 Abs. 1 S. 2 RhPfVerf. nennt wie Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG auch „andere Beteiligte“. Der RhPfVerfGH subsumiert darunter die politischen Parteien.¹⁰¹
- *Saarland*: Art. 97 Nr. 1 SaarlVerf. und § 9 Nr. 5 SaarlVerfGHG nennen wie Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG auch „andere Beteiligte“, die aber – im Unterschied zu Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG – „mit eigener Zuständigkeit ausgestattet sind“. Dies entspricht der Formulierung in Art. 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BaWüVerf. Der SaarlVerfGH erkennt den Parteien die Antragsberechtigung im Organstreit zu.¹⁰²
- *Sachsen*: Art. 81 Abs. 1 Nr. 1 SächsVerf. nennt wie Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG auch „andere Beteiligte“. § 17 SächsVerfGHG ist dagegen wie § 63

§ 44 StGHG“, der den Kreis der Organstreitberechtigten auf den Landtag (im Falle des Art. 36 BaWüVerf. auch den Ständigen Ausschuss des Landtags), die Regierung sowie Teile dieser Organe, zu denen die Parteien unstr. nicht gehören, beschränkt.

97 BlnVerfGE 1, 113.

98 MVLVerfGE 4, 268; 11, 306.

99 NdsStGH NordÖR 2021, 272 (273).

100 NRWVerfGH NVwZ 2000, 666.

101 RhPfVerfGH NVwZ-RR 2021, 473 Rn. 34 (m.w.N. in juris Rn. 34).

102 Vgl. SaarlVerfG NJW 1980, 2182 (2182).

BVerfGG enger und spricht von „mit eigener Zuständigkeit ausgestatteten Teilen dieser Organe“ – als Organe werden nur der Landtag und die Staatsregierung genannt. Der SächsVerfGH subsumiert die Parteien jedenfalls dann unter Art. 81 Abs. 1 Nr. 1 SächsVerf., wenn es um ihre Beteiligung an Wahlen geht.¹⁰³

- *Sachsen-Anhalt*: Art. 75 Nr. 1 SachsAnhVerf. nennt wie Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG auch „andere Beteiligte“. § 35 Nr. 4 SachsAnhLVerfGG nennt die Parteien ausdrücklich als zulässige Antragsteller und Antragsgegner im Organstreitverfahren.
- *Schleswig-Holstein*: Art. 51 Abs. 2 Nr. 1 SHVerf. und § 35 SHLVerfGG nennen wie Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG auch „andere Beteiligte“. Das SHLVerfG billigt den Parteien die Organstreitfähigkeit zu.¹⁰⁴
- *Thüringen*: Art. 80 Abs. 1 Nr. 3 ThürVerf. und § 11 Nr. 3 ThürVerfGHG nennen wie Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG auch „andere Beteiligte“, die aber „mit eigener Zuständigkeit ausgestattet sind“. Diese Regelung gleicht derjenigen in Baden-Württemberg und im Saarland. Der ThürVerfGH billigt den Parteien die Beteiligtenfähigkeit im Organstreit zu.¹⁰⁵

b) Sonderfall Bremen

In Bremen besteht eine von Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG abweichende Regelung. Nach Art. 140 Abs. 1 S. 2 BremVerf. und § 25 Abs. 1 BremStGHG sind im Organstreit „Verfassungsorgane und Teile von ihnen“ antragsberechtigt. Die Bremer Landesverfassung verwendet damit den schillernden Begriff des Verfassungsorgans.¹⁰⁶ Qualifiziert man die Parteien mit dem BVerfG als Verfassungsorgane,¹⁰⁷ ist die Subsumtion der Parteien durch den BremStGH unter Art. 140 Abs. 1 S. 2 BremVerf. und § 25 Abs. 1 BremStGHG¹⁰⁸ ersichtlich gedeckt. Ihrer Verankerung im gesellschaftlich-politischen Bereich wird dies indes nicht gerecht.¹⁰⁹

103 SächsVerfGH 30.1.2009 – Vf. 74-I-08 – juris Rn. 74.

104 SH LVerfG 15.3.2017 – LVerfG 3/17.

105 ThürVerfGH ThürVBl. 2024, 59 (61); 18.7.2006 – 8/05 – juris Rn. 23.

106 Dazu näher S. 41 ff.

107 Dazu S. 41 ff.

108 BremStGHG 7, 40 (52); dazu A. Rinken, in: A. Fischer-Lescarno/A. Rinken u.a., Verfassung der Freien Hansestadt Bremen, 2016, Art. 140 Rn. 28.

109 Dazu näher oben S. 43 ff.

c) Länder mit grundlegend anderer Regelung als Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG

aa) Bayern

Nach Art. 64 BV entscheidet der BayVerfGH „über Verfassungsstreitigkeiten zwischen den obersten Staatsorganen oder in der Verfassung mit eigenen Rechten ausgestatteten Teilen eines obersten Staatsorgans“. Nach Art. 49 Abs. 2 BayVerfGHG sind antragsberechtigt „der Landtag, die Staatsregierung und die in der Verfassung mit eigenen Rechten ausgestatteten Teile eines obersten Staatsorgans“. Politische Parteien sind nach der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung und der einhelligen Auffassung in der Literatur weder Staatsorgane noch Teile von Staatsorganen, namentlich keine Teile der Parlamente.¹¹⁰ Letzteres trifft lediglich auf die von den Parteien strikt zu unterscheidenden Fraktionen zu. Gleichwohl billigt der BayVerfGH den Parteien unter Hinweis auf ihre verfassungsorgan-schaftliche Funktion nach Art. 21 Abs. 1 GG die Beteiligtenfähigkeit im Organstreit zu.¹¹¹ Der BayVerfGH erklärt, „Art. 64 BV [...] so aufzufassen [...] über seinen Wortlaut hinaus“.¹¹² Um eine extensive Auslegung des Art. 64 BV handelt es sich hierbei nicht mehr.¹¹³ Vielmehr ist diese Handhabung von Art. 64 BV nach keiner Auslegungsmethode zu rechtfertigen und steht deshalb contra legem. Auch die vom BayVerfGH thematisierte Differenzierung zwischen im Landtag vertretenen und nicht vertretenen Parteien,¹¹⁴ letztere seien nicht uneingeschränkt organstreitfähig, ist verfehlt. Denn Teile des Landtages sind sie in beiden Fällen nicht.

Wie der BayVerfGH argumentierte in einer einschlägigen Entscheidung auch der BaWüStGH und erkannte den Parteien „in erweiternder Auslegung von § 44 BaWüStGHG“ die Parteifähigkeit im Organstreit zu, obwohl diese Vorschrift die Parteifähigkeit auf den Landtag, dessen Ständigen Ausschuss, die Regierung und die Teile dieser Organe, zu denen die Parteien unstreitig nicht gehören, beschränkt.¹¹⁵ Eine praktische Veranlassung für

110 BVerfGE 20, 56 (100 f.); 121, 30 (53 f.); *Bethge* (Fn. 4), § 71 Rn. 181, § 73 Rn. 17; dazu schon oben S. 41 ff.; eben deshalb erkennt das BVerfG den Parteien die Organstreitfähigkeit nicht nach § 63 BVerfGG, sondern nur nach Art. 93 I Nr. 1 GG zu.

111 BayVerfGHE 29, 62 (80 f.); VerwRspr. 1971, 4 (6); 23.2.1977-3-VII-75 – juris Rn. 74.

112 BayVerfGH VerwRspr. 1971, 4 (6).

113 So aber *H. A. Wolff*, in: J. F. Lindner/M. Möstl/H. A. Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, 2. Aufl. 2017, Art. 64 Rn. 14.

114 BayVerfGH VerwRspr. 1971, 4 (6).

115 BaWüStGH ESVGH 12/II, 10 (11).

diese Rechtsprechung contra legem bestand nicht. Denn Art. 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 BaWüVerf. nennt wie Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG auch „andere Beteiligte“ als Organstreitberechtigte. Deshalb rekurriert der BaWüStGH in anderen Entscheidungen ausschließlich auf Art. 68 BaWüVerf.¹¹⁶

Zur Ehrenrettung des BayVerfGH sei aber auf die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 Var. 3 GG i.V.m. § 71 Abs. 1 Nr. 3 BVerfGG hingewiesen. Das BVerfG spricht politischen Parteien in Landesorganstreitverfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 Var. 3 GG die Organstreitfähigkeit zu,¹¹⁷ obwohl diese Grundgesetzbestimmung anders als Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG nicht den Begriff des „anderen Beteiligten“ nennt und § 71 Abs. 1 Nr. 3 BVerfGG nur von obersten Organen des Landes und Teilen dieser Organe, also von obersten Landesorganen spricht, zu denen die politischen Parteien unstreitig nicht gehören.¹¹⁸ Ebenso verfährt das BVerfG in denjenigen Fällen, in denen es politischen Parteien die Organstreitfähigkeit nach Art. 99 GG i.V.m. § 73 Abs. 1 BVerfGG zuerkennt,¹¹⁹ obwohl auch § 73 Nr. 1 BVerfGG nur oberste Landesorgane und ihre Teile nennt. Entgegen dem eindeutigen Wortlaut dieser Bestimmung, der insoweit keiner erweiternden Auslegung zugänglich ist, interpretiert das BVerfG die obersten Landesorgane im Lichte des Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG als „alle Beteiligten, die durch die Landesverfassung mit eigenen Rechten ausgestattet sind“.¹²⁰ In dieser Konsequenz liegt auch die Anwendung von § 71 Abs. 1 Nr. 3 BVerfGG auf Parteien in landesinternen Organstreitverfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 Var. 3 GG.¹²¹

bb) Hessen

Die Hessische Verfassung regelt den Organstreit nicht näher. Art. 131 Abs. 1 HV nennt neben einigen anderen speziellen Verfahrensarten lediglich lapidar die „Verfassungsstreitigkeiten“, mit denen Organstreitigkeiten gemeint sind.¹²² Als *lex imperfecta* ist Art. 131 Abs. 1 HV nicht operationabel. Sein Wortlaut ist derart offen, dass ohne einfachgesetzliche Konkretisierung

116 BaWüStGH ESVGH 11/II, 8; ESVGH 31, 81 f.

117 BVerfGE 4, 375 (378).

118 Dazu unten S. 63 ff.

119 BVerfGE 1, 208 (218 ff.).

120 BVerfGE 1, 208 (222).

121 Dazu Detterbeck (Fn. 22), Art. 93 Rn. 76.

122 B. Barwinski, in: G. A. Zinn/E. Stein, Verfassung des Landes Hessen, 16. Lfg. 1999, Art. 131-133, S. 18.

jedenfalls Organstreitverfahren vor dem HessStGH nicht möglich wären – gleiches gilt aber auch für die anderen in Art. 131 Abs. 1 HV genannten Verfahren. Die Konkretisierungsvorschrift des § 42 Abs. 1 HessStGHG nennt die obersten Landesorgane oder anderen Beteiligten und entspricht auch im übrigen der Formulierung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG. § 42 Abs. 2 HessStGH zählt aber dann die Antragsberechtigten enumerativ auf. Die politischen Parteien sind nicht genannt.

Fraglich ist, ob die Parteien unter Berufung auf die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 21 Abs. 1 GG und Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG unter den Begriff der anderen Beteiligten des § 42 Abs. 1 HessStGHG subsumiert werden dürfen. Dies wäre nur zulässig, wenn § 42 Abs. 2 StGHG so wie § 63 BVerfGG entweder als teilnichtige oder nicht abschließende Regelung zu qualifizieren wäre. Diese Handhabung von § 63 BVerfGG beruht auf dem verfassungsrechtlichen Vorrang des Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, der den Kreis der Organstreitbeteiligten weiter zieht als § 63 BVerfGG.¹²³ Für das Verhältnis zwischen Art. 131 Abs. 1 HV und § 42 Abs. 2 HessStGH gilt indes nicht. Denn Art. 131 Abs. 1 HV trifft zu den möglichen Organstreitbeteiligten keinerlei Aussage. Art. 131 Abs. 2 HV zählt die Antragsberechtigten für sämtliche Verfahren des Art. 131 Abs. 1 HV auf – allerdings ohne konkrete Zuordnung.¹²⁴ Jedenfalls lassen sich die Parteien unter keinen Umständen unter Art. 131 Abs. 2 HV subsumieren.

Der HessStGH hat Art. 131 Abs. 2 HV nach einer zunächst schwankenden Rechtsprechung¹²⁵ als nicht abschließende Regelung erklärt und deshalb den einfachen Gesetzgeber zu einer darüber hinausgehenden Regelung für berechtigt gehalten. Deshalb hat er auch die Vorschrift des § 19 Abs. 2 Nr. 4 HessStGHG gebilligt, die auch die Landtagsfraktionen, die nicht unter Art. 131 Abs. 2 HV fallen, für antragsberechtigt erklärt.¹²⁶ Unabhängig davon, dass § 19 HessStGHG keine verfassungsrechtliche Regelung ist, der Vorrang vor § 42 Abs. 2 HessStGHG zukommen könnte, fallen die Parteien auch nicht unter die in § 19 Abs. 2 HessStGHG genannten Antragsberechtigten. Die möglichen Organstreitbeteiligten sind deshalb in § 42 Hess-

123 Dazu *Bethge* (Fn. 4), § 63 Rn. 2; *Detterbeck* (Fn. 22), Art. 93 Rn. 45.

124 Näher zur Bedeutung und Entstehungsgeschichte von Art. 132 Abs. 2 HV *Günther*, Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 87), § 19 Rn. 20 ff.

125 Dazu näher *Günther*, Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 87), § 19 Rn. 29.

126 HessStGH 11.6.2008 – P.St. 2133 – juris Rn. 140 ff.; NVwZ 2018, 1310 Rn. 42; gegen eine Antragsberechtigung der Fraktionen *Günther*, Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 87), § 19 Rn. 37 mit Verweis auf Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 Var. 3 GG in Fn. 142, § 42 Rn. 14.

StGHG abschließend geregelt.¹²⁷ Die Systematik dieser Vorschrift ist insofern eindeutig. § 42 Abs. 2 StGHG konkretisiert die allgemeine Bestimmung des § 42 Abs. 1 HessStGHG. Antragstellern, die sich zwar unter den Begriff des anderen Beteiligten in § 42 Abs. 1 HessStGHG subsumieren lassen, die aber nicht in § 42 Abs. 2 HessStGHG oder einer anderen konkretisierenden Vorschrift des StGHG genannt sind, fehlt die Organstreitfähigkeit. Dies gilt für einzelne Abgeordnete,¹²⁸ den Landtagspräsidenten¹²⁹ und auch für die politischen Parteien.¹³⁰

Anders verhält es sich allerdings, wenn eine Vorschrift des StGHG oder eines anderen hessischen Gesetzes für spezielle Streitigkeiten zwischen Nichtorganstreitfähigen ausdrücklich oder konkludent das Organstreitverfahren vor dem HessStGH vorschreibt. So dürfte es sich bei § 4 b Abs. 3 HessAbgG verhalten. Diese Vorschrift erklärt den HessStGH für Streitigkeiten zwischen Abgeordneten und dem Landtagspräsidenten über die Verhängung von Ordnungsgeld innerhalb und außerhalb von Landtagssitzungen für zuständig. Diese Regelung entspricht der Vorschrift des § 44 e Abs. 3 AbgG, die offenbar die bundesverfassungsgerichtliche Organstreitzuständigkeit meint.¹³¹ Eröffnet dementsprechend § 4 b Abs. 3 HessAbgG die Organstreitzuständigkeit des HessStGH, kann die Zulässigkeit eines Organstreits nicht daran scheitern, dass die einzig möglichen Beteiligten eines solchen Organstreits, nämlich die Abgeordneten und der Landtagspräsident, nicht in § 42 Abs. 2 StGHG genannt sind.

aaa) Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 Var. 3 GG

Sollte einer Partei, die sich gegen das Verhalten eines obersten Landesorgans oder eines seiner Teile wehrt, weder der Landesorganstreit noch die Landesverfassungsbeschwerde zur Verfügung stehen, wäre die Ersatz-

127 HessStGH NVwZ 2002, 468 (469); NVwZ 2021, 148 Rn. 15 ff. m. zust. Anm. R. Kirchner; NVwZ 2024, 330 Rn. 35; Günther, Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 87), § 42 Rn. 10.

128 HessStGH NVwZ 2021, 148 Rn. 15; Günther, Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 87), § 42 Rn. 20.

129 HessStGH NVwZ 2021, 148 Rn. 15.

130 HessStGH NVwZ 2002, 468 (469); NVwZ 2024, 330 Rn. 35; Günther, Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 87), § 42 Rn. 21.

131 Vgl. S. Gelze, in: Ph. Austermann/S. Schmahl, Abgeordnetengesetz, 2. Aufl. 2023, § 44 e Rn. 66, 69; S. Detterbeck, Hausrecht, Polizei- und Ordnungsgewalt des Bundestagspräsidenten, in: GS M. Sachs, 2024, S. 121 (144 f.).

zuständigkeit des BVerfG nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 Var. 3 GG eröffnet.¹³² Zwar lassen sich politische Parteien nicht unmittelbar unter die restriktive Vorschrift des § 71 Abs. 1 Nr. 3 BVerfGG subsumieren. Selbst wenn Parteien als Verfassungsorgane qualifiziert werden, sind sie weder oberste Landesorgane noch Teile hiervon. Denn für die Länder handeln die Parteien bzw. deren Landesverbände nicht. Dies hindert das BVerfG indes nicht daran, die Parteien als taugliche Antragsteller im Landesorganstreitverfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 Var. 3 GG i.V.m. § 71 Abs. 1 Nr. 3 BVerfGG anzusehen.¹³³

Zur näheren Verortung der politischen Parteien in § 71 Abs. 1 Nr. 3 BVerfGG äußert sich das BVerfG nicht. Möglicherweise stellt es die Verfassungsorgane, als die es die Parteien qualifiziert,¹³⁴ den obersten Landesorganen gleich.¹³⁵ So interpretiert das BVerfG die insoweit gleichlautende Vorschrift des § 73 Abs. 1 BVerfGG.¹³⁶ Diese Auslegung auch von § 71 Abs. 1 Nr. 3 BVerfGG entspräche auch der vom BVerfG betonten Funktion des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 GG, eine lückenlose gerichtliche Kontrolle aller verfassungsrechtlichen Streitigkeiten innerhalb eines Landes zu gewährleisten.¹³⁷ Auch an dieser Stelle zeigt sich wiederum, dass egal welches Organstreitverfahren auch immer nicht der verfassungsrechtlichen und der verfassungsprozessualen Stellung der Parteien entspricht.

Zuzustimmen ist dem BVerfG, dass die bundesverfassungsgerichtliche Reservezuständigkeit nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 Var. 3 GG nicht dadurch ausgeschlossen ist, dass im einschlägigen Landesrecht ein Organstreitverfahren als solches vorgesehen ist. Danach kommt die Ersatzzuständigkeit des BVerfG auch dann in Betracht, wenn einem Antragsteller nach § 71 Abs. 1 Nr. 3 BVerfGG Beteiligtenfähigkeit und Antragsbefugnis zukommen, ihm diese aber im Landesorganstreit fehlen.¹³⁸ Allerdings stellt sich die Frage, ob

132 So BVerfGE 4, 375 (377 f.).

133 BVerfGE 4, 375 (377 f.); 6, 367 (371 ff.); 66, 107 (115); 67, 65 (69); 75, 34 (39).

134 Dazu oben S. 41 ff.

135 Ohne Festlegung auch *Bethge* (Fn. 4), § 71 Rn. 181 f.; *S. Müller*, in: *T. Barczak, BVerfGG*, 2018, § 71 Rn. 48; *J. Meister*, in: *Chr. Burkiczak/F.-W. Dollinger/F. Schorckopf, BVerfGG*, 2. Aufl. 2022, § 71 Rn. 43.

136 BVerfGE 1, 208 (223).

137 BVerfGE 4, 375 (377); 60, 175 (205).

138 BVerfGE 4, 375 (377); 93, 195 (202); 102, 245 (250); 109, 275 (279); ebenso *Hess-StGH NVwZ* 2021, 148 Rn. 15 m. zust. Anm. *R. Kirchner*; *Bethge* (Fn. 4), Vorb. Rn. 259, § 71 Rn. 151; *Müller* (Fn. 135), § 71 Rn. 42; *Klein*, *Verfassungsprozessrecht* (Fn. 1), Rn. 1169; *Günther*, *Verfassungsgerichtsbarkeit* (Fn. 87), § 42 Rn. 19; a.A. *D. Umbach/F.-W. Dollinger*, in: *D. Umbach/Th. Clemens/F.-W. Dollinger, BVerfGG*, 2. Aufl. 2005, § 71 Rn. 42, 45; *Vofßkuhle* (Fn. 3), Art. 93 Rn. 159; *A. Hopfauf*, in: *B.*

im Land Hessen, in dem die Parteien nicht organstreitberechtigt sind, die bundesverfassungsgerichtliche Ersatzzuständigkeit des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 Var. 3 GG deshalb ausgeschlossen ist, weil ein anderer Rechtsweg i.S. dieser Vorschrift eröffnet ist. Zum anderen Rechtsweg gehören alle einschlägigen fachgerichtlichen und bundes- sowie landesverfassungsgerichtlichen Rechtsbehelfe.¹³⁹ Nach der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung sind Verfassungsbeschwerden nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG ausgeschlossen, wenn sich Parteien gegen oberste Bundesorgane wehren.¹⁴⁰ Da es sich nach der bundesverfassungsgerichtlichen Konzeption auch bei Streitigkeiten zwischen Parteien und obersten Landesorganen in der Sache um eine Organstreitigkeit handelt, ist auch in diesen Fällen eine Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG ausgeschlossen. Deshalb stellt sich für das Land Hessen, in dem Parteien ein Landesorganstreitverfahren von vornherein nicht offen steht, die Frage, ob stattdessen eine Landesverfassungsbeschwerde in Betracht kommt.

bbb) Landesverfassungsbeschwerde

Bislang hat lediglich der HessStGH den Parteien die Möglichkeit eines Landesorganstreits versagt. Nur für dieses Land ist die Frage der Zulässigkeit einer Landesverfassungsbeschwerde von praktischer Relevanz. Der HessStGH hat den Parteien die Möglichkeit einer solchen Verfassungsbeschwerde, nämlich der Grundrechtsklage nach Art. 131 Abs. 3 HV i.V.m. § 15 Nr. 5, §§ 43 ff. HessStGHG, eingeräumt.¹⁴¹ Das BVerfG hat die Möglichkeit einer solchen Grundrechtsklage bereitwillig akzeptiert, allerdings unter Bezugnahme auf einen nicht einschlägigen älteren Beschluss des HessStGH, und demzufolge seine Ersatzzuständigkeit nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 Var. 3 GG abgelehnt.¹⁴² Wie sich dies mit der Annahme, Streitigkeiten zwischen Parteien und obersten Bundes- und Landesorganen seien Organstreitigkei-

Schmidt-Bleibtreu/H. Hofmann/H.-G. Henneke, GG, 15. Aufl. 2022, Art. 93 Rn. 387; K.-A. Zierlein, Die Ersatzzuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts in landesverfassungsgerichtlichen Organstreitverfahren, AöR 118 (1993), 66 (98 ff.).

139 Chr. Walter, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz, GG, Art. 93 Rn. 302 ff.; Voßkuhle (Fn. 3), Art. 93 Rn. 152; Bethge (Fn. 4), § 13 Nr. 8 Rn. 3 f.

140 Oben S. 45 f.

141 HessStGH NVwZ 2002, 468 (469); NVwZ 2024, 330 Rn. 38 ff. m. insoweit zust. Anm. Hüther; dazu ablehnend Günther, Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 87), § 42 Rn. 21.

142 BVerfGE 75, 34 (39 f.).

ten, die Verfassungsbeschwerden ausschließen, vereinbaren lässt, war bis zur Entscheidung des HessStGH vom 1.12.2023¹⁴³ nicht geklärt.

Werden mit der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung Streitigkeiten zwischen Parteien und obersten Bundesorganen um die Reichweite der bundesorganschaftlichen Kompetenzen und Befugnisse und deren Grenzen, die ihnen durch die Parteirechte des Art. 21 Abs. 1 GG gezogen werden, als interorganschaftliches Rechtsverhältnis und nicht als grundrechtsdeterminiertes gesellschaftlich-politisches Staat-Bürger-Verhältnis qualifiziert, muss dies auch für entsprechende Streitigkeiten zwischen Parteien und obersten Landesorganen gelten. An dieser sowohl materiell- als auch prozessrechtlichen Einordnung kann sich grundsätzlich nichts dadurch ändern, dass in einer bestimmten Konstellation eine Prozesspartei nicht organstreitberechtigt ist.¹⁴⁴ Allein durch die fehlende Organstreitfähigkeit einer Streitpartei im konkreten Einzelfall mutiert die Streitigkeit nicht zu einer Grundrechtsstreitigkeit mit der prozessualen Konsequenz der Statthaftigkeit einer Verfassungsbeschwerde. Weder die Bundes- noch die Landesverfassungsbeschwerde ist ein Auffangrechtsbehelf für unzulässige Organ- und Verfassungsstreitverfahren.¹⁴⁵

Im Falle der politischen Parteien besteht allerdings eine Besonderheit. Anders als alle anderen Organstreitfähigen, die oberste Bundes-, Landesorgane oder andere Beteiligte sind i.S.d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG und i.S.d. ähnlich formulierten landesprozessrechtlichen Bestimmungen, sind die Parteien stets im gesellschaftlich-politischen Raum verwurzelt.¹⁴⁶ Dies gilt auch für Streitigkeiten mit obersten Bundes- und Landesorganen oder deren Teilen. Materiell-rechtlich handelt es sich deshalb nicht um ein ausschließlich grundrechtsindifferentes Kompetenzverhältnis.¹⁴⁷ Richtigerweise steht das grundrechtliche Staat-Bürger-Verhältnis in Rede.¹⁴⁸

Nach Maßgabe der abzulehnenden bundesverfassungsgerichtlichen Konzeption handelt es sich zwar um ein verfassungsorganschaftliches Rechtsverhältnis, das aber zumindest subsidiär auch durch einzelne Grundrechte wie insbesondere den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und die entspre-

143 HessStGH NVwZ 2024, 330 ff.

144 Günther, Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 87), § 42 Rn. 21.

145 HessStGH NVwZ 2024, 330 Rn. 37; Bethge (Fn. 4), § 90 Rn. 38, 449; Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht (Fn. 1), Rn. 171.

146 BVerfGE 20, 56 (101); 121, 30 (54); 148, 11 Rn. 41; 154, 320 Rn. 45; 162, 207 Rn. 71.

147 HessStGH NVwZ 2024, 330 Rn. 39; vgl. die ganz ähnliche Formulierung von Bethge (Fn. 4), § 64 Rn. III.

148 Oben S. 43 ff.

chenden landesverfassungsrechtlichen Grundrechte wie Art. 1 Abs. 1 HV konturiert ist.¹⁴⁹ Eine solche materiell-rechtliche Qualifizierung des verfassungsorganschaftlichen Rechtsstatus der Parteien ermöglicht den subsidiären Rückgriff auf die Landesverfassungsbeschwerde und damit in Hessen auf die Grundrechtsklage, wenn die Partei oder das streitbeteiligte Verfassungsorgan auf der Gegenseite im Landesorganstreitverfahren nicht beteiligtenfähig ist.¹⁵⁰ Solange fachgerichtlich nicht geklärt ist, ob derartige Streitigkeiten verfassungsrechtlicher Art sind, für die nach § 40 Abs. 1 VwGO der Verwaltungsrechtsweg nicht eröffnet ist, gilt allerdings das Gebot der Rechtswegerschöpfung nach § 44 Abs. 1 HessStGHG.¹⁵¹

Eine Missachtung der Bindungswirkung der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Status der Parteien aus Art. 21 Abs. 1 GG, der nach der ständigen bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung in den Ländern als Landesverfassungsrecht gilt,¹⁵² bedeutet dies nicht. Denn das BVerfG hat nicht entschieden, dass der Grundrechtsstatus einer politischen Partei, die ihre Rechte aus Art. 21 Abs. 1 GG gegen ein oberstes Landesorgan verteidigt, aber nicht organstreitfähig ist, nicht subsidiär im Wege der Landesverfassungsbeschwerde geltend gemacht werden kann. Damit erübrigt sich auch eine Vorlage zum BVerfG nach Art. 100 Abs. 3 GG, ganz abgesehen davon, dass das BVerfG die Möglichkeit einer solchen Landesverfassungsbeschwerde ausdrücklich gebilligt hat.¹⁵³

Die Verweisung der in Hessen nicht organstreitfähigen Parteien auf die Grundrechtsklage (Landesverfassungsbeschwerde) steht nicht im Widerspruch zur Verweisung der grundsätzlich ebenfalls nicht organstreitfähigen einzelnen hessischen Landtagsabgeordneten auf die bundesverfassungsgerichtliche Ersatzzuständigkeit nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 Var. 3 GG, wenn diese mit anderen Landesorganen oder Organteilen über ihre organ-

149 HessStGH NVwZ 2024, 330 Rn. 40; vgl. demgegenüber *Bethge* (Fn. 4), § 64 Rn. 117.

150 So BVerfGE 75, 34 (39); HessStGH NVwZ 2002, 468 (469), wobei dieser Entscheidung kein verfassungsorganschaftliches Rechtsverhältnis, sondern ein ausschließlich grundrechtlich geprägtes Rechtsverhältnis zugrundeliegt, vgl. *Günther*, Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 87), § 42 Rn. 21 m. Fn. 110, anders dagegen in dem vom HessStGH 25.3.1987 – P.St. 1065 e.V. – juris entschiedenen Fall, so *Günther*, Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 87), § 42 Rn. 21 Rn. 109; *Barwinski* (Fn. 122), Art. 131-133, S. 21 f., 35; vgl. auch *W. Rupp-v. Brünneck/G. Konow*, in: G. A. Zinn/E. Stein, Verfassung des Landes Hessen, 16. Lfg. 1999, Art. 75, S. 18.

151 HessStGH NVwZ 2024, 330 Rn. 47 ff.; S. 51 ff.

152 S. 55 mit Fn. 84.

153 BVerfGE 75, 34 (39).

schaftlichen Befugnisse streiten¹⁵⁴ – unabhängig von der Landesorganstreitfähigkeit des Gegners. Denn anders als der Status der Parteien ist der Abgeordnetenstatus aus Art. 77 HV ausschließlich verfassungsorganschaftlicher Natur.¹⁵⁵ Rechte, die aus dem Abgeordnetenstatus des Art. 77 HV folgen, können deshalb auch nicht mit der Grundrechtsklage nach § 43 HessStGHG geltend gemacht werden. Eine Uminterpretierung des Art. 77 HV als ein subsidiäres Auch-Grundrecht, wie sie das BVerfG im Falle des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG vornimmt,¹⁵⁶ ist ausgeschlossen. Anders als bei den politischen Parteien verbietet sich bei den hessischen Abgeordneten deshalb auch eine grundrechtliche Aufladung ihrer ausschließlich verfassungsorganschaftlichen Rechtsstellung aus Art. 77 HV durch eine Bezugnahme auf einzelne Grundrechte der HV.

154 StGH Hessen NVwZ 2021, 148 Rn. 15; *Detterbeck* (Fn. 22), Art. 93 Rn. 75; *G. Konow*, in: G. A. Zinn/E. Stein, *Verfassung des Landes Hessen*, 16. Lfg. 1999, Art. 77 Anm. 4; *U. Sacksofsky*, in: G. Hermes/F. Reimer, *Landesrecht Hessen*, 10. Aufl. 2022, § 2 Rn. 87; *Günther*, *Verfassungsgerichtsbarkeit* (Fn. 87), § 42 Rn. 20.

155 *Konow* (Fn. 154), Art. 77 Anm. 4.

156 BVerfGE 108, 251 (266 ff.); 134, 141 Rn. 85 f.; zustimmend *V. Hellmann*, in: T. Barczak, BVerfGG, 2018, § 90 Rn. 58 f.; ablehnend *Bethge* (Fn. 4), § 90 Rn. 38, 84, 100, 449; *Detterbeck* (Fn. 22), Art. 93 Rn. 82; *Hillgruber/Goos*, *Verfassungsprozessrecht* (Fn. 1), Rn. 66, 170 f., 457, 462.

Die Feststellung von Tatsachen in der Rundfunk-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹

Markus Heinker

I. Einleitung

1. Problemstellung

Beruht die Rundfunk-Rechtsprechung des BVerfG auf einer hinreichenden Feststellung der zugrundeliegenden Tatsachen? Man sollte das für selbstverständlich halten und doch finden sich in der Literatur dazu kritische Stimmen. So ist die Rede von der Gefahr, einer dem status quo verhafteten Denkblockade zu verfallen.² In einem Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats des Bundesfinanzministeriums von 2014 heißt es weiter, „dass die Basis der rechtsdogmatischen Folgerungen ausschließlich mit Eigenziten belegt wird und weder ökonomische, sozialwissenschaftliche oder sonstige Fachliteratur einbezieht, der Begründungsduktus mithin zunehmend selbstreferentiell erscheint.“³ *Schwabe* spricht davon, dass das BVerfG „eine Kaskade bunter Luftballons mit dem Aufdruck Meinungs-, Informations- und Rundfunkfreiheit niedergehen“⁴ lässt, „die einem aus den Fingern gleitschen, sobald man sie zu packen versucht“⁵ *Redeker* formulierte schon anlässlich des 25jährigen Bestehens des BVerfG: „Das BVerfG hat sich [...] von mündlicher Verhandlung und Beweisaufnahme in einem Umfang dispen-

1 Der Beitrag beruht auf M. Heinker, Constitutional justification for the regulation of broadcasting in the light of changing means transmission, expanded transmission capacity and media convergence, Comenius University, Bratislava, 2017

2 o.A., *Bundesministerium der Finanzen*, Wissenschaftlicher Beirat (Hrsg.), Öffentlich-rechtliche Medien - Aufgabe und Finanzierung, 2014, Seite 19, verfügbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Ministerium/Wissenschaftlicher-Beirat/Gutachten/2014-12-15-gutachten-medien.pdf?__blob=publicationFile&v=11, zuletzt geprüft am 21.1.24.

3 o.A., *Bundesministerium der Finanzen*, Wissenschaftlicher Beirat (Hrsg.), Öffentlich-rechtliche Medien - Aufgabe und Finanzierung, 2014, Seite 19.

4 J. Schwabe, Anmerkung zur elften Rundfunkentscheidung, *Juristenzeitung* 1998, S. 514 (514).

5 Schwabe, *Juristenzeitung*, 1998, 514 (515).

siert, der notwendig unzutreffende Sachverhaltsannahmen zur Folge haben muß. Dass falsche Sachverhaltsfeststellungen unrichtige Entscheidungen präponieren, gilt für das BVerfG nicht anders wie für jedes andere Gericht. Nicht ganz selten finden sich in Entscheidungen des BVerfG Feststellungen, von denen man sich vergeblich fragt, wie das Gericht sie anhand streitigen Parteivorbringens hat treffen können, obwohl insoweit sicher die notwendige Sachkunde fehlt.“⁶

Dieser Beitrag untersucht, inwieweit diese Kritik berechtigt ist und ggf. auch für die Rundfunk-Rechtsprechung des BVerfG Bedeutung erlangt, indem er diese einer Analyse unterzieht. Dabei wird untersucht, ob das BVerfG seinen Entscheidungen Tatsachen zugrunde legt und, ob diese hinreichend belegt sind. Es geht damit um die Frage, ob die Entscheidungen auf einer ausreichenden Ermittlung der Wirklichkeit der Medien beruhen, ob also die zum Zeitpunkt der jeweiligen Entscheidung gültigen Bedingungen der Produktion, Distribution und Rezeption von Medien und die sich daraus ergebenden gesellschaftlichen Wirkungen ausreichend ermittelt wurden. Darauf ist die Untersuchung beschränkt. Ob etwaig getroffene Feststellungen zutreffend sind, ist nicht Gegenstand der Analyse.

2. Gang der Untersuchung

Zunächst werden die gesetzlichen Regelungen und die Praxis der Anwendung durch das BVerfG dargestellt. Anschließend wird die Diskussion in der Literatur zusammengefasst, es wird eine Stellungnahme des Autors zu den wesentlichen Streitpunkten abgegeben und es werden die Schlussfolgerungen gezogen, die erforderlich sind, um den Maßstab zu ermitteln, der an die Tatsachenfeststellung durch das BVerfG anzulegen ist. Nach einer entsprechenden Analyse der Rundfunk-Rechtsprechung werden die Ergebnisse diskutiert.

II. Tatsachenfeststellung durch das BVerfG

1. Gesetzliche Regelungen

Grundlage der Verfahrensführung durch das BVerfG ist das BVerfGG. Hier befassen sich die §§ 17ff im zweiten Teil mit den allgemeinen Verfah-

6 K. Redeker, 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, NJW 1976, 2111 (2113).

rensvorschriften. Darüber hinaus enthält auch der dritte Teil, der die einzelnen Verfahrensarten regelt, Verfahrensvorschriften. Diese werden hier nur berücksichtigt soweit sie Verfassungsbeschwerden, Normenkontrollen und den Bund-Länder-Streit betreffen, da die Rundfunk-Rechtsprechung ausschließlich aus Verfahren dieser Arten besteht.

Die zentrale gesetzliche Anordnung, das Thema dieses Beitrages betreffend, ist § 26 Absatz 1 Satz BVerfGG. Die Vorschrift wird als Kodifizierung des Untersuchungsgrundsatzes gesehen, die das BVerfG bindet.⁷ Das wird auch vom BVerfG anerkannt.⁸ Eine Ausnahme zu dieser Vorschrift regelt § 33 Absatz 2 BVerfGG, wonach der BVerfG die tatsächlichen Feststellungen eines rechtskräftigen Urteils zugrunde legen kann.

Zentral ist ferner § 30 Absatz 1 Satz BVerfGG, der als Grundlage der Entscheidung den Inhalt der Verhandlung und das Ergebnis der Beweisaufnahme postuliert. In tatsächlicher Hinsicht ist Grundlage der Entscheidung des BVerfG alles, was Gegenstand des Verfahrens war. Hierin liegt gleichermaßen die Verpflichtung den gesamten Inhalt des Verfahrens zu berücksichtigen und die Begrenzung darauf.⁹ Die möglichen Quellen sind damit beschränkt. Verfahrenserheblich äußern können sich auch die Parteien. Gemäß § 28 Absatz 1 BVerfGG können auch Zeugen und Sachverständige gehört werden. Auch deren Äußerungen sind damit Gegenstand des Verfahrens. Darüber hinaus können nach § 27a BVerfGG auch sachkundige Dritte, die nicht als Zeuge oder Sachverständiger am Verfahren teilnehmen, gehört werden. Im Verfahren der Normenkontrolle sind in den §§ 77, 82 Absatz 3 und 4 BVerfGG und im Verfahren der Verfassungsbeschwerde in den §§ 94 und 96 Absatz 3 BVerfGG ausdrücklich weitere Äußerungsrechte festgelegt. Es ist das schriftliche Vorbringen aller Äußerungsberechtigten ebenso zu berücksichtigen, wie Äußerungen in der mündlichen Verhandlung.

Hinsichtlich der Beweiswürdigung ist dem BVerfG ein denkbar weiter Rahmen gesetzt. Das Gericht ist nicht an Beweisregeln gebunden. Die äußere Grenze stellen erst die Denk- und Naturgesetze dar.

⁷ C. Burkiczak, F. Dollinger, F. Schorkopf, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Heidelberg, 2022, Rn. 4;

E. Benda, E. Klein, O. Klein, Verfassungsprozessrecht: Ein Lehr- und Handbuch, Heidelberg, 2012, Rn. 299.

⁸ BVerfGE 77, 360 (361).

⁹ R. Zuck, in Lechner Zuck, Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Kommentar, 2019, § 30, Rn. 4.

2. Praxis der Tatsachenfeststellung durch das BVerfG

In der Praxis bedient sich das BVerfG neben den gesetzlich geregelten auch weiteren Erkenntnisquellen¹⁰, etwa Statistiken, Studien und Fachliteratur¹¹ und holt auch telefonische Auskünfte ein.¹² Das ist wegen der „Gefahr fehlender Transparenz“ kritisiert worden¹³, jedenfalls, wenn die Berücksichtigung solcher Quellen den Beteiligten nicht offengelegt wird.¹⁴ Besondere Bedeutung erlangen diese Probleme, wenn Tatsachen als allgemeinkundig oder gerichtsbekannt betrachtet werden bzw., wenn auf Erfahrungssätze zurückgegriffen wird. Dies tut das BVerfG regelmäßig.¹⁵ Regelungen zu gerichtsbekannten oder allgemeinkundigen Tatsachen, wie sie etwa in § 291 ZPO oder § 244 Absatz 3 Satz 2 StPO existieren, kennt das BVerfGG nicht. Für die Fachgerichte fordert jedoch das BVerfG selbst, dass solche Tatsachen Gegenstand des rechtlichen Gehörs sein müssen.¹⁶ Es ist nicht ersichtlich, warum das nicht für das Verfahren vor dem BVerfG genauso gelten soll.

Eine Systematik nach der die gewonnenen Erkenntnisse dokumentiert werden, ist beim BVerfG schwer erkennbar. Zwar gibt es einen regelmäßig angewendeten Urteilsaufbau, in dem die tatsächlichen Feststellungen im Tatbestand aufgeführt sind.¹⁷ In der Praxis dokumentiert der Tatbestand aber nicht immer umfassend die tatsächlichen Grundlagen der Entscheidung.¹⁸ Auch die Verpflichtung, Tatsachen festzustellen aus § 33 Absatz 2 BVerfGG wendet das Gericht nicht konsequent an, sondern schränkt diese immer wieder ein.

10 K. Haberzettl, Die Tatsachenfeststellung in Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, NVwZ, 2015, 1 (4).

11 BVerfGE 119, 181 (215f); BVerfGE 88, 87 (101); BVerfGE 90, 145 (178).

12 S. Brink, Tatsachengrundlagen verfassungsrechtlicher Judikate, in H. Rensen, S. Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern, Berlin, 2009, S. 3 (16).

13 K. Redeker, 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, NJW 1976, 2111 (2113).

14 K. Haberzettl, Die Tatsachenfeststellung in Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, NVwZ, 2015, 1 (4).

15 W. Geiger, Einige Besonderheiten im verfassungsgerichtlichen Prozeß, Heidelberg, 1981, S. 23.

16 BVerfGE 10, 177 (182); BVerfGE 12, 110 (112); BVerfGE 48, 206 (209).

17 T. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein, H. Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, München, 2021, § 30, Rn. 18.

18 B. Bryde, Tatsachenfeststellung und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in P. Badura, H. Dreier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Tübingen 2001, Band 1, S. 533 (537).

In Verfahren der Urteilsverfassungsbeschwerde prüft das BVerfG die Tatsachenfeststellungen des fachgerichtlichen Urteils nicht, sofern nicht „spezifisches Verfassungsrecht“ verletzt ist.¹⁹ Das soll immer dann vorliegen, wenn das Prinzip des rechtlichen Gehörs, der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes oder das Willkürverbot verletzt sind.²⁰ Darüber hinaus sollen auch Einzelgrundrechte Ausstrahlungswirkung auf die Tatsachenfeststellung der Fachgerichte haben.²¹ Schließlich soll die Nachprüfung in dem Maße intensiver werden, je nachhaltiger die angegriffene Entscheidung die Grundrechtssphäre trifft.²²

Es gibt aber auch Verfahrensarten bei denen es keine Tatsachenfeststellungen durch Fachgerichte gibt. Dazu gehören der Bund-Länder-Streit und vor allem die abstrakte Normenkontrolle und die Rechtssatzverfassungsbeschwerde. Hier sind die vom Gesetzgeber zugrunde gelegten Tatsachen Prüfungsgegenstand, sogenannte generelle Tatsachen bzw. legislative facts (im Gegensatz zu sogenannten Einzeltatsachen bzw. adjudicative facts). Generelle Tatsachen betreffen in der Regel sozialwissenschaftliche oder ökonomische Befunde, die nicht Individuen, sondern Gruppen betreffen.²³ Die sichere Feststellung solcher Tatsachen würde einen erheblichen Aufwand verursachen, möglicherweise sogar unmöglich sein. Es ist deshalb bezweifelt worden, ob das BVerfG dieser Aufgabe gerecht werden könne.²⁴ In der Praxis erweist sich der Umgang des BVerfG mit generellen Tatsachen als nicht einheitlich.²⁵ Mit Blick auf die Rundfunk-Rechtsprechung ist das von besonderer Bedeutung, wie zu zeigen sein wird.

In diesem Zusammenhang stellt sich schließlich die Frage, welche Maßstäbe bei der verfassungsgerichtlichen Überprüfung von Prognoseentschei-

19 BVerfGE 1, 418 (429).

20 BVerfGE 22, 267 (274); BVerfGE 2, 294 (297).

21 S. Brink, *Tatsachengrundlagen verfassungsrechtlicher Judikate*, in H. Rensen, S. Brink (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern*, Berlin, 2009, S. 3 (14).

22 C. Burkiczak, F. Dollinger, F. Schorkopf, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Heidelberg, 2022, § 26, Rn. 14.

23 B. Bryde, *Tatsachenfeststellung und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in P. Badura, H. Dreier (Hrsg.), *50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen 2001, Band 1, S. 533 (533).

24 W. Kluth, *Beweiserhebung und Beweiswürdigung durch das Bundesverfassungsgericht*, NJW 1999, 3513 (3516).

25 B. Bryde, *Tatsachenfeststellung und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in P. Badura, H. Dreier (Hrsg.), *50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen 2001, Band 1, S. 533 (539).

dungen anzulegen sind. Es wird vertreten, dass diese schon gar nicht als Tatsachen zu werten sind, da sie zum Zeitpunkt ihrer Aufstellung dem Beweis nicht zugänglich sind. Dafür spricht auch, dass sie stark wertenden, subjektiv einschätzenden Charakter haben und damit dem Gegenpol der Tatsachen, den Wertungen, zugeordnet werden könnten.²⁶ Da das BVerfG nicht dazu berufen ist, die Wertungen des Gesetzgebers durch eigene zu ersetzen, ergibt sich hinsichtlich der Prognosen des Gesetzgebers ein weiter Beurteilungsspielraum, sogenanntes *judicial self-restrain*. Das wird vom BVerfG auch ausdrücklich anerkannt.²⁷

Die vorstehenden Ausführungen können auch auf die konkrete Normenkontrolle bezogen werden, nachdem das BVerfG üblicherweise in solchen Verfahren die Feststellungen im Bereich der generellen Tatsachen selbst trifft.²⁸

3. Diskurs

Der wissenschaftliche Diskurs zu dem Problemkreis ist erstaunlich wenig ausgeprägt. Die Tatsachenermittlung im Verfassungsprozess ist „lange Zeit nicht als grundsätzliches Problem bewusst gewesen“.²⁹ Angesichts des Befundes von *Haberzettl*, dass die Tatsachenfeststellung durch das BVerfG dogmatisch weitgehend ungeklärt ist, hätte durchaus Diskussionsbedarf bestanden.³⁰ Auch *Brink* konstatiert einen „kritikwürdigen Zustand“ bei der Praxis der Tatsachenfeststellung, die „notwendig zu Fehlentscheidungen“ führe.³¹ Auch im verfassungsgerichtlichen Verfahren sei die korrekte Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen notwendige Bedingung der Richtigkeit der Entscheidung.³² *Philippi* spitzt mit der Aussage zu, der Gesetzgeber habe dem BVerfG für die Tatsachenermittlung einen „Blan-

26 T. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein, H. Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, München, 2021, § 26, Rn. 8.

27 BVerfGE 6, 389 (398); BVerfGE 115, 276 (308); BVerfGE 102, 197 (218).

28 BVerfGE 37, 217; BVerfGE 38, 154.

29 F. Ossenbühl, Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen, in C. Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Tübingen, 1976, S. 458 (461).

30 K. Haberzettl, Die Tatsachenfeststellung in Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, NVwZ, 2015, 1 (3).

31 S. Brink, Tatsachengrundlagen verfassungsrechtlicher Judikate, in H. Rensen, S. Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern, Berlin, 2009, S. 3 (29f).

32 S. Brink, Tatsachengrundlagen verfassungsrechtlicher Judikate, S. 3 (29).

koscheck“ ausgestellt.³³ Nach Kley besteht weiterhin „grundsätzlicher Klärungsbedarf.“³⁴

Das BVerfG selbst stellte fest, dass die Verfahrensregelungen des BVerfGG „lückenhaft“ sind.³⁵ Dies kann indes nicht bedeuten, dass das BVerfG „Herr seiner Verfahren“ ist, wie es zunächst wiederholt postuliert hat.³⁶ Dieser Auffassung kann schon mit Blick auf Art. 94 Absatz 2 Satz 1 GG nicht gefolgt werden, der eine gesetzliche Regelung des Verfahrens vor dem BVerfG vorsieht. Vielmehr dürfte die später verwendete Formulierung von der Herrschaft des Verfahrens „im Rahmen rechtlicher Bindungen“³⁷ zutreffend sein.³⁸ Die Lücken im Verfahrensrecht sind durch Analogien zu schließen.³⁹ Das ergibt sich auch ausdrücklich aus den Materialien zur Gesetzgebung, wo es heißt, man wolle den „bewährten Weg der gewohnheitsrechtlichen Durchbildung des Verfahrensrechts [...] beschreiben.“⁴⁰

Das gilt insbesondere auch für § 26 BVerfGG, der, nach herrschender Meinung, den Untersuchungsgrundsatz kodifiziert. Mit Blick auf den klaren Wortlaut, der sich ausschließlich auf die Beweiserhebung bezieht, ist das offensichtlich unzutreffend. Im Ergebnis allerdings kann der herrschenden Meinung zugestimmt werden. Allerdings muss das Ergebnis durch Analogie zu den Verfahrensvorschriften der Fachgerichtsbarkeit gewonnen werden, s.o.

Kritikwürdig erscheint ferner die dargestellte Praxis des BVerfG, in Entscheidungen auf Materialien zurückzugreifen, die nicht förmlich in das Verfahren eingeführt wurden. Dieser Praxis steht bereits der Wortlaut des § 30

33 K. Philippi, *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts: Ein Beitrag zur rational-empirischen Fundierung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, Köln, 1971, S. 25.

34 D. Kley, *Zur Bindung des Bundesverfassungsgerichts an die tatsächlichen des Fachgerichts bei der Entscheidung über die Urteilsverfassungsbeschwerde*, *VerwArch* 107, 359 (360).

35 BVerfGE 2, 79 (84).

36 BVerfGE 13, 54 (94); BVerfGE 36, 342 (357).

37 BVerfGE 60, 175 (213).

38 K. Schlaich, S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidung*, München, 2018, Rn. 56.

39 BVerfGE 1, 109 (110).

40 Stellungnahme des Berichterstatters Wahl im Gesetzgebungsverfahren zum BVerfGG in der 112. Sitzung des Deutschen Bundestages am 18.1.1951, zitiert nach D. Umbach, T. Clemens, F. Dollinger (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, Heidelberg, 2005, vor §§ 17ff, Rn. 5.

Absatz 1 Satz 1 BVerfGG entgegen, der den Inhalt der Verhandlung zum Maßstab macht. Als Verhandlung kann nur verstanden werden, woran die Parteien beteiligt waren.⁴¹ Es gibt keine Verhandlungen ohne Parteien. Der Stellungnahme von *Habermas*⁴², nach der es nur darauf ankommen soll, dass die Informationen Inhalt der Verfahrensakte sind oder aus allgemein zugänglichen Quellen stammen sowie, dass erkennbar sein muss, dass es für die Entscheidung darauf ankommt, vermag nicht zu überzeugen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Absatz 1 GG verlangt, dass die Parteien zu allen vom Gericht als maßgeblich erachteten Gesichtspunkten Stellung nehmen können. Dazu müssen die Parteien zunächst Kenntnis davon haben, welche Aspekte das Gericht für maßgeblich erachtet. Das gilt insbesondere für generelle Tatsachen: Zu vielen Fragestellungen wird eine solche Flut von Informationsquellen verfügbar sein, dass es für die Verfahrensbeteiligten undurchführbar wäre, diese rein vorsorglich vollständig zu erfassen, auszuwerten und zu kommentieren. Als Beispiel sei die Medienwirkungsforschung genannt, die in der Rundfunk-Rechtsprechung eine wesentliche Rolle spielt. Es dürfte praktisch undurchführbar sein, erschöpfend zu allen Theorien, Studien und sonstigen öffentlich verfügbaren Informationen vorzutragen. Insofern vermag die Tatsache, dass bestimmte Informationen theoretisch verfügbar sind, nicht zu rechtfertigen, dass das Gericht auf diese zugreift, ohne den Parteien die Möglichkeit zur Stellungnahme einzuräumen.⁴³

Auch das gelegentliche Fehlen der Dokumentation aller Tatsachen, die die Entscheidungsfindung des Gerichts beeinflusst haben, im Tatbestand des Urteils ist kritikwürdig, insbesondere, da die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung im Bereich des Rundfunks stellenweise die Qualität gesetzgeberischen Handelns bekommt ohne, dass das BVerfG eine dem Gesetzgeber entsprechende direkte Legitimation hätte. Das lässt es im Ergebnis als nicht hinnehmbar erscheinen, wenn für den Rechtsanwender nicht mehr erkennbar ist, auf Grundlage welcher tatsächlichen Feststellungen das Gericht subsumiert. Dagegen fördert ein vollständiger Tatbestand, der ohne Verweisungen auskommt, „die Klarheit und das Verständnis der Ent-

41 T. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein, H. Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, München, 2021, § 30, Rn. 7f.

42 K. Habermas, Die Tatsachenfeststellung in Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, NVwZ, 2015, 1 (4).

43 S. Brink, Tatsachengrundlagen verfassungsrechtlicher Judikate, in H. Rensen, S. Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern, Berlin, 2009, S. 3 (16).

scheidung und hilft, dass der Richterspruch des höchsten Gerichts zum Richterspruch für die Staatspraxis überhaupt werden kann.“⁴⁴

Schließlich erscheint auch der – dem BVerfG selbst⁴⁵ – unklare Begriff des spezifischen Verfassungsrechts wegen der dargestellten Anwendungsprobleme kritikwürdig. Diese Diskussion soll hier jedoch nicht erneut aufgegriffen werden.

4. Zusammenfassung des Zwischenergebnisses

Für die Entscheidungsfindung durch das BVerfG kann damit folgendes zusammenfassend festgehalten werden:

Grundlage der Entscheidungen des BVerfG sind Tatsachen. Für deren Ermittlung gilt der Untersuchungsgrundsatz. Das bedeutet, dass das BVerfG im Regelfall alle für die Entscheidung maßgeblichen Tatsachen, unabhängig vom Sachvortrag der Parteien, selbst festzustellen hat. Bei der Entscheidung über die Art und Weise ist das Gericht weitgehend frei. Soweit die Tatsachenfeststellungen Prognosen des Gesetzgebers betreffen, sind dem BVerfG enge Grenzen gesetzt. Es kann Prognosen nur auf ex ante erkennbare Fehler prüfen, nicht jedoch vertretbare Prognosen durch eigene ersetzen. Bei der Bewertung der Richtigkeit der festgestellten tatsächlichen Grundlagen ist das Gericht lediglich an die Natur- und Denkgesetze gebunden. Im Übrigen ist das Gericht in der Beweiswürdigung frei. Das BVerfG ist nicht an einen Katalog von Beweismitteln gebunden, auch nicht an Beweisanträge der Parteien. Das BVerfG muss alle Tatsachen, die bei der Entscheidungsfindung Berücksichtigung finden, den Parteien aktiv zur Stellungnahme zugänglich machen und im Tatbestand dokumentieren.

III. Tatsachenfeststellung in der Rundfunk-Rechtsprechung

1. Durchführung der Analyse

Der Analyse zugrunde gelegt wurden diejenigen 16 Urteile des BVerfG die üblicherweise in die Zählung der Rundfunk-Rechtsprechung aufge-

⁴⁴ T. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein, H. Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, München, 2021, § 30, Rn. 18.

⁴⁵ BVerfGE 18, 85 (93).

nommen werden.⁴⁶ Diese Entscheidungen wurden analysiert, indem die Passagen markiert wurden, die tatsächliche Feststellungen enthalten, die für den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit maßgeblich sind. Dabei musste zum einen zu rechtlichen Ausführungen und zum anderen zur Äußerung von Meinungen und Einschätzungen abgegrenzt werden. Für die Abgrenzung zwischen Tatsache und Meinung wurde auf die in Literatur und Rechtsprechung verwendete Methode zurückgegriffen.⁴⁷ Danach ist Tatsache das, was dem Beweis zugänglich ist. Als rechtliche Ausführung soll hier das verstanden werden, was als Ergebnis einer Anwendung von Rechtsvorschriften festgestellt wird, also einer Subsumption. Auf eine inhaltsanalytische Herangehensweise etwa nach *Mayring*⁴⁸ wurde verzichtet, da diese zu einer Auflösung geführt hätte, die für die Zwecke dieser Analyse als nicht notwendig erscheint.

Die Analyse ist auf generelle Tatsachen beschränkt und auf solche, die die Bedingungen unter denen Rundfunk produziert, distribuiert und rezipiert wird betreffen, sofern sie sich auf die (zum Zeitpunkt des Urteils) aktuelle Situation beziehen und geeignet sind, die rechtliche Argumentation zu beeinflussen. Dabei wurden die Aussagen thematisch zusammengefasst und paraphrasiert.

Soweit in einer Entscheidung des BVerfG auf tatsächliche Aussagen in vorhergehender Rechtsprechung Bezug genommen wurde, wurden diese nur erneut berücksichtigt, wenn neue Quellen genannt werden. Soweit lediglich der Inhalt bestehender gesetzlicher Regelungen mitgeteilt wird, blieben dies unberücksichtigt. Auch Quellen, die der juristischen Literatur zuzuordnen sind, blieben unberücksichtigt. Die Analyse erfolgte auf Basis der gesamten Entscheidung, also von Tatbestand und Gründen.

Soweit in abweichenden Meinungen tatsächliche Feststellungen enthalten waren, blieben diese unberücksichtigt, weil sie das Urteil gerade nicht tragen.

In einem weiteren Schritt wurden die als relevant erkannten Passagen zusammengetragen, in Kernaussagen zusammengefasst und in eine Übersicht gebracht (Anlage).

46 BVerfGE 12, 205; BVerfGE 31, 314; BVerfGE 57, 295; BVerfGE 73, 118; BVerfGE 74, 297; BVerfGE 83, 238; BVerfGE 87, 181; BVerfGE 90, 60; BVerfGE 92, 203; BVerfGE 97, 228; BVerfGE 97, 298; BVerfGE 119, 181; BVerfGE 121, 30; BVerfGE 136, 9; BVerfGE 149, 222; BVerfGE 158, 389.

47 BGH, NJW 1966, 1617.

48 P. Mayring, Qualitative Inhaltsanalyse: Grundlagen und Technik, Weinheim, 2022.

2. Ergebnisse der Analyse

Tatsächliche Feststellungen sind in den Rundfunkentscheidungen des BVerfG in acht von 16 Entscheidungen enthalten. In Summe stützt sich die gesamte Rundfunk-Rechtsprechung des BVerfG auf 35 zusammengefasste Aussagen, die den Charakter tatsächlicher Feststellungen haben, wovon lediglich neun mit einer Quelle belegt sind. Als Quellen werden vom BVerfG ausschließlich Publikationen von Experten- und Expertengremien (E) sowie sonstige Fachliteratur (L) herangezogen. Zumeist aber ist eine Quelle nicht erkennbar (-).

Die Aussagen lassen sich thematisch in sieben Gruppen einteilen: Die größte Gruppe bilden die zehn Aussagen zu den Distributionsbedingungen (DB), gefolgt von sechs Aussagen zur Programmgestaltung und -nutzung (PG) und fünf Aussagen zur Marktkonzentration (MK). Aussagen zur Medienwirkung und -rezeption (MW) und zu den wirtschaftlichen Bedingungen (WB) sind jeweils viermal vertreten. Die Programmvvielfalt (PV) und Aussagen zum Prozess der Meinungsbildung (MB) sind jeweils dreimal vertreten.

Am besten belegt sind die Aussagen zur Programmvvielfalt. Hier sind zwei von drei Aussagen belegt. Es folgen die Aussagen zur Medienwirkung, die zur Hälfte eine Quelle aufweisen, und die Aussagen zur Marktkonzentration mit zwei von fünf belegten Aussagen. Von den zehn Aussagen zu den Distributionsbedingungen sind nur zwei belegt und von den sechs Aussagen zur Programmgestaltung nur eine. Ohne Quelle sind die vier Aussagen zu den wirtschaftlichen Bedingungen und die drei Aussagen zum Prozess der Meinungsbildung.

Es lässt sich eine Tendenz feststellen, dass die späteren Entscheidungen mehr belegte tatsächliche Feststellungen enthalten als die früheren. Das gilt insbesondere für die Entscheidungen des vergangenen Jahrzehnts.

Die Einzelheiten können der Tabelle in der Anlage entnommen werden.

3. Bewertung

Die Rundfunk-Rechtsprechung des BVerfG kann weder in der Vergangenheit noch in ihrer aktuellen Gestalt für sich in Anspruch nehmen, auf breiter Tatsachengrundlage zu stehen. Die Analyse hat eine Reihe von Problemen ergeben:

Es fehlt den tatsächlichen Feststellungen, die das BVerfG ausdrücklich seiner Rechtsprechung zugrunde legt - soweit das jeweils aus dem Urteil er-

kennbar ist - in der Mehrzahl der Fälle an einer ausreichenden Fundierung. Vielfach stellen sich die tatsächlichen Behauptungen als bloße Spekulationen dar, da noch nicht einmal eine Quelle erkennbar ist.

Soweit Quellen verwendet werden, sind diese zumeist wissenschaftliche Literatur oder Veröffentlichungen von staatlichen oder öffentlich-rechtlichen Einrichtungen. Deren Verwendung ist nicht verfahrensrechtlich abgesichert.

Abschließend soll der Befund für den Themenbereich der Distributionsbedingungen beispielhaft noch einmal genauer betrachtet werden, um seine Tragweite zu veranschaulichen:

Die Distributionsbedingungen betreffen vor allem die Frage, wie viele Inhalte im Rundfunk gleichzeitig verfügbar gemacht werden können und zu welchen Kosten dies geschieht. Hier hat es durch die Möglichkeiten der IP-Distribution dramatische Veränderungen gegeben. Zunächst war der Markt von Frequenzknappheit dominiert. Dementsprechend war die Frequenzknappheit eine der wesentlichen Säulen mit dem das BVerfG die Sondersituation des Rundfunks begründet hat, die wiederum eine wesentliche Legitimationsgrundlage des öffentlich-rechtlichen Rundfunks darstellte. Gemessen an dieser zentralen Bedeutung ist die fehlende tatsächliche Fundierung besonders unbefriedigend. Allerdings hat das Gericht 2007⁴⁹ die Annahme einer Frequenzknappheit ausdrücklich aufgegeben, weshalb das Problem nur noch unter zwei Gesichtspunkten Bedeutung hat. Zum einen hinsichtlich der Frage, wie wirkt sich der Wegfall einer wesentlichen Grundlage auf die Begründung der Notwendigkeit eines öffentlich-rechtlichen Rundfunks aus. Und zum anderen hinsichtlich der Frage, ob die fehlende Fundierung in die aktuelle Rundfunk-Rechtsprechung des BVerfG fortwirkt.

Zunächst zur Frage der Fortwirkung in die aktuellere Rechtsprechung: Auch, wenn sich hinsichtlich der jüngeren Urteile des BVerfG tendenziell eine Verbesserung der Tatsachenfeststellung abzeichnet, bleiben die Probleme der älteren Rechtsprechung auch für die aktuellen Urteile akut, denn regelmäßig verweist das BVerfG hinsichtlich grundsätzlicher Fragen auf seine Rechtsprechung und dabei zurück bis zu den Entscheidungen aus den 60er und 70er Jahren des vergangenen Jahrhunderts. So findet sich zum Beispiel in der jüngsten Entscheidung aus dem Jahr 2021⁵⁰ die Aussage, dem

49 BVerfGE 119, 181 (214).

50 BVerfGE 158, 389 (261ff.).

Rundfunk komme eine besondere Bedeutung zu, unter Verweis auf eine Entscheidung von 1971⁵¹, die keinerlei Fundierungen für die dort getroffenen Aussagen aufweist.

Hinsichtlich des Wegfalls der Begründung kann festgestellt werden, dass diese nicht ersatzlos erfolgt. Mit dem Urteil 2018⁵² entwickelt das BVerfG komplexere Überlegungen für eine neue Legitimationsgrundlage. Es ist allerdings zu konstatieren, dass auch die neuen Begründungsansätze an denselben Mängeln hinsichtlich ihrer tatsächlichen Fundierung leiden, wie die historischen. Diese stützen sich im Wesentlichen auf die tatsächlichen Annahmen, dass durch Digitalisierung und Plattformökonomie Konzentration und Monopolisierung begünstigt werden und, dass die Notwendigkeit der Massenattraktivität auch im Internet bestehe, was zu Angeboten führe, die auf hohe Verweildauer und Klickzahlen zielen. Ferner, dass Algorithmen vielfältige Nutzung behindern, dass verstärkt nicht-publizistische Anbieter auftreten, dass der Nutzer Aufgaben der Journalisten übernehmen muss und, dass die Trennung zwischen Meinung und Tatsache und zwischen Inhalt und Werbung schwieriger wird. Alle diese zentralen Annahmen bleiben spekulativ, denn sie werden nicht den Verfahrensregeln entsprechend erhoben, es erfolgt noch nicht einmal ein Verweis auf Quellen irgendeiner Art.

Das – nach aktuellem Stand – jüngste Urteil der Rundfunk-Rechtsprechung des BVerfG von 2021⁵³ stützt sich hinsichtlich der neuen Legitimationsgrundlagen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks wesentlich auf das Urteil von 2018 und fügt lediglich die Aussage an, dass die Märkte von komplexem Informationsaufkommen, einseitigen Darstellungen, Filterblasen, Fake News und Deep Fakes geprägt sind. Zum Beleg verweist das Gericht auf den Bericht der Enquete-Kommission Künstliche Intelligenz des Deutschen Bundestages. Tatsächlich handelt es sich bei den in Bezug genommenen Phänomenen um Entwicklungen, die derzeit die (vor allem auch kommunikationswissenschaftliche) Forschung intensiv beschäftigen. So beispielsweise das Phänomen Filterblase. Gesicherte Befunde, die die weitreichenden Schlussfolgerungen des BVerfG hierzu stützen würden, gibt es jedoch – soweit ersichtlich – nicht. Das ergibt sich auch aus dem vom Gericht in Bezug genommenen Beleg selbst. Dort heißt es zum Themenkreis Filterblasen u.a.: „Vor allem die einseitige Wahrnehmung und

51 BVerfGE 31, 314.

52 BVerfGE 149, 222.

53 BVerfGE 158, 389.

Meinungsvermittlung bei politischen Themen werden in der Wissenschaft und in den Medien diskutiert.⁵⁴ So gibt es auch Untersuchungen, die die Theorie der Filterblasen nicht bestätigen konnten, generell⁵⁵ oder speziell am Beispiel von Suchmaschinen.⁵⁶ Es ist nicht Gegenstand dieser Analyse zu prüfen, ob die tatsächlichen Annahmen des BVerfG zutreffend sind. Das Beispiel zeigt jedoch anschaulich, dass zu erwarten ist, dass eine Tatsachenfeststellung, die den dargestellten Anforderungen genügt, helfen könnte, die Gefahren einer unvollständigen oder falschen Tatsachenfeststellung zu vermeiden.

Anlage

Nr.	Jahr	Paraphrasierte Aussage	Entscheidung	Kat.	Quelle
1	1961	Funkwellen halten sich nicht an Ländergrenzen	BVerfGE 12, 205 (251)	DB	-
2	1961	Rundfunk trägt mit allen Programmbestandteilen maßgeblich zur öffentlichen Meinungsbildung bei	BVerfGE 12, 205 (260)	MB	-
3	1961	Rundfunkdistribution ist an Frequenzen gebunden, die knapp sind	BVerfGE 12, 205 (227)	DB	-
4	1961	Rundfunk ist besonders kostenaufwändig, jedenfalls im Vergleich zur Presse	BVerfGE 12, 205 (251 und 261)	WB	-
5	1961	Es wird nur wenige Rundfunkveranstalter geben können	BVerfGE 12, 205 (261)	WB	-
6	1971	Der Rundfunk ist besonders wirkmächtig	BVerfGE 31, 314 (325)	MW	-
7	1971	Der Rundfunk unterliegt einer Gefahr des Missbrauches durch einseitige Einflussnahme	BVerfGE 31, 314 (325)	MK	-

54 Bericht der *Enquete-Kommission* Künstliche Intelligenz des Deutschen Bundestages vom 28.10.2020, BTDrucks 19/23700, S.

55 P. Törnberg, How digital media drive affective polarization through partisan sorting, PNAS, 2022, verfügbar unter <https://www.pnas.org/doi/10.1073/pnas.2207159119>, zuletzt geprüft am 28.1.24.

56 R. Robertson u.a., Users choose to engage with more partisan news than they are exposed to on Google Search, Nature, 2023, verfügbar unter https://www.nature.com/articles/s41586-023-06078-5.epdf?sharing_token=nukpNdCJlZaq6ezCO4Ttj9RgN0jAjWel9jnR3ZoTv0MPFY_1GFjOSBxhgGUEsMAhINRYE0f3NvoXTYw3j4pxT5n02mcenDj6NaEC1MI6N6TiqJkgM-9kyIV72eUBUksFIUPLMW9QbRjYIQ4ocY2ayMJh2YZ0XfafupiPN49ZTPYGJCPzbi_3ShNYQZwrl6JiOnjVLLx97jkPqwcLXo2ENA%3D%3D&tracking_referrer=www.mdr.de, zuletzt geprüft am 28.1.24.

Nr.	Jahr	Paraphrasierte Aussage	Entscheidung	Kat.	Quelle
8	1981	Auch beim Wegfall der Frequenzknappheit ist keine der Presse vergleichbare Vielfalt beim Rundfunk zu erwarten	BVerfGE 57, 295 (322)	DB	-
9	1981	Es bestehen Gefahren für den Rundfunk durch die Konzentration von Meinungsmacht	BVerfGE 57, 295 (323)	MK	-
10	1986	Die neuen Übertragungswege Kabel und Satellit werden auch langfristig nur geringe Bedeutung haben	BVerfGE 73, 118 (123 und 154)	DB	-
11	1986	Die hohen Kosten beim Fernsehen sind durch Anfangsinvestitionen, Betrieb und Verbreitung verursacht	BVerfGE 73, 118 (154)	WB	-
12	1986	Auch für privaten Hörfunk sind die wirtschaftlichen Bedingungen schwierig	BVerfGE 73, 118 (154)	WB	-
13	1986	Der Markt erlaubt nur eine eng begrenzte Zahl werbefinanzierter Rundfunkprogramme (im Fernsehbereich maximal drei Vollprogramme)	BVerfGE 73, 118 (123)	DB	-
14	1986	Neue Empfangswege verursachen beim Nutzer Kosten	BVerfGE 73, 118 (123)	DB	-
15	1986	Private Rundfunkanbieter tragen wenig zur Meinungsbildung bei, weil sie a) weniger gesehen werden, b) es weniger Anbieter gibt, c) sie aus wirtschaftlichen Gründen massenattraktive Programme zeigen müssen	BVerfGE 73, 118 (155f)	MB	-
16	1986	Nur der öffentlich-rechtliche Rundfunk ist in der Lage durch umfassende Information Meinungsbildung zu ermöglichen	BVerfGE 73, 118 (157)	MB	-
17	1998	Die Reichweite der öffentlich-rechtlichen und der privaten Fernsehanbieter ist gleich	BVerfGE 97, 228 (256)	DB	-
18	1998	Zuschauer erwarten vom Fernsehen über wichtige Ereignisse unterrichtet zu werden	BVerfGE 97, 228 (256)	PG	-
19	2007	Es gibt keine Frequenzknappheit mehr	BVerfGE 119, 181 (214)	DB	-
20	2007	Rundfunk ist gegenüber anderen Medien besonders wirkungsmächtig wegen seiner a) Breitenwirkung, b) Aktualität, c) Suggestivkraft und d) Möglichkeiten neuer Technologien	BVerfGE 119, 181 (215)	MW	L
21	2007	Die Programmprofile von öffentlich-rechtlichen und privaten Veranstaltern unterscheiden sich erheblich	BVerfGE 119, 181 (217)	PG	L, E

Nr.	Jahr	Paraphrasierte Aussage	Entscheidung	Kat.	Quelle
22	2007	Es besteht erheblicher Konzentrationsdruck mit anderen Medienunternehmen im privaten Rundfunk	BVerfGE 119, 181 (216)	MK	L
23	2007	Der Prozess horizontaler und vertikaler Verflechtung auf den Medienmärkten schreitet voran	BVerfGE 119, 181 (216)	MK	E, E
24	2007	Private Anbieter bilden die Vielfalt wegen der Tendenz zu Massenattraktivität nicht ab	BVerfGE 119, 181 (215)	PV	L, L, L
25	2018	Die Digitalisierung der Medien und die Plattformökonomie begünstigen Konzentrations- und Monopolisierungstendenzen	BVerfGE 149, 222 (261)	MK	-
26	2018	Auch im Internet müssen werbefinanzierte Programme massenattraktiv sein	BVerfGE 149, 222 (261)	PG	-
27	2018	Es besteht die Gefahr, dass - auch mittels Algorithmen, Inhalte auf die Interessen der Nutzer zugeschnitten werden. Das verstärkt gleichgerichtete Meinungen	BVerfGE 149, 222 (261)	PV	-
28	2018	Privat finanzierte Angebote im Internet zielen auf Maximierung der Verweildauer und Klickzahlen	BVerfGE 149, 222 (261f)	PG	-
29	2018	Es treten verstärkt nicht-publizistische Anbieter ohne journalistische Zwischenaufbereitung auf	BVerfGE 149, 222 (262)	PG	-
30	2018	Die digitalen Medienmärkte führen zu schwierig werdender Trennung von Fakten und Meinung, Inhalt und Werbung und zu Unsicherheiten hinsichtlich Glaubwürdigkeit	BVerfGE 149, 222 (262)	MW	-
31	2018	Der einzelne Nutzer muss Bewertungen übernehmen, die bisher durch Journalisten erfolgten	BVerfGE 149, 222 (262)	PG	-
32	2018	Rundfunkempfangsgeräte und Internetzugang sind sehr weit verbreitet	BVerfGE 149, 222 (262f)	DB	E
33	2018	Der ÖRR bietet zehn bundesweite Fernsehprogramme, neun „Dritte“ und 67 Radioprogramme	BVerfGE 149, 222 (269)	PV	E
34	2018	Die Ausstattung von Arbeitsplätzen und KFZ mit Rundfunkempfangsgeräten ist hoch.	BVerfGE 149, 222 (277)	DB	L, E
35	2021	Die Märkte sind von komplexen Informationsaufkommen, einseitigen Darstellungen, Filterblasen, Fake News und Deep Fakes geprägt	BVerfGE 158, 389 (420)	MW	E

2. Das Recht der Wirtschaft

Die Haftung der wirtschaftlichen Einheit im Kartellrecht – Vom Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit zur kartellrechtlichen Unternehmenshaftung kraft Konzernzugehörigkeit

Michael Kling

I. Einleitung

Der folgende Beitrag ist meinem verehrten Kollegen *Georgios Gounalakis* anlässlich seines Ruhestandseintritts gewidmet. Das Thema liegt im Grenzbereich zwischen dem Kartell- und dem Kapitalgesellschaftsrecht. Somit werden zwei Rechtsgebiete berührt, mit denen sich der Jubilar, obgleich sein hauptsächliches wissenschaftliches Interesse vor allem im Medienrecht liegen dürfte, über Jahrzehnte ebenfalls intensiv befasst hat.¹ Vor diesem Hintergrund hofft der Autor dieser Zeilen auf ein gewisses Interesse des Jubilars an den folgenden Ausführungen.

II. Problemstellung und wesentlicher Inhalt der Sumal-Entscheidung

1. Die Rechtssache Sumal

Der EuGH entschied in seiner Grundsatzentscheidung *Sumal* vom 6. Oktober 2021, dass ein spanisches Tochterunternehmen für das kartellrechtswidrige Verhalten seiner deutschen Muttergesellschaft auf Schadensersatz haftet. Dem liegt die Rechtsfigur der „wirtschaftlichen Einheit“ zugrunde. Bis dato war in der Rechtsprechung lediglich die umgekehrte Konstellation – d.h. die Haftung der Muttergesellschaft für Kartellverstöße ihrer Tochtergesellschaft – als Möglichkeit anerkannt.

1 Siehe nur *G. Gounalakis/F. Jäkel*, Drei-Stufen-Test: Wettbewerbliche Elemente und kartellrechtliche Grundsätze, ZWeR 2011, S. 243 ff.; *G. Gounalakis*, Medienkonzentrationskontrolle versus allgemeines Kartellrecht, AfP 2003, 394 ff.; *G. Gounalakis/S. Lochen*, Elektronische Marktplätze und Kartellrecht, ZHR 167 (2003), 632 ff.; *G. Gounalakis*, Das TK-Sonderkartellrecht und die Regelungen zur Belegung von Übertragungskapazitäten auf dem Prüfstand, K&R 2003, 49 ff.; *G. Gounalakis*, Medienkonzentrationsrecht - Vielfaltsicherung in den Medien, 2008.

Der Sachverhalt des Falls *Sumal* weist keine besonderen Schwierigkeiten auf. Die Europäische Kommission erließ gegen die *Daimler AG* als Muttergesellschaft einen Bußgeldbescheid wegen ihrer Beteiligung am LKW-Kartell zwischen den Jahren 1997 und 2011 (es handelte sich um eine sog. *einheitliche und fortgesetzte Zuwiderhandlung*). In dem genannten Zeitraum hatte die Klägerin des Ausgangsverfahrens, die *Sumal S.L.*, von *Mercedes-Benz Trucks España* (MBTE) – einem Vertragshändler des Daimler-Konzerns – zwei LKW erworben. Die Klägerin machte mit ihrer gegen die MBTE gerichteten Klage Schadensersatz wegen kartellbedingten Mehrkosten geltend. Sie forderte exakt 22.204,35 Euro und damit einen Geldbetrag, der den Mehrkosten entsprach, die ihr aufgrund des Kartells entstanden waren.

Das Bemerkenswerte an dem Sachverhalt besteht darin, dass die Beklagte an dem LKW-Kartell gänzlich unbeteiligt war, sodass gegen sie – anders als gegen die Muttergesellschaft – kein Bußgeldbescheid ergangen war. MBTE machte daher geltend, dass eine Auslegung der Theorie der wirtschaftlichen Einheit dahin gehend, dass die Haftung der Muttergesellschaft *Daimler AG* auf sie ausgedehnt würde, gegen den Grundsatz der Bindungswirkung von Kommissionsentscheidungen, d.h. gegen Art. 16 Abs. 1 VO Nr. 1/2003, verstoßen würde. Hilfsweise trug sie vor, dass die Theorie der wirtschaftlichen Einheit keine Ausweitung der Haftung in absteigender Linie, wie sie das vorliegende Gericht anführe, erlaube. Die mit dem Fall befassten Gerichte beurteilten die Rechtslage unterschiedlich.

In der ersten Instanz scheiterte die *Sumal S.L.* zunächst mit ihrer Klage vor dem Handelsgericht Nr. 7 von Barcelona. Nach dessen Auffassung war die *Daimler AG* – also die Muttergesellschaft in Deutschland – für den Kartellverstoß allein verantwortlich und damit die richtige Beklagte. In der zweiten Instanz referenzierte das Provinzialgericht Barcelona in seinem Urteil die unterschiedlichen Auffassungen der spanischen Gerichte zur kartellrechtlichen Konzernhaftung. Tatsächlich war die streitentscheidende Frage nach der Haftung der am Kartell nicht beteiligten Tochtergesellschaft zuvor unterschiedlich beantwortet worden. Einige spanische Gerichte ließen eine solche Möglichkeit in Anwendung der Theorie der wirtschaftlichen Einheit zu, während andere sie mit der Erwägung ablehnten, dass diese Theorie zwar erlaube, die zivilrechtliche Haftung für das wettbewerbswidrige Verhalten einer Tochtergesellschaft der Muttergesellschaft zuzurechnen, aber den umgekehrten Vorgang ohne Kontrolle der Ersteren über die Letztere nicht zulasse. Angesichts dieser Unsicherheiten

in der Beurteilung setzte das Provinzialgericht den Rechtsstreit aus und legte die einschlägigen Rechtsfragen dem EuGH zur Entscheidung vor.

2. Problemstellung

Die Besonderheit des *Sumal*-Falles lag wie erwähnt darin, dass vorliegend eine sog. *Downstream*-Konstellation der „Haftungszurechnung“ gegeben war. Streitgegenständlich waren die Grundlagen und die Reichweite einer etwaigen Schadensersatzhaftung der beherrschten ausländischen Tochtergesellschaft für das Verhalten der sie beherrschenden Muttergesellschaft. Typischerweise wird an den umgekehrten Fall, d.h. an die sog. *Upstream*-Konstellation angeknüpft, welche die Haftung der Muttergesellschaft für das kartellrechtswidrige Verhalten der Tochter betrifft. In den bisher entschiedenen Fällen der Verantwortungszurechnung im Kartellbußgeldrecht ging es um die maßgebliche Frage nach der Beherrschung der Tochter durch die Mutter kraft eines (nahezu) vollständigen Anteilsbesitzes, d.h. bei 98% bis 100% (und ggf. weiterer Faktoren).

In *Downstream*-Konstellationen ist fraglich, ob das für *Upstream*-Konstellationen maßgebliche Kriterium der Kontrolle überhaupt relevant ist, denn es ist offensichtlich, dass die Tochtergesellschaft nicht die sie besitzende Muttergesellschaft beherrschen kann, sondern nur umgekehrt. Somit ist zu fragen, ob bei der zivilrechtlichen Haftungszurechnung von der Mutter auf die Tochter auf das bisher zentrale Entscheidungskriterium der Kontrolle völlig verzichtet werden kann. Wenn das der Fall wäre, wie sollte ein „absteigender“ Vorgang der Verantwortungszurechnung gerechtfertigt werden, demzufolge die Tochtergesellschaft für die durch das wettbewerbswidrige Verhalten der Muttergesellschaft verursachten Schäden gegenüber Dritten haftet?²

Aus *Sumal* ergeben sich außerdem mehrere Folgefragen, auf die hier unter IV. eingegangen wird. Zunächst soll in groben Zügen die Rechtsentwicklung zu der schillernden Rechtsfigur der „wirtschaftlichen Einheit“ im europäischen Kartellrecht nachgezeichnet werden. Das erfordert vorab einen Blick auf die strukturellen Parallelen im Kartellbußgeldrecht und bei der Haftung im Fall der Unternehmensnachfolge. Anschließend werden die Schlussanträge des GA *Pitruzzella* und das Urteil des EuGH in Sachen *Sumal* vorgestellt und kritisch gewürdigt.

2 Schlussanträge des GA *Pitruzzella* v. 15.4.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:293 Rn. 2 – *Sumal*/Mercedes Benz Trucks España.

II. Historische Entwicklung der Konzeption der „wirtschaftlichen Einheit“ im Unionskartellrecht

1. Die „wirtschaftliche Einheit“ im Kartellbußgeldrecht

a) Bußgeldhaftung der Muttergesellschaft für Zuwiderhandlung von Tochtergesellschaften oder Enkelgesellschaften im (Nahezu-)Alleinbesitz

Seit den Urteilen des EuGH in den Rechtssachen *Akzo Nobel*³ (2009) und *General Química*⁴ (2011) gilt im europäischen Kartellbußgeldrecht eine widerlegliche Vermutung für die Ausübung bestimmenden Einflusses, wenn die Muttergesellschaft 100% (oder zumindest nahezu 100%) der Anteile an der Tochtergesellschaft besitzt. Das hat zur Folge, dass eine wirtschaftliche Einheit und damit eine entsprechende bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit der Muttergesellschaft besteht. Die Haftungsvermutung kraft 100%-igen Anteilsbesitzes greift auch im Fall lediglich mittelbarer Kontrolle, d.h. in dem Fall, dass eine Enkelgesellschaft den relevanten Kartellverstoß begangen hat.

Für die Zurechnung des kartellrechtswidrigen Verhaltens der Tochtergesellschaft zur Muttergesellschaft ist nicht erforderlich, dass diese selbst wirtschaftlich aktiv ist.⁵ Daher werden auch Holdinggesellschaften und Stiftungen⁶ von diesen extensiven Zurechnungsgrundsätzen des EuGH erfasst. Entsprechendes gilt zudem für – rein finanziell motivierte – Investmentgesellschaften und Investmentbanken. Die Bußgeldhaftung greift selbst dann, wenn keine 100%-ige Kapitalbeteiligung an der Beteiligungsgesellschaft vorliegt, aber der Anteil der Stimmrechte diese Voraussetzung erfüllt, so dass daraus eine Stellung resultiert, die derjenigen eines Alleineigentümers vergleichbar ist.⁷ Entscheidend ist letztlich die Ausübung des bestimmenden Einflusses durch den Finanzinvestor. Unter den genannten Voraussetzungen unterliegen die beteiligten Unternehmen gemäß Art. 23 Abs. 2 VO

3 EuGH, Urt. v. 10.9.2009 – Rs. C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536 – *Akzo Nobel u.a./Kommission*.

4 EuGH, Urt. v. 20.1.2011 – Rs. C-90/09 P, ECLI:EU:C:2011:21 – *General Química/Kommission*.

5 EuGH, Urt. v. v. 20.1.2011 – Rs. C-90/09 P, ECLI:EU:C:2011:21 Rn. 87 – *General Química/Kommission*.

6 EuGH, Urt. v. 11.7.2013 – Rs. C-440/11 P, ECLI:EU:C:2013:514 – *Kommission/Stichting Administratiekantoor Portielje und Gosselin Group*.

7 EuGH, Urt. v. 27.1.2021 – Rs. C-595/18 P, ECLI:EU:C:2021:73 – *Goldmann Sachs Group/Kommission*.

1/2003 einer gesamtschuldnerischen Bußgeldhaftung. Im Innenverhältnis können sich zwar unterschiedliche Haftungsanteile ergeben, über deren Höhe aber nicht die Kommission entscheidet, sondern ggf. die nationalen Gerichte zu bestimmen haben (sog. *Gesamtschuldnerausgleich*, vgl. § 426 BGB).⁸ Als Auffangregel kann (nach nationalem Zivilrecht) auch eine Haftung nach Kopfteilen in Betracht kommen.

b) Bußgeldhaftung für Gemeinschaftsunternehmen

Vergleichbare Haftungsgrundsätze gelten nach der Rspr. des EuGH auch für den Fall, dass zwei Muttergesellschaften je 50 % der Anteile an einem Gemeinschaftsunternehmen (GU) gehören, d.h. bei sog. *joint ventures*.⁹ Üben die beiden Muttergesellschaften entscheidenden Einfluss auf ein je hälftig gehaltenes GU aus, bilden sie mit diesem jeweils eine wirtschaftliche Einheit (engl. *a single economic unit*) und sind daher insgesamt als ein Unternehmen (engl. *a single undertaking*) i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV anzusehen.¹⁰ Die Verhängung einer Geldbuße gegen eine Muttergesellschaft setzt nach der Rspr. des EuGH nicht voraus, dass die Kommission ein Verfahren gegen die am Kartell beteiligte Tochtergesellschaft (also gegen das GU) durchgeführt hat.¹¹

Eine bußgeldrechtliche Mithaftung für Kartellverstöße eines GU kommt ferner bei Minderheitsgesellschaftern in Betracht.¹² Der EuGH verzichtet bei der Begründung der wirtschaftlichen Einheit ggf. auf förmliche Beziehungen zwischen der Mutter- und der Tochtergesellschaft und lässt ggf. personelle Verflechtungen zwischen den beiden rechtlichen Einheiten ausreichen.¹³ Die Ausübung eines bestimmenden Einflusses der Mutter- auf die Tochtergesellschaft könne dabei

8 EuGH, Urt. v. 10.4.2014, verb. Rss. C-231/11 P bis C-233/11 P, ECLI:EU:C:2014:256 – Kommission/Siemens Österreich u.a. (gasisolierte Schaltanlagen).

9 EuGH, Urt. v. 26.9.2013 – Rs. C-172/12 P, ECLI:EU:C:2013:601 – EI du Pont de Nemours/Kommission; EuGH v. 26.9.2013 – Rs. C-179/12 P, ECLI:EU:C:2013:605 – The Dow Chemical Company/Kommission; EuG v. 11.7.2014 – Rs. T-543/08, ECLI:EU:T:2014:627 – RWE und RWE Dea.

10 EuGH, ebd.

11 EuGH, Urt. v. 14.9.2017, verb. Rs. C-588/15 P und C-622/15, ECLI:EU:C:2017:679 – LG Electronics und Koninklijke Philips Electronics/Kommission.

12 EuGH, Urt. v. 18.1.2017 – Rs. C-623/15 P, ECLI:EU:C:2017:21 – Toshiba Corp./Kommission.

13 EuGH, ebd.

„aus einem Bündel übereinstimmender Umstände hergeleitet werden, auch wenn keiner dieser Umstände für sich allein genügt, um die Existenz eines solchen Einflusses zu belegen.“¹⁴

Eine solche Haftung ist beispielsweise denkbar, wenn dem Minderheitsgesellschaftler Vetorechte eingeräumt wurden, die sich auf den Geschäftsplan (mithin auf die wesentliche Tätigkeit des GU, seine finanziellen Ziele und seine wesentliche strategische Planung) beziehen. Daran wird deutlich, dass das Abstellen auf einen hohen Anteilsbesitz zwar im Regelfall ausreichend ist, um den beherrschenden Einfluss der Muttergesellschaft zu begründen, dass daneben aber durchaus weitere Kriterien herangezogen werden können. Der beherrschende Einfluss kann insbesondere durch die Einräumung von besonderen Rechten sowie durch die Ausübung eines persönlichen Einflusses begründet werden. Aus der schillernden Rechtsfigur der wirtschaftlichen Einheit ergeben sich somit weitreichende bußgeldrechtliche Haftungsfolgen.

c) Kritik an der Akzo-Rechtsprechung

Die – inzwischen ständige und gefestigte – „Akzo-Rechtsprechung“ (und die gleichlautende Kommissionspraxis) hat zu Recht viel Kritik erfahren. Trotz des unbestritten hohen Rangs, den das Effektivitätsprinzip bei der Durchsetzung des Unionskartellrechts genießt, bestehen insoweit ernstzunehmende rechtsstaatliche Bedenken. Das System der Bußgeldverhängung gemäß den „Akzo-Grundsätzen“ ist vor allem deshalb fragwürdig, weil es die rechtliche Eigenständigkeit der Konzerngesellschaften gemäß dem fundamentalen (kapital)gesellschaftsrechtlichen *Trennungsgrundsatz*¹⁵ negiert und auf diese Weise *de facto* zu einer systemfremden Struktur- oder Erfolgshaftung führt.¹⁶ Dies steht in einem eklatanten Widerspruch zu dem Rechtsträgerprinzip, welches für das Bußgeldrecht prägend ist.¹⁷ Wenig

14 EuGH, Urt. v. 18.1.2017 – Rs. C-623/15 P, ECLI:EU:C:2017:21 Rn. 46 f. – Toshiba Corp./Kommission; EuGH, Urt. v. 27.1.2021 – Rs. C-595/18 P, ECLI:EU:C:2021:73 Rn. 67 – Goldmann Sachs Group/Kommission.

15 Siehe dazu aus gesellschaftsrechtlicher und wohlfahrtsökonomischer Perspektive D. Poelzig, AG 2023, 97 ff.; T. Ackermann, ZEuP 2023, 529 ff.

16 K. Voet van Vormizeele, WuW 2010, 1008, 1014; M. Kling, WRP 2010, 506 ff.; M. Kling, ZWeR 2011, 169 ff.

17 D. Poelzig, AG 2023, 97.

überraschend zeigen sich verschiedene Gesellschaftsrechtswissenschaftler Deutschlands „[...] befremdet von der Bedenkenlosigkeit, mit der der EuGH in seinen kartellrechtlichen Urteilen die personen- und vermögensrechtliche Trennung zwischen Konzerngesellschaften übergeht“.¹⁸ Diese Kritik ist vor dem Hintergrund, dass das kapitalgesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip „durch wesentliche wohlfahrtsökonomische Vorteile legitimiert und verfassungs- sowie unionsrechtlich verankert werden“,¹⁹ besonders überzeugend. Die wirtschaftliche Einheit könnte sich deshalb mittelfristig zu einem „Zankapfel zwischen Kartell- und Gesellschaftsrecht“ entwickeln.²⁰

Richtigerweise sollte die Haftungszurechnung an den positiven Nachweis geknüpft werden, dass die Muttergesellschaft bei einer tatsächlich ausgeübten Einflussnahme von dem kartellrechtswidrigen Verhalten hätte wissen und dieses hätte verhindern können. Im Kartellrecht geht es um die Begründung einer Verhaltenshaftung, und Generalanwalt Colomer hat diesbezüglich einmal ganz treffend festgestellt: „Man darf einer juristischen Person nicht einen Verstoß zurechnen, den sie nicht begangen hat.“²¹ (Nur) im Fall der Verhaltenshaftung würde zugleich ein Anreiz für die Muttergesellschaft geschaffen, „durch den Einsatz ihrer Leitungsmacht an der Prävention von Kartellverstößen auf der Ebene der Tochtergesellschaft mitzuwirken“.²² Anders gefragt: Warum sollte die Konzernmutter aktiv auf die Vermeidung von Kartellverstößen ihrer Tochtergesellschaften hinwirken (z.B. durch Compliance-Programme), wenn sie ohnehin für diese Verstöße mithaftend muss? Sie könnte sich die Kosten für Kartellrechtsschulungen in ihren Tochterunternehmen von vornherein sparen.

Auf die oben geäußerte Kritik könnte man zwar replizieren, dass die Haftungsvermutung bei (nahezu) 100%-igem Anteilsbesitz nach der Rechtsprechung des EuGH eine widerlegliche ist, sodass ein Anreiz zur Haftungsvermeidung durchaus bestehen könnte. Dieses Argument verfängt aber im Ergebnis ebenso wenig. Nach der Konzeption des EuGH muss die Tochtergesellschaft (also nicht die Kommission) diejenigen Umstände anführen, die geeignet sind, die Kontrollbefugnis der Muttergesellschaft zu widerlegen. Sie hat also die Darlegungs- und Beweislast für die „Enthftung“. Aus

18 T. Ackermann, ZEuP 2023, 529 (531).

19 D. Poelzig, AG 2023, 97 (105).

20 T. Ackermann, ZEuP 2023, 529 (530).

21 Schlussanträge des GA Colomer v. 11.2.2003 – Rs. C-204/00 P, ECLI:EU:C:2003:85 – Aalborg Portland A/S/Kommission).

22 So offenbar generell T. Ackermann, ZEuP 2023, 529 (542).

der Rechtsprechung der Unionsgerichte ergibt sich allerdings nicht einmal ansatzweise, welche konkreten Voraussetzungen für die Widerlegung der Vermutung gelten sollen und wie die Enthftung der Muttergesellschaft in der Praxis gelingen könnte. Die vagen Kernaussagen des EuGH dazu im Fall *Evonik Degussa*²³ lauten, dass die Muttergesellschaft dem Unionsrichter alle Angaben in Bezug auf die organisatorischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Verbindungen zwischen ihr und der Tochtergesellschaft vorlegen muss, die dem Nachweis dienen können, dass sie keine wirtschaftliche Einheit bilden. GA *Pitruzzella* gibt in seinen Schlussanträgen im Fall *Sumal* selbst zu, dass der Nachweis (scil. die Widerlegung der Vermutung) „äußerst schwer zu erbringen sei“.²⁴ Damit verfängt der Hinweis auf die widerlegliche Vermutung letztlich nicht und die grundsätzliche Kritik an der „Akzo-Rechtsprechung“ ist – ungeachtet der Widerleglichkeit der Haftungsvermutung – berechtigt.

d) Vorläufer für Sumal in der Rechtsprechung?

In diesem Zusammenhang werden in der Literatur verschiedene Fälle diskutiert, die möglicherweise als Vorbild für die *Sumal*-Rechtsprechung dienen könnten (sie bezogen sich allerdings zum Teil auf das Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV). Hierzu kann festgestellt werden, dass die Qualifizierung der Tochtergesellschaften als Mithaftende jeweils auf einem durch sie selbst verwirklichten Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht beruhte. In den Rechtssachen *Biogaran*²⁵, *Istituto Chemioterapico Italiano*²⁶, *Hugin Cash Registers*²⁷ und *Johnson & Johnson*²⁸ wurden die weisungsunterworfenen Gesellschaften jeweils mit einem Bußgeld belegt, weil sie selbst Teile der Zuwiderhandlung begangen hatten. Die konkrete Bußgeldhöhe bemaf sich allerdings nicht allein anhand ihres eigenen Verhaltens, sondern fußte

23 EuGH, Urt. v. 16.6.2016 – Rs. C-155/14 P, ECLI:EU:C:2016:446 – Evonik Degussa und AlzChem.

24 Schlussanträge des GA *Pitruzzella* v. 15.4.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:293 Rn. 43 – *Sumal/Mercedes Benz Trucks España*.

25 EuG, Urt. v. 12.12.2018 – Rs. T-677/14, ECLI:EU:T:2018:910 – *Biogaran/Kommission*.

26 EuGH, Urt. v. 6.3.1974 – Rs. 6/73, ECLI:EU:C:1974:18 – *Istituto Chemioterapico Italiens und Commercial Solvents Corporation/Kommission*.

27 EuGH, Urt. v. 31.5.1979 – Rs. 22/78, ECLI:EU:C:1979:138 – *Hugin/Kommission*.

28 Kommission, Entscheidung v. 25.11.1980, Fall IV/29.702, ABl. Nr. L 377 vom 31.12.1980, S. 16 ff. – *Johnson & Johnson*.

daneben auf den Handlungen der Mutter- bzw. Schwestergesellschaften. Deshalb kam es in all diesen Fällen tatsächlich zu einer Mithaftung der Tochter für ein Verhalten der Mutter und der Schwester. In der Literatur wird plastisch von einer „Sanktionsbündelung“ gesprochen.²⁹ Vor diesem Hintergrund wäre es verfehlt, von einer Vorbildfunktion der genannten Urteile für die *Sumal*-Rechtsprechung auszugehen.

2. Wirtschaftliche Einheit und Rechtsnachfolge

a) Das Skanska-Urteil des EuGH

In der Rechtssache *Skanska Industrial Solutions*³⁰ hatte der EuGH im Jahr 2019 über einen Fall der kartellrechtlichen Haftung bei Rechtsnachfolge zu entscheiden. Ausweislich dieses Urteils ergeben sich der Anspruch auf Schadensersatz und die Frage nach dem richtigen Schuldner kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche – also die Passivlegitimation – unmittelbar aus dem EU-Primärrecht. Diese Erkenntnis ist auf den ersten Blick nicht besonders überraschend, gleichwohl wurde *Skanska* vielfach als spektakulär empfunden. Da in *Skanska* vordergründig die Frage der Haftung bei Rechtsnachfolge von Unternehmen betroffen war, blieb allerdings unklar, welche konkreten Auswirkungen dieser Fall für die Kartellrechtsdogmatik im Übrigen haben würde. Konkret ging es nämlich (nur) um die Frage, ob ein Kartellgeschädigter auch Unternehmensnachfolger der Kartellanten auf Schadensersatz in Anspruch nehmen kann. Die an der Zuwiderhandlung ursprünglich beteiligten Gesellschaften waren zwischenzeitlich liquidiert und ihr Geschäft von anderen Rechtsträger fortgeführt worden. Der EuGH hielt in dieser Konstellation – unter Rückgriff auf den tradierten bußgeldrechtlichen Grundsatz der sog. *wirtschaftlichen Kontinuität* – auch den jeweiligen Rechtsnachfolger für haftbar, weil es sich wirtschaftlich und funktionell um dasselbe Unternehmen gehandelt habe. Das ist ein Ansatz, der sich mit der seit 1999 bestehenden Rechtsnachfolgehaftung gemäß der sog. *Anic-Rule* (benannt nach dem EuGH-Urteil in der Rechtssache *Anic Partecipazioni*³¹) deckt.

29 T. Bauernmeister, NZKart 2021, 385 (388).

30 EuGH, Urt. v. 14.3.2019 – Rs. C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 – Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions.

31 EuGH, Urt. v. 8.7.1999 – Rs. C-49/92, ECLI:EU:C:1999:356 – Kommission/Anic Partecipazioni.

Die Anerkennung einer Rechtsnachfolgehaftung im Kartellrecht ist insoweit überzeugend, als die praktische Wirksamkeit des Kartellverbots beeinträchtigt wäre, wenn Umstrukturierungen und sonstige organisatorische Änderungen es erlauben würden, sich bewusst einer kartellrechtlichen Haftung zu entziehen. Der EuGH gelangt zur Annahme einer Nachfolgehaftung, indem er die Passivlegitimation als solche unmittelbar in Art. 101 AEUV verankert, anstatt sie dem mitgliedstaatlichen Recht zu überlassen. Dabei wendet er bei der Lösung von Rechtsnachfolgefragen im Kartellbußgeldrecht und im Kartellzivilrecht einheitliche Grundsätze an, d.h. er betrachtet den Unternehmensbegriff in beiden Teilgebieten des Kartellrechts als identisch.³² Diese Einheitlichkeit in der Rechtsanwendung ist systematisch stimmig. Mittels der autonomen Auslegung des Unionskartellrecht überwindet er zugleich Hindernisse, die sich u.a. aus dem nationalen Kapitalgesellschaftsrecht (Stichwort: *Trennungsgrundsatz*) oder aus verfassungsrechtlichen Prinzipien wie dem *Grundsatz der Rechtssicherheit* bzw. dem *Rückwirkungsverbot* ergeben können.

b) Kritik am Skanska-Urteil in der Literatur

Skanska hat viel Zustimmung erhalten, aber auch Widerspruch hervorgerufen. Die Kritiker monieren unter anderem, dass es ausgehend von der Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen *Manfredi*³³ und *Kone*³⁴ überzeugender gewesen wäre, die praktische Wirksamkeit der Wettbewerbsregeln im nationalen rechtlichen Kontext wie auch sonst über die Grundsätze der *Äquivalenz* und der *Effektivität* zu gewährleisten.³⁵ Das ist ein tragfähiger Einwand. Die genannten Grundsätze werden seitens der Unionsorgane nämlich überall dort angewandt, wo nicht die Europäische Union, sondern die Mitgliedstaaten die Gesetzgebungskompetenz haben. Diese Aussage ist sowohl im Bereich des Schadensersatzrechts als auch im Zivilprozessrecht – auch außerhalb kartellrechtlicher Fallgestaltungen – gültig.

32 C. Kersting/J. Otto, NZKart 2021, 651.

33 EuGH, Urt. v. 13.7.2006 – Rs. C-295/04, ECLI:EU:C:2006:461 – Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni.

34 EuGH, Urt. v. 5.6.2014 – Rs. C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 – Kone AG u.a./ÖBB-Infrastruktur AG.

35 Näher dazu R. Harms/P. Kirst, EuZW 2019, 377 ff.

c) Bedeutung des Skanska-Urteils im Gesamtkontext

Zunächst blieb unklar, ob der EuGH die in *Skanska* getroffenen Aussagen auf die Rechtsnachfolgehaftung im Bereich des Kartellschadensersatzes beschränkt sehen oder damit zugleich den Weg für eine unionskartellrechtliche Konzernhaftung ebnen wollte. Teilweise wurde unmittelbar nach Erlass des Urteils vertreten (oder zumindest prognostiziert), dass ihm sogar eine universelle Anwendung des unionsrechtlichen Unternehmensbegriffs auf die Bestimmung des zum Schadensersatz Verpflichteten zu entnehmen sei.³⁶ Auf jeden Fall wurde die Relevanz dieser Rechtsprechung für Unternehmenstransaktionen erkannt.³⁷ Im Nachhinein erweist sich der Lösungsansatz in *Skanska* gleichsam als „Sprungbrett“ zu der vom EuGH nunmehr in *Sumal* formulierten haftungsrechtlichen Konzeption, die ebenfalls an dem Konzept der wirtschaftlichen Einheit anknüpft.³⁸

Diese Interpretation ist erschien allerdings zunächst keineswegs als zwingend. Denn wie *Palzer*³⁹ zu Recht sagt, unterscheidet sich der Sachverhalt im Fall *Skanska* sowohl strukturell als auch wertungsmäßig von der typischen Konzernhaftungskonstellation. Bei der Haftung der Mutter für Kartellverstöße der Tochter im Kartellbußgeldrecht ist maßgebend, dass mehrere Konzerngesellschaften – gesteuert durch den bestimmenden Einfluss der Mutter – einheitlich am Markt agieren, bei der Nachfolgehaftung dagegen, dass eine wirtschaftliche Aktivität von einem Rechtsträger selbstbestimmt fortgeführt wird und – wertungsmäßig –, dass den Gläubigern nicht durch Umstrukturierungen der Schuldner entzogen werden soll. Gleichwohl sei konzediert, dass *Kersting* die künftige Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung zur Konzernhaftung zutreffend prognostiziert hat.⁴⁰

36 So namentlich C. Kersting, WuW 2019, 290 (297 ff.).

37 R. Harms/P. Kirst, EuZW 2019, 377 (379).

38 C. Kersting, WuW 2019, 290 ff.; C. Kersting/J. Otto, NZKart 2021, 651 ff.

39 C. Palzer, EWS 2022, 23 (27).

40 C. Kersting, WuW 2019, 290 ff.

III. Inhalt und Analyse der Schlussanträge und der Urteilsgründe im Fall Sumal

1. Die Schlussanträge des Generalanwalts Pitruzzella

a) Die Entwicklung einer neuartigen Haftungskonzeption auf Basis der „wirtschaftlichen Einheit“

Der vorläufige Endpunkt der Entwicklung stellt die *Sumal*-Rechtsprechung dar, die maßgeblich von GA *Pitruzzella* vorbereitet wurde. Dieser stellt in seinen Schlussanträgen auf die wirtschaftliche Einheit, „*die wie ein einziges Unternehmen auf dem Markt handelt*“, als Grundlage für die gesamtschuldnerische Haftung der Muttergesellschaft und der Tochtergesellschaft ab.⁴¹ Seines Erachtens gibt es keinen logischen Grund, warum die Zuordnung der Haftung nicht nur im „aufsteigenden“ Sinn (von der Tochtergesellschaft zur Muttergesellschaft), sondern auch im „absteigenden“ Sinn (von der Muttergesellschaft zur Tochtergesellschaft) erfolgen können sollte.⁴² Damit votiert er für die Möglichkeit eines sog. *umgekehrten Sanktionsdurchgriffs*.⁴³

Freilich genügt das Kriterium des bestimmenden Einflusses der Muttergesellschaft auf die Geschäftspolitik der Tochtergesellschaften nur im Fall der aufsteigenden Haftung, um die Haftung der Muttergesellschaft zu begründen.⁴⁴ Im Fall der Haftung in absteigender Linie, in dem die Muttergesellschaft die Zuwiderhandlung begeht, soll sich die Einheitlichkeit der wirtschaftlichen Tätigkeit nach Ansicht des Generalanwalts jedoch daraus ergeben, dass die Tätigkeit der Tochtergesellschaft gewissermaßen für die Verwirklichung des wettbewerbswidrigen Verhaltens erforderlich ist (z.B. weil die Tochtergesellschaft die kartellbefangenen Güter verkauft).⁴⁵ Auf das Kriterium eines bestimmenden Einflusses kommt es jedenfalls in *Downstream*-Konstellationen nicht an.⁴⁶

41 Schlussanträge des GA Pitruzzella v. 15.4.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:293 Rn. 38, 40 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España.

42 Schlussanträge des GA Pitruzzella v. 15.4.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:293 Rn. 52 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España.

43 *D. Poelzig*, AG 2023, 97 (102).

44 Schlussanträge des GA Pitruzzella v. 15.4.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:293 Rn. 56 f. – Sumal/Mercedes Benz Trucks España.

45 Schlussanträge des GA Pitruzzella v. 15.4.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:293 Rn. 57 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España.

46 So schon *C. Kersting*, WuW 2019, 290 (294).

Das Neuartige an der Konzeption des GA *Pitruzzella* besteht darin, dass die Tätigkeit der Tochtergesellschaft für die wirtschaftliche Einheit zum entscheidenden Zurechnungskriterium gemacht wird. Nur wenn eine Tochtergesellschaft eine Tätigkeit ausübt, die außerhalb desjenigen wirtschaftlichen Bereichs liegt, in dem die Gesellschaft, die sie hält, die wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen an den Tag gelegt hat, bestehe keine gesamtschuldnerische Haftung der Ersteren für die wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen der Letzteren.⁴⁷

Folglich gelten für *Upstream*- und *Downstream*-Konstellationen unterschiedliche Kriterien. Für die Zwecke der Anerkennung einer Haftung in absteigender Linie ist nach diesem Haftungsmodell allein entscheidend, dass die Tochtergesellschaft in demselben Bereich tätig ist, in dem die Muttergesellschaft das wettbewerbswidrige Verhalten an den Tag gelegt hat, und dass sie durch ihr Marktverhalten die Konkretisierung der Auswirkungen der Zuwiderhandlung ermöglicht hat.⁴⁸

b) Antizipierte Kritik des Generalanwalts

Offensichtlich war sich der Generalanwalt bewusst, dass die von ihm vorgeschlagene Lösung angreifbar erscheint. Er antizipiert zumindest einen Teil der möglichen Kritik. Diese knüpft an drei verschiedenen Punkten an, nämlich dem Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit, der fehlenden Rechtspersönlichkeit der wirtschaftlichen Einheit und dem Grundsatz der Autonomie juristischer Personen.

aa) Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit

Den Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit sieht GA *Pitruzzella* nicht als verletzt an. Die wirtschaftliche Einheit sei als Wirtschaftsteilnehmer, der auf dem Markt einheitlich handelt, für Kartellverstöße ihrer Bestandteile verantwortlich.⁴⁹ Sieht man wie der Generalanwalt die wirt-

47 Schlussanträge des GA *Pitruzzella* v. 15.4.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:293 Rn. 58 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España.

48 Schlussanträge des GA *Pitruzzella* v. 15.4.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:293 Rn. 59 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España.

49 Schlussanträge des GA *Pitruzzella* v. 15.4.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:293 Rn. 46 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España.

schaftliche Einheit selbst als den maßgeblichen Kartelltäter an, haften deren Träger für den Verstoß, auch wenn sie selbst keinen konkreten Tatbeitrag geleistet haben.

bb) Fehlende Rechtspersönlichkeit der wirtschaftlichen Einheit

Die fehlende Rechtspersönlichkeit der wirtschaftlichen Einheit stört den Generalanwalt ebenfalls nicht. Das entspricht allerdings der ganz herrschenden Ansicht, die für den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff die Rechtsfähigkeit nicht verlangt.⁵⁰

cc) Autonomie juristischer Personen

Des Weiteren identifiziert der Generalanwalt zwar einen möglichen Konflikt mit dem Grundsatz der Autonomie juristischer Personen und der beschränkten Haftung der Kapitalgesellschaften.⁵¹ Er verweist aber zugleich darauf, dass der Grundsatz der Autonomie juristischer Personen „nicht zwingend“ sei und in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten und im internationalen Bereich neben dem Gedanken der wirtschaftlichen Einheit der Gruppe bestehe. Außerdem existierten verschiedene auf der Durchgriffshaftung beruhende Theorien mit dem Zweck, die „Unternehmenshaftung“ bei den Bestandteilen einer Unternehmensgruppe geltend zu machen. Dementsprechend gebe es Ansätze in der Lehre, die für eine Ablehnung der beschränkten Haftung innerhalb der Unternehmensgruppen sprächen.⁵² Die Ausführungen zu diesen Prinzipien des nationalen Unternehmensrechts sind recht oberflächlich und pauschal und können daher insgesamt nicht befriedigen. Die seither geäußerte harsche Kritik aus dem Kreis der deutschen Gesellschaftsrechtswissenschaftler belegt eindrücklich, dass der Generalanwalt die volle Dimension des kapitalgesellschaftsrechtlichen Trennungsgrundsatzes offenbar nicht erkannt, zumindest aber nicht als streiterheblich angesehen, hat.

50 Schlussanträge des GA *Pitruzzella* v. 15.4.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:293 Rn. 46 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España.

51 Schlussanträge des GA *Pitruzzella* v. 15.4.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:293 Rn. 47 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España.

52 Schlussanträge des GA *Pitruzzella* v. 15.4.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:293 Rn. 47 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España.

2. Die Sumal-Entscheidung des EuGH

Die Große Kammer des EuGH folgt in *Sumal* im Wesentlichen der neuen Haftungskonzeption des Generalanwalts für *Downstream*-Konstellationen und lässt somit sog. *Follow-on*-Klagen gegen eine von der Bußgeldentscheidung der Kommission nicht betroffene Tochtergesellschaft zu, sofern diese mit der Muttergesellschaft eine wirtschaftliche Einheit bildet. Dabei modifiziert der EuGH entsprechend den Vorschlägen des Generalanwalts den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff ganz erheblich.

Die Beherrschung der Tochtergesellschaft durch die Mutter spielt nach *Sumal* in *Downstream*-Konstellation keine entscheidende Rolle mehr, und das ist sicherlich eine wesentliche neue Erkenntnis.⁵³ Vielmehr würde eine nationale Vorschrift, die – entsprechend der bisher anerkannten Haftungskonzeption – vorsähe, dass die Haftung für das Verhalten einer Gesellschaft einer anderen Gesellschaft nur dann zugerechnet werden kann, wenn die zweite Gesellschaft die erste Gesellschaft kontrolliert, nach Ansicht des EuGH gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoßen. Allerdings verlangt der EuGH wie der Generalanwalt einen (wie auch immer gearteten) „Zusammenhang“ zwischen der Tätigkeit der Tochtergesellschaft und der kartellrechtswidrigen Vereinbarung.

Die zentrale Überlegung wird vom EuGH in den Urteilsgründen vorangestellt: Es geht um den viel beschworenen *effet utile*, d.h. um die praktische Wirksamkeit des Unionskartellrechts. Ausgehend von den Urteilen *Courage/Crehan*⁵⁴ (2001) und *Skanska*⁵⁵ (2019) postuliert der EuGH in *Sumal* erneut, dass die volle Wirksamkeit von Art. 101 AEUV und insbesondere die praktische Wirksamkeit des europäischen Kartellverbots beeinträchtigt wären, wenn nicht *jedermann* Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch den jeweiligen Kartellverstoß entstanden ist.⁵⁶ Die Bestimmung der zum Ersatz des durch eine Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV verursachten Schadens verpflichteten Einheit werde unmittelbar

53 Siehe dazu schon C. Kersting, WuW 2019, 290 (294).

54 EuGH, Urt. v. 20.9.2001 – Rs. C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 – *Courage/Bernard Crehan* und *Bernard Crehan/Courage* u.a.

55 EuGH, Urt. v. 14.3.2019 – Rs. C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 – *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions*.

56 EuGH, Urt. v. 6.10.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 Rn. 33 – *Sumal/Mercedes Benz Trucks España*.

durch das Unionsrecht geregelt.⁵⁷ Dieses *jedermann* zustehende Recht auf Schadensersatz erhöhe die Durchsetzungskraft der europäischen Wettbewerbsregeln und trage zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs in der Europäischen Union bei.⁵⁸

Zudem wird die Geltendmachung des Kartellschadensersatzes in einem Zusammenhang mit dem kartellbehördlichen Vorgehen gestellt. Der EuGH spricht ausdrücklich von dem „*Abschreckungsziel*“, das den Kern des Handelns der Kommission bilde. Er sieht den Schadensersatzanspruch als Verstärkung dieser Zielsetzung und im Sinne einer Verhaltenslenkung der Unternehmen. Die Zubilligung von Schadensersatz sei somit nicht nur geeignet, den unmittelbaren Schaden zu beseitigen, der der betreffenden Person angeblich entstanden ist, sondern auch die mittelbaren Schäden an der Struktur und dem Funktionieren des Marktes, der nicht seine volle wirtschaftliche Effizienz insbesondere zugunsten der betroffenen Verbraucher entfalten konnte.⁵⁹ Wie schon im *Skanska*-Urteil dargelegt, bilden aus Sicht des EuGH das *public enforcement* und das *private enforcement* der europäischen Wettbewerbsregeln „einen integralen Bestandteil des Systems zur Durchführung dieser Vorschriften bilden, das darauf abzielt, wettbewerbswidriges Verhalten der Unternehmen zu ahnden und diese von der Beteiligung an solchem Verhalten abzuhalten“.⁶⁰

Dieser Funktionszusammenhang zwischen *public enforcement* und *private enforcement* ist demnach vor dem Hintergrund des *effet utile* des Unionsrechts die eigentliche dogmatische Grundlage für das gefundene Ergebnis, während die angeführten „*Tatbestandsmerkmale*“ dieser Haftung wenig konturiert, ja vage sind. Auf der Ebene der Normauslegung folgt daraus, dass der Unternehmensbegriff des Unionskartellrechts bei der Verhängung von Geldbußen durch die Kommission nach Art. 23 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 die gleiche Bedeutung hat wie bei Schadensersatzansprüchen wegen Verstoßes gegen die Wettbewerbsregeln der Union.⁶¹ Für den Unter-

57 EuGH, Urт. v. 6.10.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 Rn. 34 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España.

58 EuGH, Urт. v. 6.10.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 Rn. 35 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España.

59 EuGH, Urт. v. 6.10.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 Rn. 36 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España.

60 EuGH, Urт. v. 6.10.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 Rn. 37 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España.

61 EuGH, Urт. v. 6.10.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 Rn. 38 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España; so schon *Skanska* Rn. 47.

nehmensbegriff bzw. die wirtschaftliche Einheit wird als entscheidendes Kriterium das Vorhandensein eines einheitlichen Verhaltens auf dem Markt festgestellt. Die formale Trennung zwischen verschiedenen Unternehmen, die ihr angehören, spielt hingegen keine Rolle.⁶² Die wirtschaftliche Einheit besteht in einer einheitlichen Organisation persönlicher, materieller und immaterieller Mittel, die dauerhaft einen bestimmten wirtschaftlichen Zweck verfolgt und die an einer Zuwiderhandlung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV beteiligt sein kann.⁶³

Das hat erhebliche Konsequenzen für die Haftung:

(1) Wenn feststeht, dass innerhalb ein und derselben wirtschaftlichen Einheit die Muttergesellschaft eine Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV begangen hat, steht es dem Opfer dieser Zuwiderhandlung frei, anstelle der Muttergesellschaft eine von deren Tochtergesellschaften zivilrechtlich haftbar zu machen.⁶⁴ Der Geschädigte hat somit die „freie Wahl“, sich einen Schuldner unter den Konzerngesellschaften auszuwählen. Das schließt die Möglichkeit des *forum shopping* mit ein. Der kartellrechtliche Unternehmensbegriff und der Begriff der „wirtschaftlichen Einheit“ führen zu einer gesamtschuldnerischen Haftung der Träger der wirtschaftlichen Einheit.⁶⁵ Es kommt nicht zu einer echten (Verhaltens-)Zurechnung unter diesen, weil die wirtschaftliche Einheit als Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne selbst haftet.⁶⁶ Auf einen konkreten, kausalen oder schuldhaften Beitrag der Träger zum Kartellrechtsverstoß kommt es nicht an,⁶⁷ weil der EuGH den Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit ausschließlich auf der Ebene der wirtschaftlichen Einheit verortet. In der Literatur wird deshalb überzeugend vertreten, es sei unpräzise, von einer auf- oder absteigenden

62 EuGH, Urt. v. 6.10.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 Rn. 41 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España.

63 EuGH, ebd.

64 EuGH, Urt. v. 6.10.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 Rn. 51 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España.

65 EuGH, Urt. v. 6.10.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 Rn. 43 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España; siehe dazu auch EuGH, Urt. v. 4.7.2024 – Rs. C-425/22, ECLI:EU:C:2024:578 Rn. 33 f. – MOL.

66 Ähnlich C. Kersting, WuW 2019, 290 (294), der allerdings annimmt, dass das Unternehmen i.S.d. europäischen Kartellrechts selbst Rechtsträger (Konzeption der wirtschaftlichen Einheit als Außen-GbR); kritisch dazu T. Ackermann, ZEuP 2023, 529 (553 f.).

67 C. Kersting/J. Otto, NZKart 2021, 651 (653).

Haftung zu sprechen, die Haftung sei richtigerweise „*richtungslos*“.⁶⁸ Dies alles lässt sich aber eigentlich nur begründen, wenn man die wirtschaftliche Einheit selbst als rechtsfähig ansieht, was nach hier vertretener Auffassung nicht der Fall ist. Insbesondere wäre es nicht überzeugend – was namentlich *Kersting* vertritt –, die Träger wie die Gesellschafter einer GbR oder OHG neben der wirtschaftlichen Einheit und für die wirtschaftliche Einheit haften zu lassen.⁶⁹ Eine solche Aufspaltung der „vermögensfähigen“ wirtschaftlichen Einheit und ihrer Träger wäre eine künstliche Haftungskonstruktion.

(2) Der EuGH erkennt immerhin an, dass sich die Organisation von Unternehmensgruppen, die eine wirtschaftliche Einheit bilden, „*von Konzern zu Konzern sehr unterscheiden kann*“. Es gebe insbesondere Unternehmensgruppen des Typs „Konglomerat“, die in mehreren wirtschaftlichen Bereichen tätig sind, aber in keinem Zusammenhang miteinander stehen.⁷⁰ Daher könnten dem Geschädigten Schadensersatzklagen nicht automatisch gegen jede Tochtergesellschaft der Muttergesellschaft offenstehen, die von einer Entscheidung der Kommission, mit der ein rechtsverletzendes Verhalten geahndet wird, betroffen ist.⁷¹

(3) Ein und dieselbe Muttergesellschaft kann nach Ansicht des EuGH außerdem Teil mehrerer wirtschaftlicher Einheiten sein.⁷² Daraus folgt, dass eine Tochtergesellschaft innerhalb eines solchen Konzerns zumindest nicht für Zuwiderhandlungen haftbar gemacht werden kann, die im Rahmen wirtschaftlicher Tätigkeiten begangen werden, die in keinerlei Zusammenhang mit ihrer eigenen Tätigkeit stehen und an denen sie in keiner Weise, auch nicht mittelbar, beteiligt war.⁷³

68 C. Kersting/J. Otto, NZKart 2021, 651 (653).

69 Zuletzt C. Kersting/J. Otto, NZKart 2021, 651 (653); zuerst C. Kersting, Der Konzern 2011, 445 ff.

70 EuGH, Urt. v. 6.10.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 Rn. 45 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España.

71 EuGH, Urt. v. 6.10.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 Rn. 46 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España.

72 EuGH, Urt. v. 6.10.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 Rn. 47 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España.

73 EuGH, ebd.

(4) Zusammenfassend kann man Folgendes festhalten:

Das Gesamtschuldverhältnis, das die Mitglieder einer wirtschaftlichen Einheit verbindet,⁷⁴ erweist sich letztlich als haftungsbegründend im Sinne einer neuartigen „kartellschadensersatzrechtlichen Sippenhaft“. Neben dem Nachweis, dass eine wirtschaftliche Einheit vorliegt, ist zusätzlich (nur) erforderlich, dass ein konkreter Zusammenhang zwischen der wirtschaftlichen Tätigkeit dieser Tochtergesellschaft und dem Gegenstand der Zuwiderhandlung, für die die Muttergesellschaft haftbar gemacht wurde, besteht.⁷⁵ Ein solcher Zusammenhang dürfte sich im Regelfall leicht herstellen lassen; eine messbare Haftungsbegrenzung geht damit nicht einher.

Fraglich ist, welche Möglichkeit die Beklagte besitzt, um sich gegen die zivilrechtliche Inanspruchnahme zu verteidigen. Der EuGH geht zwar auch auf die Verteidigungsrechte der verklagten Tochtergesellschaft ein, indem er knapp feststellt, dass der Tochtergesellschaft insbesondere das Recht zustehe, ihre Zugehörigkeit zu demselben Unternehmen wie ihre Muttergesellschaft zu bestreiten.⁷⁶ Eigenartigerweise belegt gerade die Handelsvertreter-Rechtsprechung des EuG im Fall *DaimlerChrysler*⁷⁷ die Möglichkeit der Autonomie von Auslandsvertriebsgesellschaften gegenüber der Muttergesellschaft. Der EuGH geht auf diese Fragen in *Sumal* jedoch nicht explizit ein.

Insgesamt werden damit die Verteidigungsrechte von Tochtergesellschaften stark eingeschränkt. Weder die fehlende eigene Beteiligung der Tochtergesellschaft an dem Kartellverstoß noch die Frage, in welchem Ausmaß die Tochter Autonomie bei Ausübung ihrer Tätigkeit hatte, spielen für ihre Rechtsverteidigung eine Rolle. Vielmehr gilt: Beruht die Klage – wie regelmäßig – auf einem Bußgeldbescheid (sog. *Follow-on-Klage*), ist den Trägern der wirtschaftlichen Einheit nach *Sumal* die Verteidigung, dass kein Kartellrechtsverstoß der wirtschaftlichen Einheit vorliege, schlechthin abgeschnitten.⁷⁸ Lediglich im Fall von sog. *Stand-alone-Klagen* können die

74 EuGH, Urt. v. 6.10.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 Rn. 49 – *Sumal/Mercedes Benz Trucks España*.

75 EuGH, Urt. v. 6.10.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 Rn. 52 – *Sumal/Mercedes Benz Trucks España*.

76 EuGH, Urt. v. 6.10.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 Rn. 53 – *Sumal/Mercedes Benz Trucks España*.

77 EuG, Urt. v. 15.9.2005 – Rs. T-325/01, ECLI:EU:T:2005:322 – *DaimlerChrysler/Kommission*.

78 C. Kersting/J. Otto, NZKart 2022, 14 (17).

Betroffenen sowohl ihre Trägerschaft der wirtschaftlichen Einheit als auch deren Kartellrechtsverstoß bestreiten.⁷⁹

Fräglich ist, ob zumindest der nationale Gesetzgeber befugt wäre, in den Grenzen der Grundsätze der *Effektivität* und der *Äquivalenz* Modifizierungen an diesem Rechtsstand vorzunehmen. Der EuGH hält abweichendes nationales Recht – wie der Generalanwalt – jedoch für mit Art. 101 AEUV unvereinbar.⁸⁰ Im konkreten Fall hätte es nach Ansicht des Gerichtshofs außer Anwendung gelassen werden müssen.⁸¹ Das ist starker Tobak, allerdings letztlich auch eine konsequente Fortschreibung seiner Rechtsprechung zum Vorrang des Unionsrechts vor dem nationalen Recht. Wenn man die Passivlegitimation wie der EuGH in *Skanska* direkt im Unionsrecht verortet, ist es nur konsequent, wenn in *Sumal* auf den *effet utile* des Unionsrechts gepocht wird.

IV. Bewertung des Sumal-Urteils und offene Folgefragen

1. Rechtsdogmatische Einordnung

Ungeachtet des Versuchs des EuGH, die *Sumal*-Entscheidung quasi als Fortschreibung der *Akzo Nobel*-Rechtsprechung zum Bußgeldrecht und der *Skanska*-Rechtsprechung zur Rechtsnachfolgehaftung erscheinen zu lassen, handelt es sich tatsächlich um „eine wesentliche argumentative Neuausrichtung“.⁸² Ein Dreiklang bestehend aus dem *effet utile*, der Abschreckung durch (drohende) Schadensersatzansprüche und der gegenseitigen Ergänzung von *public* und *private enforcement* steht im Mittelpunkt der Argumentation des EuGH. Das verdeutlicht, dass die Haftung eines Konzerntochterunternehmens für Handlungen der wirtschaftlichen Einheit im Kern nicht auf einem Konzept von Kontrolle oder fehlender Autonomie beruht, sondern primär auf der bloßen Zugehörigkeit zu ebendieser wirtschaftlichen Einheit, deren Definition der EuGH vorliegend modifiziert hat.⁸³ Die Haftung in Downstream-Konstellationen beruht lediglich auf dem (angeblichen) konkreten Zusammenhang zwischen der wirtschaftli-

79 C. Kersting/J. Otto, ebd.

80 Schlussanträge des GA Pitruzzella v. 15.4.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:293 Rn. 69, 75 – *Sumal/Mercedes Benz Trucks España*.

81 EuGH, Urt. v. 6.10.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 Rn. 71 – *Sumal/Mercedes Benz Trucks España*.

82 C. Palzer, EWS 2022, 22 (28).

83 F. Uebele, WuW 2021, 673 (686).

chen Tätigkeit der Tochtergesellschaft und dem Gegenstand der Zuwiderhandlung.

2. Stellungnahme

Der mit der neuen Haftungskonzeption einhergehende Verzicht auf das Verschuldensprinzip ist kritikwürdig und – wie in der Literatur ganz treffend gesagt wird – „*schwer verdaulich*“.⁸⁴ Erwartungsgemäß wird von berufener Seite repliziert, dass das *Verschuldensprinzip* gar nicht verletzt sei (denn schuldhaft handelt danach die wirtschaftliche Einheit selbst)⁸⁵. Der schuldhafte Verstoß eines Trägers einer wirtschaftlichen Einheit begründe vielmehr die Haftung der wirtschaftlichen Einheit selbst und strahle so auf alle seine Träger aus. Das aber ist der Sache nach eine Verschuldenszurechnung kraft Gruppenzugehörigkeit, wie sie bislang selbst in dem von weitherzigen Zurechnungskriterien geprägten Unionskartellrecht unbekannt war. Syllogistische Auslegungstricks auf der Grundlage des Begriffs der wirtschaftlichen Einheit vermögen die fehlende sachliche Legitimation dieser Rechtsprechung nicht zu ersetzen.⁸⁶ Durch sie werden vielmehr wesentliche Grundlagen des nationalen Konzernrechts einfach vom Tisch gewischt. Es sei daran erinnert, dass auch der deutsche Bundesgerichtshof sich einmal auf „dünnes Eis“ begeben und eine Art der Strukturhaftung im Konzernrecht etabliert hatte. Das geschah in dem sog. *Video-Urteil* vom 23. September 1991.⁸⁷ Allerdings ist er in *TBB-Entscheidung* vom 29. März 1993⁸⁸ zeitnah reumütig zur Verhaltenshaftung zurückgekehrt.⁸⁹ Wenngleich die Konzernhaftungstatbestände sich seither sprunghaft weiterentwickelt haben (siehe die BGH-Urteile in den Fällen *Bremer Vulkan*⁹⁰, *KBV*⁹¹ und *Trihotel*⁹² zum „existenzvernichtenden Eingriff“), kann man doch eine zentrale Erkenntnis formulieren: Eine verhaltensunabhängige Strukturhaftung (infolge Beherrschung kraft hohen Anteilsbesitzes) wäre

84 C. Palzer, EWS 2022, 22 (29).

85 So schon C. Kersting, WuW 2019, 290 (294): Bezug des Verschuldens zum Unternehmen, nicht zu einzelnen Rechtsträgern.

86 Kritisch auch T. Ackermann, ZEuP 2023, 529 (565).

87 BGHZ 115, 187 = NJW 1991, 3142 = AG 1991, 429 – Video.

88 BGHZ 122, 123 = NJW 1993, 1200 = AG 1993, 371 – TBB.

89 BGHZ 122, 123 = NJW 1993, 1200 = AG 1993, 371 – TBB, I. Leitsatz.

90 BGHZ 149, 10 = NJW 2001, 3622 = NZG 2002, 38 – Bremer Vulkan.

91 BGHZ 151, 181 = NJW 2002, 3024 = NZG 2002, 914 – KBV.

92 BGHZ 173, 246 = NJW 2007, 2689 = AG 2007, 657 – Trihotel.

im deutschen Konzernrecht ein Fremdkörper. Bei der Existenzvernichtungshaftung gemäß § 826 BGB, wie sie seit der *Trihotel*-Entscheidung von 2007⁹³ anerkannt ist, handelt es sich dogmatisch betrachtet unstreitig um eine verschuldensabhängige Verhaltenshaftung. Die *Sumal*-Rechtsprechung des EuGH geht für das Kartellrecht von diametral anderen Grundsätzen der Haftungszurechnung aus. Basierend auf dem Auslegungsgrundsatz des *effet utile* und mittels der Rechtsfigur der wirtschaftlichen Einheit regiert der EuGH letztlich tief in die nationalen Gesellschaftsrechtsordnungen hinein, ohne sich an dem gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzip zu stören oder die im Gesellschaftsrecht geltenden Haftungsgrundsätze zu beachten.

Die *Sumal*-Rechtsprechung bewegt sich letztlich am Rande der *ultra vires*-Doktrin. Da die Mitgliedstaaten allerdings das in dieser Hinsicht grundlegende *Costa/E.N.E.L.*-Urteil⁹⁴ und die Folgerechtsprechung widerspruchslos hingenommen haben, dürfen sie sich nicht darüber wundern, dass und wie der EuGH die selbstgeschaffenen Kompetenzen der „autonomen Rechtsordnung Unionsrecht“ mittels der ihm eigenen Auslegungskriterien schrittweise ausgeweitet hat und weiter ausweitet. Wie dargelegt, müssen die Mitgliedstaaten das dem Unionsrecht entgegenstehende nationale Recht vielmehr „außer Anwendung lassen“. Das ist eine wesentliche Konsequenz des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts. Die Pflicht zur Nichtanwendung nationalen Rechts im Konflikt mit dem Unionsrecht hat man z.B. bereits in dem zum Vergaberecht ergangenen Fall *Fratelli Costanzo*⁹⁵ aus dem Jahr 1989 begründet, und zwar im Bereich des grundsätzlich nicht unmittelbar geltenden Sekundärrechts. Nichts anderes kann bezüglich Art. 101 AEUV und 102 AEUV gelten, deren unmittelbare und vorrangige Anwendung im Recht der Mitgliedstaaten der Union außer Zweifel steht.

Von der angewandten unionsrechtlichen Rechtsdogmatik her kann das *Sumal*-Urteil also letztlich nicht überraschen. Die funktionale und weite Auslegung des Unternehmensbegriffs ist ein feststehender Topos und erstreckt sich auch auf Konzernsachverhalte. Deshalb führt es nicht weiter, wenn in der Literatur moniert wird, das Gebot praktischer Wirksamkeit verlange nicht nach größtmöglicher Wirksamkeit.⁹⁶ Funktionsbegriffe des

93 BGHZ 173, 246 = NJW 2007, 2689 = AG 2007, 657 – Trihotel.

94 EuGH, Ur. v. 15.7.1964 – Rs. 6/64, ECLI:EU:C:1964:66 – Flaminio Costa/E.N.E.L.

95 EuGH, Ur. v. 22.6.1989 – Rs. C-103/88, ECLI:EU:C:1989:256 – Fratelli Costanzo/Comune di Milano.

96 C. Palzer, EWS 2022, 22 (29).

Unionsrechts werden grundsätzlich funktional und weit, Ausnahmebestimmungen eng „ausgelegt“. Das Ergebnis ist typischerweise die Extension des Anwendungsbereichs von unionsrechtlichen Bestimmungen. In Deutschland wird man daher in methodischer Hinsicht so zu verfahren haben, dass man den Täterbegriff – genauer: das Tatbestandsmerkmal „Wer“ in § 33a GWB – unionsrechtskonform, also funktional und weit, auslegt.⁹⁷ Durch diese an Rabulistik grenzende Auslegung wird eine an der Zuwiderhandlung unbeteiligte Tochtergesellschaft zum Teil eines größeren Ganzen, eben jener wirtschaftlichen Einheit, die den Kartellverstoß angeblich „begangen“ hat.

Die gesellschaftsrechtliche Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten, also das Konzernrecht mit seiner Unterteilung in rechtlich selbständige Gesellschaften auf horizontaler (Schwestergesellschaften) und vertikaler (Mutter-, Tochter- und Enkelgesellschaften) Ebene, wird vom EuGH dabei weitestgehend negiert. Unionsrechtliche Bestimmungen wie Art. 345 AEUV (Garantie der Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten) und Art. 17 GRCH (Eigentumsgarantie) können gegen diese Rechtsprechung letztlich nicht erfolgreich ins Feld geführt werden.

Im Einzelnen: Art. 345 AEUV wird nicht als subjektiv-rechtliche Eigentumsgarantie, sondern als *negative Kompetenzbestimmung* verstanden.⁹⁸ Wegen des Spannungsverhältnisses zwischen dem Ziel einer wirtschaftlichen Integration der nationalen Märkte und der fortbestehenden Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten im Hinblick auf ihre Eigentumsordnung ist die Konkretisierung des Begriffes schwierig zu leisten.⁹⁹ Nach Ansicht des EuGH bringt sie zwar den Grundsatz der Neutralität der Verträge gegenüber der Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten zum Ausdruck, doch führt die Bestimmung nicht dazu, dass die in den Mitgliedstaaten bestehenden Eigentumsordnungen den Grundregeln des AEUV entzogen sind.¹⁰⁰

Die Eigentumsgarantie ergibt sich unionsrechtlich weiter unstreitig aus Art. 17 GRCh. Auf die Eigentumsfreiheit können sich nach der Rechtsprechung des EuGH sowohl natürliche als auch juristische Personen des Pri-

97 E. Fischer, ZfPW 2021, 330 (331f.); C. Palzer, EWS 2022, 22 (29); C. Kersting/J. Otto, NZKart 2022, 14 (19).

98 T. Kingreen, in: C. Calliess/M. Ruffert, 6. Aufl. 2022, Art. 345 Rn. 4, 5.

99 T. Kingreen, in: C. Calliess/M. Ruffert, 6. Aufl. 2022, Art. 345 Rn. 6.

100 EuGH, Urt. v. 22.10.2013 – Rs. C-105/12, ECLI:EU:C:2013:677 – Niederlande/Essent Nederland u.a., st. Rspr.

vaterechts berufen.¹⁰¹ Das Vermögen als solches, etwa in Form von Geldleistungspflichten, fällt nach überwiegender Ansicht jedoch nicht unter den Begriff des Eigentums.¹⁰²

Im Ergebnis sind juristische Personen nach Art. 17 GRCh weder vor der Inanspruchnahme auf Schadensersatz noch vor der Bußgeldhaftung wegen Verletzungen des Art. 101 AEUV geschützt. Mit dem verfehlten Ansatz des EuGH, wonach die wirtschaftliche Einheit selbst täterschaftlich handelt, lässt sich die Eigentumsgarantie sogar gänzlich aushebeln, denn die Inanspruchnahme des Kartelltäters wegen Verletzung des Kartellverbots ist als solche keine Eigentumsverletzung, selbst wenn man derartige Geldzahlungsverpflichtungen unter den Eigentumsbegriff fassen würde. Derartige Eingriffe in den Schutzbereich des Art. 17 GRCh wären nach der *Sumal*-Rechtsprechung gerechtfertigt, weil sich die Maßnahmen gegen den Kartelltäter richten. So hat das EuG z.B. im „Kühltruhen-Fall“ *van den Bergh Foods*¹⁰³ in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH im Fall *Generics*¹⁰⁴ zu dieser Frage Folgendes ausgeführt:

„Das Eigentumsrecht gehört nach ständiger Rechtsprechung zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts; es ist aber nicht schrankenlos gewährleistet, sondern muss im Hinblick auf seine gesellschaftliche Funktion gesehen werden. Folglich kann die Ausübung des Eigentumsrechts Beschränkungen unterworfen werden, sofern diese Beschränkungen tatsächlich dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entsprechen und nicht einen im Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff darstellen, der die so gewährleisteten Rechte in ihrem Wesensgehalt antastet (...)“

Die effektive Kartellrechtsdurchsetzung dient dem Gemeinwohl und rechtfertigt also entsprechende Eingriffe grundsätzlich. Der EuGH hat bislang in keinem der von ihm entschiedenen Fälle eine Eigentumsentziehung angenommen. Auffallend ist, dass der EuGH den Zielen der Union im Rahmen der konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung ein relativ hohes Ge-

101 C. Calliess, in: C. Calliess/M. Ruffert, 6. Aufl. 2022, Art. 17 EU-GRCharta Rn. 5.

102 C. Calliess, in: C. Calliess/M. Ruffert, 6. Aufl. 2022, Art. 17 EU-GRCharta Rn. 8.

103 EuG, Urt. v. 23.10.2003 – Rs. T-65/98, ECLI:EU:T:2003:281 Rn. 170 – *van den Bergh Foods*.

104 EuGH, Urt. v. 3.12.1998 – Rs. C-368/96, ECLI:EU:C:1998:583 Rn. 79 – *The Queen/The Licensing Authority established by the Medicines Act 1968 (acting by The Medicines Control Agency), ex parte Generics (UK), The Wellcome Foundation Ltd und Glaxo Operations UK*.

wicht einräumt.¹⁰⁵ Vor diesem Hintergrund moniert die Literatur, dass „*gewissermaßen eine Flucht in die Verhältnismäßigkeitsprüfung statt[findet], die der Entwicklung einer in Schutzbereich, Schranken und Rechtfertigung ausdifferenzierten europäischen Eigentumsdogmatik abträglich ist*“.¹⁰⁶

3. Offene Folgefragen

a) Reichweite der Haftung der wirtschaftlichen Einheit

Die nahezu uferlose Weite der vom EuGH vorgeschlagenen Auslegung des Unternehmensbegriffs und der damit einhergehenden Haftung der wirtschaftlichen Einheit provoziert die Frage nach anderen Konstellationen der Haftung juristischer Personen, die einer solchen Einheit angehören. Da es auf die Zurechnung eines Fehlverhaltens angeblich nicht ankommt, sind der „Sippenhaft“ im Kartellrecht zulasten aller Teile der wirtschaftlichen Einheit prinzipiell Tür und Tor geöffnet, seien sie Tochter-, Enkel- oder Schwestergesellschaften.

aa) Schwestergesellschaften

Zunächst ist zu fragen, welches Haftungskonzept für Schwestergesellschaften gelten soll. Dies betrifft den Fall, dass die Gesellschaft A die Zuwiderhandlung begangen hat, die Gesellschaft B daran unbeteiligt war und beide Gesellschaften der Muttergesellschaft C gehören. Eine wirtschaftliche Einheit, bestehend aus A, B und C, liegt vor. *Ackermann* meint, die Frage nach der gesamtschuldnerischen Haftung unter Schwestergesellschaften sei im Anschluss an die Sumal-Entscheidung „*leicht zu beantworten*“.¹⁰⁷ Das ist sie in der Tat: Verhält sich eine Tochtergesellschaft kartellrechtswidrig, haften hierfür auch andere, an der Zuwiderhandlung selbst nicht beteiligte Tochtergesellschaften derselben Muttergesellschaft (d.h. Schwestergesellschaften), soweit die den Verstoß verübende und die daran unbeteiligten Tochtergesellschaften gemeinsam mit ihrer Mutter eine wirtschaftliche Einheit im o.g. Sinne bilden.¹⁰⁸

105 C. Calliess, in: C. Calliess/M. Ruffert, 6. Aufl. 2022, Art. 17 EU-GRCharta Rn. 33.

106 C. Calliess, in: C. Calliess/M. Ruffert, 6. Aufl. 2022, Art. 17 EU-GRCharta Rn. 22.

107 T. Ackermann, ZEuP 2023, 529 (550).

108 T. Ackermann, ZEuP 2023, 529 (550).

Für die Haftung der am Kartellverstoß unbeteiligten Tochtergesellschaft B spielt ausweislich des *Sumal*-Urteils das Kriterium der Beherrschung für die Haftungszurechnung keine Rolle, so dass es vor diesem Hintergrund zulässig erscheint, dass der Geschädigte die unbeteiligte Tochtergesellschaft B anstatt des „eigentlichen“ Kartelltäters A und deren Mutter C verklagen kann. Dafür können verschiedene Gründe sprechen: die Sprache und das anwendbare Recht, die Solvenz des Beklagten, Überlegungen zum *forum shopping*. Um der Haftung zu entgehen, müsste B nachweisen, dass die Zuwiderhandlung im Rahmen wirtschaftlicher Tätigkeiten von A und/oder C begangen wurde, und dass diese in keinem Zusammenhang mit ihrer eigenen Tätigkeit standen. Das kann aber nur gelingen, wenn B innerhalb des „Konglomerats“ einer anderen Vertriebspartei als A zuzurechnen wäre. Wenn sie aber funktional dieselbe Aufgabe erfüllt wie A – also beispielsweise LKW vertreibt – würden die in *Sumal* entwickelten Haftungsgrundsätze fortgelten.

Sofern die Schwestergesellschaften Teil derselben wirtschaftlichen Einheit sind, haften sie ausgehend von den in *Sumal* formulierten Grundsätzen gesamtschuldnerisch für den Verstoß der wirtschaftlichen Einheit. Schwestergesellschaften, die Teil einer anderen wirtschaftlichen Einheit sind, weil sie auf einem anderen Markt agieren, sind demgegenüber von der Haftung ausgenommen.¹⁰⁹ Ein Teil der Literatur untermauert diese Thesen damit, dass es bei der Klassifizierung als Mutter-, Tochter- und Schwestergesellschaft um eine gesellschaftsrechtliche Einordnung handele, die für die kartellrechtliche Haftung ohne Belang sei. Den Kartellverstoß begehe die wirtschaftliche Einheit selbst. Sofern Mutter, Tochter und Schwester Träger dieser wirtschaftlichen Einheit seien, hafteten sie dafür gesamtschuldnerisch. Auf eine Zurechnung entlang gesellschaftsrechtlicher Konzernbeziehungen komme es nicht an.¹¹⁰

Mit Recht ist bezweifelt worden, ob diese Ausprägung der wirtschaftlichen Einheit vom Präventionszweck gedeckt ist und man hat die Frage gestellt, ob es sich nicht vielmehr um eine begriffsjuristische Verselbständigung dieses Konzepts handelt.¹¹¹ Unstreitig ist die mithaftende und nicht selbst für den Verstoß verantwortliche Gesellschaft mangels Steuerungsmöglichkeit nicht in der Lage, selbst präventiv auf ihre Schwestergesell-

109 C. Kersting/J. Otto, NZKart 2021, 651 (656).

110 C. Kersting/J. Otto, NZKart 021, 651 (656).

111 T. Ackermann, ZEuP 2023, 529 (550).

schaften einzuwirken.¹¹² Es ist deshalb nicht ersichtlich, wie mit dem Präventionsgedanken begründet werden könnte, dass über die personen- und vermögensrechtliche Trennung zwischen den Schwestergesellschaften hinweggegangen wird.¹¹³ Gleichwohl ist davon auszugehen, dass der EuGH diese Frage auf begriffsjuristische Weise aus dem Konzept der wirtschaftlichen Einheit beantworten wird.¹¹⁴

Möglicherweise gibt es für Schwestergesellschaften auch beim EuGH einen Funken Hoffnung, wenn man die uneinheitliche Rechtsprechung und Kommissionspraxis zur Haftungszurechnung unter Schwestergesellschaften im Kartellbußgeldrecht ergänzend heranzieht. Ob und unter welchen Voraussetzungen eine Haftungszurechnung zwischen Schwestergesellschaften bzw. in Gleichordnungskonzernen und ähnlichen horizontalen Gebilden möglich ist, ist nach den divergierenden Judikaten in der Rechtsache *Aristrain*¹¹⁵ einerseits (ablehnend) und *Knauf Gips*¹¹⁶ andererseits (befürwortend) derzeit weitgehend unklar. Die bloße Tatsache, dass das Gesellschaftskapital von zwei eigenständigen Handelsgesellschaften derselben Person oder Familie gehört, genügt nicht als Nachweis für eine wirtschaftliche Einheit, sodass die Kartellrechtsverstöße der einen Gesellschaft nicht der anderen Gesellschaft zugerechnet und eine entsprechende Geldbuße gegen diese Gesellschaft daher nicht verhängt werden kann. Schwestergesellschaften werden auch nicht bereits dadurch als zu derselben Einheit gehörend angesehen, weil ihre Anteile von derselben Muttergesellschaft gehalten werden, sodass eine Zurechnung der Zuwiderhandlung unter Schwestergesellschaften nicht stattfindet.¹¹⁷ Nicht selten wird von den Unionsorganen – namentlich der EU-Kommission – jedoch eine solche Zurechnung bejaht. In dem Fall *Knauf Gips* nahm die Rechtsprechung an, „dass die der Familie Knauf gehörenden Gesellschaften eine wirtschaftliche Einheit bildeten“.¹¹⁸ Dieses Urteil lässt sich als Beispiel für eine „kartellbuß-

112 T. Ackermann, ZEuP 2023, 529 (550 f.).

113 T. Ackermann, ZEuP 2023, 529 (551).

114 T. Ackermann, ZEuP 2023, 529 (551).

115 EuGH, Urt. v. 2.10.2003 – Rs. C-196/99 P, ECLI:EU:C:2003:529 – Siderúrgica Aristrain Madrid/Kommission.

116 EuGH, Urt. v. 1.7.2010 – Rs. C-407/08 P, ECLI:EU:C:2010:389 – Knauf Gips/Kommission.

117 EuG, Urt. v. 6.12.2018 – Rs. T-531/15, ECLI:EU:T:2018:885 – Coveris Rigid France/Kommission.

118 EuGH, Urt. v. 1.7.2010 – Rs. C-407/08 P, ECLI:EU:C:2010:389 Rn. 72 – Knauf Gips/Kommission.

geldrechtliche Sippenhaft“ anführen. Eine Haftung bzw. Haftungszurechnung unter Schwestergesellschaften ist weiter denkbar, wenn die Kontrollbefugnisse von der Muttergesellschaft auf eine ihrer Tochtergesellschaften oder sogar auf eine der Schwestergesellschaften delegiert wurden (so die Konstellation im EuG-Fall *Jungbunzlauer*¹¹⁹).¹²⁰

bb) Einzelgesellschaften

Nichts anderes als für Schwestergesellschaften dürfte bei Einzelgesellschaften und ihrem Verhältnis zu der jeweiligen Mutter- und Tochtergesellschaft gelten. Der vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsträger – sei es eine Tochter- oder eine Einzelgesellschaft – unterliegt somit einer kartellrechtlichen „Schadensersatzhaftung kraft Konzernzugehörigkeit“. Die Beklagte bekommt den sprichwörtlichen Hals demnach nicht aus der Schlinge, es sei denn, es gelänge ihr, das Fehlen einer wirtschaftlichen Einheit oder die eigene Nichtzugehörigkeit zu der haftenden wirtschaftlichen Einheit zu belegen.

b) Forum shopping und anwendbares Recht

Die Passivlegitimation von Tochtergesellschaften (Vertriebsgesellschaften) hat ggf. auch eine prozesstaktische Bedeutung: Den Geschädigten und potentiellen Klägern wird nämlich der Sitz der Tochter- und Einzelgesellschaften der Muttergesellschaft als ein weiterer Gerichtsstand eröffnet. Damit werden die taktischen Möglichkeiten bei der Wahl des favorisierten Forums erheblich erweitert. Es geht konkret um die Ermittlung des internationalen Gerichtsstands gemäß Art. 8 Nr. 1 Brüssel Ia-VO i.V.m. Art. 6 Abs. 3 lit. b Rom II-VO.

Der Gerichtsstand der passiven Streitgenossenschaft (Art. 8 Nr. 1 Brüssel Ia-VO, sog. Gerichtsstand des Sachzusammenhangs) ermöglicht es in grenzüberschreitenden Fällen, mehrere passivlegitimierte Unternehmen vor dem Gericht des Ortes gemeinsam zu verklagen, an dem einer der Beklagten, der sog. *Ankerbeklagte*, seinen Wohnsitz hat. Das gilt auch im Bereich

119 EuG, Urt. v. 27.9.2006 – Rs. T-43/02, ECLI:EU:T:2006:270 – *Jungbunzlauer/Kommission*.

120 Siehe dazu *E. Fischer*, ZfPW 2021, 310 (317).

des Kartellschadensersatzes. Danach können in der EU ansässige Kartellanten (sog. *Annexbeklagte*) in einem Follow-on-Verfahren auf Grundlage von Art. 8 Nr. 1 Brüssel Ia-VO am Sitz eines Kartellmitglieds (des sog. *Ankerbeklagten*) auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden.¹²¹ Kommen nunmehr zusätzlich Tochtergesellschaften als Ankerbeklagte in Frage, erweitert dies den Anwendungsbereich des Gerichtsstands der passiven Streitgenossenschaft deutlich.

Die durch *Sumal* erweiterten Möglichkeiten des *forum shopping* wirken sich zugleich auch auf das anwendbare Recht aus. Denn Art. 6 Abs. 3 lit. b Rom II-VO (VO Nr. 864/2007) eröffnet dem Kläger, der am allgemeinen Gerichtsstand klagt, die Möglichkeit, den *Gesamtschaden* nach dem Recht des Mitgliedstaates des angerufenen Gerichts zu liquidieren (sog. *Sonderanknüpfung für Streudelikte*). Das setzt voraus, dass der Markt in diesem Mitgliedstaat zu denjenigen Märkten gehört, die durch den Kartellverstoß unmittelbar und wesentlich betroffen sind (Art. 6 Abs. 3 lit. b Rom II-VO a.E.).

Für die danach geforderte *enge Verbindung* reicht es nach der Rechtsprechung des EuGH aus, dass mehrere Kartellanten eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung getroffen haben, die sich auch im Inland auswirkt, auch wenn nur einer der Beklagten seinen Sitz im Inland hat.¹²² Nach der Rechtsprechung des EuGH im Fall *Fiona Shevill* ¹²³ kann zwar das Gericht, das aufgrund des Gerichtsstandes der unerlaubten Handlung zuständig ist, über Schadensersatzansprüche nur entscheiden, soweit sein Territorium und sein nationales Recht betroffen sind. Jedoch stehe es dem europäischen Gesetzgeber unstreitig frei, eine abweichende Regelung zu schaffen, wie dies durch Art. 6 Abs. 3 lit. b Rom II-VO geschehen sei.

Grundsätzlich dürfte zunächst das *materielle Recht* an den Heimatgerichtsständen der Kartellbeteiligten und ihrer Vertriebsgesellschaften in das klägerische Kalkül bei der Wahl des favorisierten Forums einfließen, in dem dann gegen alle kartellbeteiligten Unternehmen geklagt werden kann.¹²⁴ Allerdings hat die Kartellschadensersatzrichtlinie (d.h. die Richtli-

121 W. Wurmnest, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2021, Art. 6 Rom II-VO Rn. 323.

122 EuGH, Urt. v. 21.5.2015 – Rs. C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335 Rn. 17 – Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide/Akzo Nobel u.a.; W. Wurmnest, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2021, Art. 6 Rom II-VO Rn. 325; H. Wilde, in: W. Gloy/M. Loschelder/R. Danckwerts, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2019, § 20 Rn. 47.

123 EuGH, Urt. v. 7.3.1995 – Rs. C-68/93, ECLI:EU:C:1995:61 – Fiona Shevill u.a./Presse Alliance.

124 C. Palzer, EWS 2022, 22 (29 f.).

nie 2014/104/EU) das materielle Recht in den Mitgliedstaaten weitgehend angeglichen. Sehr große Unterschiede wird es deshalb wohl nicht mehr geben.

Das *forum shopping* lohnt sich daher ggf. nur bezüglich des nationalen *Verfahrensrechts* – wenngleich auch insoweit einzuschränken ist, dass die Kartellschadensersatzrichtlinie auch einen vereinheitlichten Auskunftsanspruch gebracht hat (vgl. § 33g GWB). Attraktiv könnten hingegen nationale Sammelklagemöglichkeiten sein, die von der Kartellschadensersatzrichtlinie nicht berührt werden. Gleiches gilt für gesetzliche Kartellschadensvermutungen oder eine ausgeprägte gerichtliche Schadensschätzungspraxis.¹²⁵ Möglicherweise ist letztlich die antizipierte verhältnismäßig kurze Dauer des Kartellschadensersatzprozesses der entscheidende Gesichtspunkt für die Wahl des Ortes der Klageerhebung.

V. Kritische Gesamtwürdigung und Fazit

Rund zwanzig Jahre nach der grundlegenden Rechtsprechung in *Courage/Crehan* ist mit der *Sumal*-Entscheidung des EuGH ein weiteres bedeutendes Urteil zum europäischen Kartellschadensersatzrecht ergangen, durch das die Rechte der Kartellgeschädigten entscheidend gestärkt wurden. Es handelt sich dabei zweifellos um einen Quantensprung – jedoch im negativen Sinn. Der schillernde Begriff der wirtschaftlichen Einheit ersetzt in *Sumal* die Notwendigkeit einer differenzierten Wertung bei der Haftungszurechnung. Im Einzelnen ist Folgendes festzuhalten:

(1) Durch *Sumal* wird potentiellen Klägern in *materiellrechtlicher* Hinsicht der Zugriff auf weitere Haftungsmassen innerhalb der wirtschaftlichen Einheit eröffnet.¹²⁶ In *zivilprozessualer* Hinsicht werden die Möglichkeiten bei der Wahl des favorisierten Gerichtsstands erweitert. Für einen Kartellgeschädigten aus Spanien mag es schon aus sprachlichen Gründen bequemer sein, die spanische Tochtergesellschaft einer kartellverantwortlichen Muttergesellschaft aus Deutschland zu verklagen. Aus Sicht der potenziellen Passivlegitimierten bringt das Urteil des EuGH erhebliche Lasten mit sich. Die Rechtsverteidigung wegen fehlender Beteiligung am Kartell oder man-

125 C. Kersting/J. Otto, NZKart 2022, 14 (17).

126 C. Palzer, EWS 2022, 22 (30).

gels Verschuldens ist aussichtslos. Es gilt der Grundsatz: „Mitgefangen, mitgehangen!“.

(2) Unklar ist, welche effektiven Möglichkeiten zur Widerlegung des Vorliegens der wirtschaftlichen Einheit den Auslandsvertriebsgesellschaften künftig noch verbleiben. Ansätze hierzu finden sich in der Handelsvertreter-Rechtsprechung des EuG, die der EuGH aber nicht diskutiert oder auch nur erwähnt. Im Regelfall dürfte von der Haftung der Vertriebsgesellschaft für Kartellverstöße der Muttergesellschaft auszugehen sein. Das Gleiche gilt für das Verhältnis zu anderen Tochtergesellschaften aus derselben oder vergleichbaren Branchen (Lkw, Kfz).

(3) Lediglich im Wege des Regresses kann der in Anspruch genommene Rechtsträger innerhalb der wirtschaftlichen Einheit den gesamtschuldnerischen Ausgleich von dem Zuwiderhandelnden verlangen. Dabei trägt die in Anspruch genommene Vertriebsgesellschaft ein (ggf. geringes) Prozessrisiko, aber auch das Insolvenzrisiko in Bezug auf den wahren Kartelltäter innerhalb des Verbunds. Das mag bei geringen Schäden, die wie im vorliegenden Fall im fünfstelligen Bereich liegen, zu verschmerzen sein. Es ist aber denklogisch nicht ausgeschlossen, dass die Schäden auch einmal weit höher liegen. Man muss den Fall nur dahingehend abwandeln, dass der Geschädigte über viele Jahre seinen Bedarf an LKW bei der spanischen Vertriebsgesellschaft gedeckt hat und nun einen hohen Gesamtschaden gegenüber dieser Gesellschaft geltend macht. Dann könnte sich die Schadenshöhe bei der in Anspruch genommenen Vertriebsgesellschaft insolvenzbegründend auswirken.¹²⁷

(4) Liest man die Urteile *Skanska* und *Sumal* zusammen, so ergeben sich erhebliche Haftungsgefahren bei „Neueintritt“ in die wirtschaftliche Einheit (vgl. § 130 HGB) sowie im Fall des „Austritts“. *Kersting* und *Otto*¹²⁸ haben – vom Standpunkt der Apologeten dieser Rechtsprechung überzeugend – herausgearbeitet, dass sich die gesamtschuldnerische Haftung nicht auf die Gesellschaften beschränkt, die im Verstoßzeitraum Träger der wirtschaftlichen Einheit waren. Vielmehr beziehe sich die aus der Haftung der wirtschaftlichen Einheit als solche folgende gesamtschuldnerische Haftung ihrer Träger dann auf den Kreis der Träger in der jeweiligen Zusammensetzung, d.h. die wirtschaftliche Einheit und ihre Haftung blieben kon-

127 Zu Recht kritisch insoweit D. Poelzig, AG 2023, 97 (105).

128 C. Kersting/J. Otto, NZKart 2021, 651 (655 f.).

stant, während die akzessorische Haftung stets die aktuellen Träger der wirtschaftlichen Einheit treffe. Nach diesem Rechtsverständnis haften auch neu hinzutretende Träger der wirtschaftlichen Einheit für Schadensersatzansprüche, die bereits vor dem Beitritt zur wirtschaftlichen Einheit begründet waren. Ausscheidende Träger haften für die bis zu ihrem Ausscheiden begründeten Verbindlichkeiten weiter, weil es keinen Enthaltungsgrund gibt. Umstrukturierungen innerhalb der wirtschaftlichen Einheit führen also nicht zu einer Enthaltung.

(5) Das gesellschaftsrechtliche *Trennungsprinzip* (vgl. auch § 36 Abs. 2 GWB) und das elementare *Prinzip der persönlichen Verantwortung* (im Bußgeldrecht) bzw. das *Verschuldensprinzip* des Schadensersatzrechts (im Zivilrecht) sind nach *Sumal* haftungsrechtlich betrachtet Makulatur. Das gleiche gilt für die mitgliedstaatliche Eigentumsordnung (vgl. Art. 345 AEUV) bzw. die Eigentumsgarantie (Art. 17 GRCh) im Bereich des Gesellschafts- bzw. Konzernrechts.

(6) Die *Sumal*-Rechtsprechung des EuGH erweist sich somit insgesamt als verfehlt. Die Lehre von der wirtschaftlichen Einheit rechtfertigt die Haftung einer Tochter- für eine ausschließlich von der Muttergesellschaft ausgehende Zuwiderhandlung gegen das Kartellrecht nicht.¹²⁹ Richtigerweise müsste also für jeden Rechtsträger – auch innerhalb der wirtschaftlichen Einheit – der Grundsatz gelten: ohne eigenes (Fehl-)Verhalten keine Haftung. Anstatt des Begriffs der wirtschaftlichen Einheit wäre also eine systematisch-teleologisch stimmige Wertung zu setzen. Der EuGH hat es letztlich versäumt, die praktische Konkordanz zwischen der effektiven Durchsetzung des Unionskartellrechts einerseits und der Wahrung der mitgliederschaftlichen Gesellschaftsrechtsordnung andererseits herbeizuführen. Darüber kann auch der Syllogismus bei der Auslegung des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs nicht hinwegtäuschen.

(7) Bedenkenswert erscheint allenfalls Ausfallhaftung kraft Zugehörigkeit zu einer wirtschaftlichen Einheit. Sie entspräche in struktureller Hinsicht der *Anic-Rule* zum Bußgeldrecht (insbesondere der sog. *Insolvenzausnahme*). Danach kommt nämlich eine Haftung des Erwerbers z.B. dann in Betracht, wenn der Veräußerer zwar rechtlich fortexistiert, aber insolvent geworden ist. Wirtschaftlich inexistente Gesellschaften werden also wie

129 Siehe auch T. *Bauernmeister*, NZKart 2021, 385 (390).

rechtlich inexistente Rechtsträger behandelt.¹³⁰ Ferner kann die Haftung auf den Rechtsnachfolger trotz Fortexistenz des Veräußerers übergehen, wenn der Veräußerer als Muttergesellschaft den kartellbefangenen Betrieb auf seine 100%-ige Tochter – also im Konzerninnenverhältnis – überträgt. Die bereits existierende „strukturelle Verbindung“ zwischen Veräußerer und Erwerber soll es nach Ansicht des EuGH rechtfertigen, einen Haftungsübergang auf die erwerbende Tochter anzunehmen.¹³¹

(8) Im Übrigen aber gilt: Indem der EuGH einer potentiell uferlosen Haftung für Kartellverstöße im Konzern das Wort redet, eröffnet er einer systemfremden kartellrechtlichen „Schadensersatzhaftung kraft Konzernzugehörigkeit“ Tür und Tor. Der schillernde Begriff der wirtschaftlichen Einheit wird mittels einer zum Teil syllogistischen Auslegungsmethodik zum Allheilmittel in den Bereichen des *private* und des *public enforcement* des Kartellrechts, das auf diese Weise vom EuGH schrittweise „dynamisch fortentwickelt“ wird. Diese Rechtsprechungsentwicklung von *Akzo* (Bußgeldhaftung) über *Skanska* (Rechtsnachfolge) zu *Sumal* (Schadensersatz) war zwar zu befürchten, ist aber gleichwohl als bedauerliche Fehlentwicklung zu bezeichnen. Das gilt insbesondere für das argumentativ schwach begründete Urteil *Sumal*.

130 EuG, Urt. v. 11.3.1999 – Rs. T-134/94, ECLI:EU:T:1999:44 – NMH Stahlwerke/Kommission.

131 EuGH, Urt. v. 7.1.2004 – verb. Rss. C-204/00 P u.a., ECLI:EU:C:2004:6 – Aalborg Portland u.a./Kommission.

Der Einfluss von ESG-Standards auf das internationale Anlagenbaugeschäft

– Deutsch-französische Perspektiven

Pierrick Le Goff*

Drei Buchstaben klingen in der internationalen Geschäftswelt immer lauter. Es handelt sich um die Abkürzung ESG für die Wörter „Environmental“, „Social“ und „Governance“.¹

Dieser Begriff stammt aus dem im Jahr 2004 veröffentlichten Bericht „The Materiality of Social Environmental and Corporate Governance Issues to Equity Pricing“ der Finanzinitiative des Umweltprogramms der Vereinten Nationen (UNEP Finance Initiative), der sich u.a. mit den potentiellen finanziellen Folgen des Klimawandels, den Risiken für Beschäftigung und öffentliche Gesundheit, und deren Relevanz für Unternehmensführung auseinandersetzt.²

Mittlerweile gibt es regelmäßige Veröffentlichungen zu diesem Thema, wie die neuliche Gründung der ESG-Zeitschrift für nachhaltige Unternehmensführung es beweist.³

Heutzutage müssen die Governance-Organe von Unternehmen besonders auf die Auswirkungen der Unternehmensaktivitäten auf die Gesellschaft achten. Es handelt sich dabei um den „Triple P“-Ansatz für die Wörter „People“, „Planet“ und „Profit“. Nach diesem Ansatz muss die finanzielle Leistung von Unternehmen in einem ausgewogenen Verhältnis zu den Auswirkungen ihrer Aktivitäten auf Menschen und Umwelt stehen.⁴

* Der Autor bedankt sich bei Frau Fiona Duclaud, Rechtsanwältin in Paris (Avocate), für ihre hilfreiche Unterstützung bei der Vorbereitung dieses Beitrags.

1 *Cambridge Dictionary*, verfügbar auf: <https://dictionary.cambridge.org/fr/dictionnaire/anglais/esg>.

2 H. Hembach, Praxisleitfaden Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, Compliance Berater, dfv Mediengruppe, 2022 Deutscher Fachverlag GmbH, Fachmedien Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main, S. 1, A) Einführung.

3 ESG - Zeitschrift für nachhaltige Unternehmensführung, C.H. Beck, 3. Jahrgang, 2024.

4 J. Eijssbouts, „Chapter 4: Mediation as Management Tool in Corporate Governance“, in Arnold Ingen-Housz (ed), ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures II, Kluwer Law International; Kluwer Law International 2010, S. 70.

Die nachhaltige Entwicklung der Wirtschaft ist eine Schlüsselmaßnahme der Politik der Europäischen Kommission. Zu diesem Zweck wurde im Februar 2022 ein Entwurf für eine neue ESG-Richtlinie vorgelegt, die sogenannte „Corporate Sustainability Due Diligence Directive“ („CSDDD“), die ein „nachhaltiges und verantwortungsvolles unternehmerisches Verhalten in allen globalen Wertschöpfungsketten“ fördert.⁵ Diese Richtlinie, die am 13. Juni 2024 verabschiedet wurde, befasst sich nicht nur mit der Vorbeugung von Menschenrechtsverletzungen, sondern auch mit Maßnahmen zum Klimaschutz.⁶

Artikel 22 der CSDDD sieht zum Beispiel für Unternehmen die Verpflichtung vor, einen Plan zur Minderung der Folgen des Klimawandels zu erstellen und umzusetzen.⁷

Für Unternehmen, die ihren Ruf auf dem nationalen und internationalen Markt aufbewahren wollen, sind deshalb ESG-Kriterien unvermeidbar geworden. Laut einer Rangliste von Vigeo Eiris aus dem Jahr 2020 schneiden französische Unternehmen bei den ESG-Kriterien am besten ab. Mehr als vier von zehn Unternehmen, die zu den Top 100 in Europa gehören, sind französische Unternehmen. Dazu gehört auch das Unternehmen Vinci im Bausektor.⁸

Es liegt auf der Hand, dass ESG-Compliance für das internationale Anlagenbaugeschäft besonders relevant ist. Großprojekte im Exportgeschäft unterliegen tatsächlich zahlreiche Risiken, ESG-Verpflichtungen zu verletzen. Man denkt sofort an die Auswirkungen dieser Projekte auf die Umwelt. Es gibt aber andere sichtbare Risiken, wie das Korruptionsrisiko oder das Risiko ausbeuterischer Kinderarbeit.

Deshalb erscheint es als zutreffend, den Einfluss von ESG-Standards auf solche Projekte zu erforschen, nicht nur aus der Perspektive der Governance (I), sondern auch aus vertraglicher Sicht (II).

5 Siehe die Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 23.2.2022, verfügbar auf: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_22_1145.

6 Richtlinie (EU) 2024/1760 vom 13. Juni 2024 über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937 und der Verordnung (EU) 2023/2859, Amtsblatt der Europäischen Union vom 05.07.2024.

7 M. Keller / T. Voland / S. Kapoor, Rechtsrisiken im Kontext der EU-Lieferkettenrichtlinie, Börsen-Zeitung SPEZIAL, Verlagsbeilage, 2.12.2023, S. 4, Rn. 1-3.

8 Verfügbar auf: <https://www.dilitrust.com/fr/criteres-esg-les-trois-points-cardinaux-de-la-gouvernance-durable/>, Rn. 5.

I. Der Einfluss von ESG-Standards aus der Perspektive der Governance

Im Anlagenbaugeschäft ist der Auftragnehmer meistens ein großes Unternehmen, das im Projekt als Generalunternehmer auftritt, wobei aufgrund der hohen Komplexität dieser Projekte ein Zusammenschluss mehrerer Firmen im Rahmen eines Anbieterkonsortiums nicht ausgeschlossen ist.⁹

Auf der Seite des Auftraggebers sind auch Großkonzerne zu erwarten, sei es private Unternehmen, die für die Erhöhung ihrer Produktivität eine bestimmte Industrieanlage benötigen, oder sogar staatliche Unternehmen, die für die Entwicklung der wirtschaftlichen Infrastrukturen eines gewissen Landes zuständig sind.¹⁰

Deshalb müssen sowohl Auftraggeber wie Auftragnehmer, als Unternehmensform, den Einfluss von ESG-Anforderungen auf ihre Corporate Governance Strukturen nicht vernachlässigen, insbesondere weil der Rechtsrahmen rund um die ESG-Kriterien sich schnell und stark verändert.

1. Allgemeine Betrachtungen über Governance Strukturen

In den letzten Jahren habenzahlreiche gesetzlichen Entwicklungen gezeigt, inwieweit ESG-Aspekte einen direkten Einfluss auf die Struktur von Corporate Governance-Organen ausüben.

Im Jahr 2011 wurde das französische Copé-Zimmermann-Gesetz verabschiedet, das Frauenquoten in Verwaltungs- und Aufsichtsräten vorschreibt.¹¹

Seit 2019 fördert das französische Gesetz „Loi Pacte“ die Berücksichtigung von gesellschaftlichen und ökologischen Herausforderungen bei Entscheidungen der Unternehmensführung.¹²

9 P. Le Goff, Die Vertragsstrafe in internationalen Verträgen zur Errichtung von Industrieanlagen, Tenea Verlag 2005, Berlin, S. 62.

10 P. Le Goff, Die Vertragsstrafe in internationalen Verträgen zur Errichtung von Industrieanlagen, Tenea Verlag 2005, Berlin, S. 61.

11 Loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle, verfügbar auf: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000023487662>.

12 Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, verfügbar auf: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000038496102/>.

Dieses Gesetz erkennt auch die Möglichkeit an, dass Unternehmen in ihrer Satzung eine Daseinsberechtigung („raison d'être“) festlegen können, oder die Eigenschaft einer Gesellschaft mit Aufgabenstellung („société à mission“) einnehmen.¹³

Durch diese gesetzlichen Entwicklungen ist die Bekräftigung der gesellschaftlichen Verantwortung des Unternehmens („Corporate Social Responsibility“, „CSR“) ein zentrales Element der Unternehmensstrategie geworden, denn mithilfe von ESG-Kriterien kann der Ruf des Unternehmens gestärkt werden.¹⁴

Gemäß der Definition in den G20- und OECD-Grundsätzen ist Corporate Governance „das Geflecht der Beziehungen zwischen der Geschäftsführung eines Unternehmens, seinem Aufsichtsorgan (Board), seinen Aktionären und den anderen Unternehmensbeteiligten (Stakeholder)“.¹⁵

Laut der European Banking Authority (EBA) müssen ESG-Risiken in den Geschäftsstrategien und -prozessen besser berücksichtigt und proportional in internen Governance-Systemen integriert werden, um durch Risikomanagement die Abschwächung der potenziellen Auswirkungen von ESG-Risiken zu erzielen.¹⁶

Für die Durchsetzung dieser ESG-Ziele spielt die Geschäftsführung eine zentrale Rolle.

Dies liegt darin, dass Stakeholder bezüglich Compliance Management immer mehr von der Geschäftsführung erwarten. Wie es zutreffend zusammengefasst wurde, entspricht ESG (oder CSR) „dem neueren Begriffsverständnis, wonach Corporate Social Responsibility nicht mehr nur Gegenstand freiwilliger Selbstverpflichtung ist, sondern die Verantwortung von Unternehmen für ihre Auswirkungen auf die Gesellschaft beschreibt. Dabei

13 P. Durand-Barthez & P. Le Goff, *Le Guide de la Gouvernance des Sociétés*, Dalloz 2023, S.69-70.

14 D. Terrien, *L'ESG, aiguillon de la performance des entreprises*, veröffentlicht am 11.10.2021 und geändert am 27.09.2022, verfügbar auf: <https://www.hbrfrance.fr/chroniques-experts/2021/10/39818-lesg-aiguillon-de-la-performance-des-entreprises/> Rn. 5-6.

15 OECD (2015), *G20/OECD-Grundsätze der Corporate Governance*, OECD Publishing, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264250130-de>, S. 9.

16 EBA Discussion Paper, 30 Oktober 2020, S. 8-9, verfügbar auf: <https://www.eba.europa.eu/eba-launches-consultation-incorporate-esg-risks-governance-risk-management-and-supervision-credit>.

markiert die Einhaltung des geltenden Rechts nur das Minimum unternehmerischer Verantwortung.¹⁷

Neben der Geschäftsführung können auch bestimmte Firmenabteilungen, wie die Rechts- oder Finanzabteilung, an die ESG-Politik des Unternehmens stark beitragen.

Die Rechtsabteilung hat die allgemeine Aufgabe dafür zu sorgen, dass ESG-Regelungen im Unternehmen verstanden und nicht vernachlässigt werden, so dass die Rechtsabteilung einen direkten Einfluss auf die zunehmende Bedeutung von ESG-Normen ausüben kann.¹⁸ Die Finanzabteilung muss im Rahmen der ESG-Politik des Unternehmens immer mehr Aufgabe übernehmen, denn sie ist in der Regel für die Sammlung und Verfügbarkeit von Daten und Indikatoren verantwortlich, die für das ESG-Reporting notwendig sind.¹⁹

Für auf dem internationalen Anlagenbaumarkt tätige Firmen bedeutet dies, das nur hohe Governance-Standards, die durch überzeugende Geschäftsführung bekräftigt werden, die langfristige Positionierung dieser Firmen aufbewahren können.

2. Die Rolle der Governance-Organe bei der Festlegung von ESG-Zielen

Die Qualität der Unternehmensführung ist eine wesentliche Komponente für den Erfolg im Bereich ESG.²⁰ Aus diesem Grund kommt dem Vorstand, sowie dem Aufsichtsrat (oder Verwaltungsrat), eine besondere Rolle zu.

Der französische Corporate Governance Kodex für börsennotierte Unternehmen, bekannt als „Code Afep-Medef“, legt hier ganz klare Richtli-

17 M. Schulz (Hrsg.), Compliance Management im Unternehmen – Erfolgsfaktoren und praktische Umsetzung, Fachmedien Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main 2021, S. 13.

18 White Paper, ESG: Die Rolle der Rechtsabteilung bei der Ausarbeitung der Strategie, Wolters Kluwers, Recht & Verwaltung, 15 September 2022, verfügbar auf: <https://www.wolterskluwer.com/de-de/expert-insights/the-role-of-the-legal-department-in-shaping-the-esg-strategy>.

19 DAF Magazine, Les critères ESG vont-ils bouleverser les métiers du DAF ?, Daf.Mag.fr, 10 März 2023, verfügbar auf : <https://www.daf-mag.fr/Thematique/reglementation-1243/breve/les-criteres-esg-vont-ils-bouleverser-le-metier-du-daf-376461.htm>.

20 D. Terrien, L'ESG, aiguillon de la performance des entreprises, veröffentlicht am 11.10.2021 und geändert am 27.09.2022, verfügbar auf: <https://www.hbrfrance.fr/chroniques-experts/2021/10/39818-lesg-aiguillon-de-la-performance-des-entreprises/Rn.9>.

nie.²¹ In der neuesten Auffassung aus dem Jahr 2022 ist ganz klar zu lesen, dass die meisten Änderungen seit der früheren Auflage das Ziel verfolgen, die ESG-Strategie als eine Kernfrage der Verantwortung des Verwaltungsrats darzustellen.

Die kritische Rolle der Governance-Organen ist auch im Bereich Antikorruption sichtbar. Das französische „Sapin 2“ Gesetz aus dem Jahr 2016 führte Verpflichtungen ein, die insbesondere die Vorstandsvorsitzenden, Generaldirektoren und Geschäftsführer von Unternehmen, die bestimmte Schwellenwerte erreichen, direkt belasten.²²

Diese müssen Maßnahmen ergreifen, um Korruption oder illegale Einflussnahme in Frankreich oder im Ausland zu verhindern und aufzudecken. Konkret müssen sie einen Verhaltenskodex, ein internes Warnsystem, eine Risikokarte, Verfahren zur Bewertung der Situation von Kunden, erstrangigen Lieferanten und Zwischenhändlern, Buchführungskontrollverfahren, Schulungsmaßnahmen für besonders exponierte Mitarbeiter sowie ein System von Disziplinarmaßnahmen einführen.²³

Diese Verpflichtungen werden von der französischen Antikorruptionsbehörde (AFA) überwacht, die Sanktionen von bis zu 200.000 Euro für natürliche Personen und 1 Million Euro für juristische Personen verhängen und die Sanktionen veröffentlichen kann.²⁴

In Deutschland ist der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCKG)²⁵ ebenfalls eine grundlegende Referenz für die Rolle von Governance-Organen insofern als Compliance und ESG Anforderungen aus verschiedenen Perspektiven angetastet werden.²⁶ Aufgrund der allge-

21 Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, Dezember 2022, verfügbar auf : <https://afep.com/publications/code-de-gouvernement-dentreprise-des-societes-cotees/>.

22 Sapin 2 Gesetz, verfügbar auf: LOI n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (1) - Légifrance ([legifrance.gouv.fr](https://www.legifrance.gouv.fr)).

23 Siehe hierzu P. Le Goff, A. Lancrenon und N. Ivanytska, Risk and Compliance Management 2023, Chapter France, Law Business Research Ltd, London 2023, S. 20 ff.

24 Sapin 2 Gesetz, Artikel 17, verfügbar auf: LOI n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (1) - Légifrance ([legifrance.gouv.fr](https://www.legifrance.gouv.fr)).

25 Deutscher Corporate Governance Kodex, Fassung vom 18.04.2022, verfügbar auf: <https://www.dcgk.de/en/home.html>.

26 M. Schulz (Hrsg.), Compliance Management im Unternehmen – Erfolgsfaktoren und praktische Umsetzung, Fachmedien Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main 2021, S. 13.

meinen Compliance Herausforderungen, insbesondere im Bereich Antikorruption, ist auch zu erwarten, dass Vorstand und Mitglieder von Aufsichtsräten ihr Bekenntnis zur Compliance-Kultur („tone at the top“) abgeben und sich als Vorbild für die Festlegung und Verteidigung von ethischen Grundsätzen darstellen.²⁷

Der Vorstand insbesondere muss die Strategie des Unternehmens festlegen, die die verschiedenen ESG-Kriterien des Unternehmens beinhalten muss.²⁸ Er muss u.a. analysieren, wie die jeweilige Organisation die Risiken im Zusammenhang mit ESG-Themen ermittelt und handhabt, und welche Informationen der Markt über die Firmenleistung erhält.²⁹

Für die Bau- und Anlagenbaubranche ist es deshalb zu erwarten, dass die vom Vorstand festgelegten ESG-Kriterien die Spezifitäten und die besonderen Risiken von Großprojekten berücksichtigen sollen.

3. Die Förderung von ESG-Zielen durch die Vergütung von Führungskräften

Durch die Vergütung von Führungskräften kann der Aufsichtsrat (oder Verwaltungsrat) die ESG-Ziele des Unternehmens effektiv vorantreiben.

Die Einbeziehung von ESG-Kriterien in die Vergütung kann nämlich die Leistung und Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens im Hinblick auf Nachhaltigkeitsthemen fördern, da Führungskräften für die Steuerung dieser Themen verantwortlich sind.³⁰

Artikel 26.1.I des französischen Corporate Governance Kodexes verlangt dementsprechend, dass ESG-Kriterien für die Festlegung der Vergütung

27 B. Makowicz, *Globale Compliance Management Standards – Wertorientierte Umsetzung von DIN ISO 19600 und ISO 37001*, C.H. Beck, München 2018, S. 100.

28 D. Terrien, *L'ESG, aiguillon de la performance des entreprises*, veröffentlicht am 11.10.2021 und geändert am 27.09.2022, verfügbar auf: <https://www.hbrfrance.fr/chroniques-experts/2021/10/39818-lesg-aiguillon-de-la-performance-des-entreprises/> Rn. 9.

29 T. Millet, *Comment les facteurs ESG contribuent à créer de la valeur à long terme*, 25.10.2019, verfügbar auf: https://www.ey.com/fr_ca/climate-change-sustainability-services/how-esg-creates-long-term-value, Rn. 26.

30 G. Koudadje / E. Rapone, *Rémunération – Rémunération et durabilité – Fiche pratique*, *Revue Internationale de la Compliance et de l'Ethique des Affaires* n°05, 18.10.2023, S. 244.

von Führungskräften berücksichtigt werden, und dass mindestens ein Kriterium mit der Klimaschutzpolitik des Unternehmens verbündet wird.³¹

Konsequenterweise integriert die variable Vergütung von Führungskräften immer häufiger Leistungskriterien, die sich auf ESG-Themen beziehen³², wobei diese Kriterien sowohl quantitativ als auch qualitativ sein können.³³

Laut einer Studie des französischen Unternehmerverbands MEDEF, in Kooperation mit Deloitte und Ernst & Young, die über 100 französische Unternehmen durchgeführt wurde, hatten im Jahr 2021 41 Unternehmen ESG-Kriterien in die variable Vergütung von Managern einbezogen, und das Gewicht der ESG-Kriterien lag mehrheitlich zwischen 10% und 25 % der Vergütung.³⁴

In Deutschland muss die Vergütung von Vorstandsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften nach § 87 I 2 AktG auf eine „nachhaltige“ und „langfristige“ Entwicklung der Gesellschaft ausgerichtet sein. Nach §§ 87 I 2, 116 S. 2 AktG obliegt die Ausgestaltung der Vergütungssysteme für Vorstandsmitglieder den Aufsichtsräten, die frei bestimmen können, welche Ziele bei der Berechnung der Vergütung zu berücksichtigen sind und insbesondere welchen Einfluss die Zielerreichung auf die Höhe der Vergütung hat. Dies muss jedoch im Rahmen der Unternehmensstrategie geschehen, die zuvor vom Vorstand festgelegt wird.³⁵

31 Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, Dezember 2022, verfügbar auf : <https://afep.com/publications/code-de-gouvernement-dentreprise-des-societes-cotees/>.

32 E. Masset / M. Epelbaum, L'inflexion de la gouvernance par les enjeux ESG, Rev. Sociétés 2023, 483, Rn. 25.

33 S. Alexander / R. Gomez / J. Gasbaoui / T. Favario / F. Mazon / C. Nouel, Rémunération des dirigeants sociaux – Quelles bonnes pratiques en matière de rémunération des dirigeants sociaux ? – Pratique, Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire n°184, Juli 2022, 4j, D) Quels critères ESG convient-il de retenir ?

34 MEDEF, Deloitte, Ernst & Young, Reporting ESG des entreprises françaises : sont-elles prêtes pour la CSRD ? 4^e bilan annuel de la mise en œuvre de la déclaration de la performance extra-financière (2022), S. 14, verfügbar auf : <https://www.medef.com/fr/actualites/reporting-esg-4e-bilan-de-la-declaration-de-performance-extra-financiere-dpef>. Hierzu auch G. Koudadje / E. Rapone, Rémunération – Rémunération et durabilité – Fiche pratique, Revue Internationale de la Compliance et de l'Ethique des Affaires n°05, 18.10.2023, prat. 244, Rn. III° SA cotées.

35 Allgemein hierzu H. Köckeritz, Nachhaltigkeit – das (neue) Maß der Dinge bei der Vorstandsvergütung, NZG 2023, 1341.

Aus diesem Grund ist es nicht überraschend, dass nationale oder internationale Stimmrechtsberatungsunternehmen („proxy advisors“) wie ISS³⁶ zunehmend in ihren Empfehlungen über die Vergütung von Führungskräften und Vorstandsmitgliedern die Einbeziehung von ESG-Kriterien berücksichtigen.³⁷

Die Integration von ESG-Kriterien in die internen Unternehmensprozesse, wie die Vergütungssysteme, kann daher als „zunehmende Politisierung der Gesellschaft“ verstanden werden insofern als das „Unternehmensinteresse“ die Interessen der Allgemeinheit einschließt.³⁸

Diese Entwicklung ist auf der gesamten europäischen Ebene spürbar. Aufgrund der EU-Richtlinie über die Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen („Corporate Sustainability Reporting Directive“, „CSRD“) müssen nun betroffene Unternehmen in den Lagebericht Angaben aufnehmen, die für das Verständnis der Auswirkungen der Tätigkeiten des Unternehmens auf Nachhaltigkeitsaspekte sowie das Verständnis der Auswirkungen von Nachhaltigkeitsaspekten auf Geschäftsverlauf, Geschäftsergebnis und Lage des Unternehmens erforderlich sind.³⁹ Dementsprechend müssen Vorstände die notwendigen Maßnahmen treffen, um dieser Pflicht nachzukommen. Führungskräfte in der Bau- und Anlagenbaubranche haben deshalb ein eigenes Interesse daran, ESG-Ziele voranzutreiben, insbesondere im Bereich Umwelt und Klimaschutz, um finanziell nicht pönalisiert zu werden.

36 ISS, International, Sustainability proxy voting guidelines, 2023 Policy Recommendations, veröffentlicht am 17. Januar 2023 und verfügbar auf: <http://www.issgovernance.com/> und ISS, Continental Europe, Proxy Voting Guidelines, Benchmark Policy Recommendations, gültig für Sitzungen am oder nach dem 1.02.2023, veröffentlicht am 13.12.2022 und verfügbar auf: <http://www.issgovernance.com/>.

37 Siehe hierzu A. Verny, Société – La diligence des organes sociaux à l’aune des exigences ESG – Etude par Antoine Verny, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n°39, 28.09.2023, 1274, Rn. 6.

38 B. Fassbach/B. Schneiders, ESG auf der Agenda des Managements, GWR 2023, 210.

39 . Richtlinie (EU) 2022/2464 vom 14. Dezember 2022 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 und der Richtlinien 2004/109/EG, 2006/43/EG und 2013/34/EU hinsichtlich der Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen, Amtsblatt der Europäischen Union vom 16.12.2022.

II. Der Einfluss von ESG-Standards aus vertraglicher Sicht

Die Bau- und Anlagenbaubranche erkennt die Notwendigkeit ESG-Herausforderungen, einschließlich Risiken innerhalb der Lieferketten, anzugehen.⁴⁰

Der IBB-VINCI-QDVC internationale Rahmenvertrag aus dem Jahr 2017, der den Schutz von Menschenrechten für Arbeiter der Baubranche in Qatar abzielt, ist ein zutreffendes Beispiel einer branchenbezogenen ESG-Initiative.⁴¹

Zunehmend werden deshalb in internationalen Anlagenverträgen Vertragsklauseln mit Verpflichtungen wie Offenlegungspflichten, Berichterstattung, oder Zusicherungen der Einhaltung bestimmter ESG-Kriterien eingefügt.⁴² In diesem Zusammenhang sieht Artikel 18 („Mustervertragsklauseln“) der CSDDD vor, dass die Europäische Kommission Leitlinien für unverbindliche Standardvertragsklauseln erlassen wird, um Unternehmen bei der Einhaltung der Verpflichtungen aus der Richtlinie zu unterstützen.⁴³

Allmählich setzt sich demgemäß die Vertragsgestaltung auf dem Gebiet des internationalen Anlagenbaus als eine wichtige Methode der Verbreitung und Verteidigung von ESG-Prinzipien durch.

1. ESG-Klauseln in Anlagenbauverträgen

Es gibt verschiedene Lösungen, um eine nachhaltige Abwicklung von internationalen Anlagenbauprojekten zu fördern, und diese können vertraglich durch ESG-Klauseln festgelegt werden.

Dazu gehören u.a. Strategien für nachhaltiges Bauen durch angemessene Planung während des gesamten Lebenszyklus des Projekts, Umsetzung von

40 P. Taillefer, Les facteurs environnementaux, sociaux et de gouvernance (ESG) dans le secteur de la construction : gérer les risques et générer des profits, 18.10.2022, Développement d'affaires – L'expertise de BDO Canada, verfügbar auf: <https://www.cmm.ca/fr/blogue-cmm/developpement-d-affaires/les-facteurs-esg-dans-le-secteur-de-la-construction-gerer-les-risques-et-generer-des-profits/>, Rn. 6.

41 Siehe die Pressemitteilung des Vinci-Konzerns vom 17.11.2017, verfügbar auf: <https://www.vinci.com/vinci.nsf/fr/communiqués/pages/20171121-1200.htm>.

42 E. Hay, ESG Clauses and Dispute Risks, Dispute Risks, ESG, 11.12.2022, Rn. 3.

43 Richtlinie (EU) 2024/1760 vom 13. Juni 2024 über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937 und der Verordnung (EU) 2023/2859, Amtsblatt der Europäischen Union vom 05.07.2024.

Maßnahmen zur Optimierung von Logistikprozessen, oder auch Kontrollmechanismen damit Materialien und Werkstoffe unter ethischen und fairen Bedingungen beschafft werden.⁴⁴

Innerhalb des Netzwerks von Verträgen, die zur Errichtung einer Industrieanlage abgeschlossen werden müssen, ist der Anlagenbauvertrag ein grundlegendes Instrument, um die Einhaltung von ESG-Kriterien durch die verschiedenen Projektbeteiligten festzulegen.

In diesem Sinne ermutigen mehrere globale Organisationen Unternehmen, ihre ESG-Verpflichtungen klar und deutlich vertraglich festzulegen.

In den OECD-Leitsätzen von 2023 heißt es: ⁴⁵

„[...] Neben einer Reihe von weiteren Optionen haben die Unternehmen die folgenden Möglichkeiten, um ihren Einfluss auf Einheiten, mit denen sie eine Geschäftsbeziehung unterhalten, zu nutzen oder zu erhöhen: Unterstützung, Schulungen und Kapazitätsaufbau anbieten; die Einheiten im Rahmen eines Dialogs zu Vermeidung und/oder Minderung negativer Effekte auffordern; Erwartungen rund um verantwortungsvolles unternehmerisches Handeln und speziell Due Diligence in Managementverträge, die Anforderungen bei der Vorauswahl potenzieller Zulieferer, in Voting-Trust-, Lizenz-, Franchise-Vereinbarungen und andere Geschäftsverträge aufnehmen; geschäftliche Anreize mit Leistungen in Bezug auf verantwortungsvolles unternehmerisches Handeln verknüpfen; [...]“.

In Absatz 7.3.3.2 der ISO 26000-Richtlinien heißt es: ⁴⁶

„Eine Organisation kann, zusammen mit anderen, Einfluss nehmen, um entweder die positiven Auswirkungen auf die nachhaltige Entwicklung zu verbessern oder die negativen Auswirkungen so weit wie möglich zu begrenzen oder beides. Bei der Bewertung ihres Einflussbereichs und der Festlegung ihrer Verantwortlichkeiten sollte eine Organisation ihre Sorg-

44 P. Taillefer, Les facteurs environnementaux, sociaux et de gouvernance (ESG) dans le secteur de la construction : gérer les risques et générer des profits, 18.10.2022, Développement d'affaires – L'expertise de BDO Canada, verfügbar auf: <https://www.ccmm.ca/fr/blogue-ccmm/developpement-d-affaires/les-facteurs-esg-dans-le-secteur-de-la-construction-gerer-les-risques-et-generer-des-profits/>, Rn. 8.

45 OECD (2023), OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen zu verantwortungsvollem unternehmerischem Handeln, OCDE Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/abd4d37b-de>, Rn. 23.

46 ISO 26000 :2010(F), Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale, Novembre 2010, AFNOR 2010, Rn. 7.3.3.2.

faltspflicht wahrnehmen. Zu den Methoden der Einflussnahme gehören: [...] vertragliche Vereinbarungen oder Anreize“.

Für Unternehmen ist es also zwingend erforderlich, dass ihre Geschäftspartner ESG-Kriterien einhalten. Es muss dementsprechend eine vernünftige Verteilung der ESG-Sorgfaltspflichten in den Verträgen geben.⁴⁷

Gemäß Absatz 6.5.6.1 „Beschreibung des Handlungsbereichs“ der ISO 26000 kann eine Organisation verantwortungsbewusster werden, indem sie Maßnahmen zum Schutz der Umwelt und zur Wiederherstellung natürlicher Lebensräume sowie der verschiedenen Funktionen und Dienstleistungen, die Ökosysteme bereitstellen, ergreift.

Dazu gehört auch die Förderung einer umweltverträglichen städtischen und ländlichen Entwicklung die beispielsweise mit Stadtplanung, Gebäude und Bauwesen verbunden sein kann. Zu diesem Zweck heißt es in Absatz 6.5.6.2 „Maßnahmen und damit verbundene Erwartungen“, dass eine Organisation unter anderem den Schutz von natürlichen Lebensräumen, Moorlandschaften, Wäldern, Wildtierkorridoren, Schutzgebieten und landwirtschaftlich genutzten Böden in die Entwicklung von Gebäuden und Bauarbeiten einbeziehen sollte.⁴⁸

In Ihrer Darstellung des Einflusses von ESG-Normen auf Immobilien-transaktionen hat die französische Autorin C. Steimlé die Hauptziele des heutigen Trends dargestellt.⁴⁹ Zunächst werden Immobilien mit einem Netto-Kohlenstoffausstoß von null oder sogar mit positiver Energiebilanz angestrebt. In einem zweiten Schritt sollen die Baustellen umweltfreundlicher werden, indem Materialien optimiert recycelt oder wiederverwendet werden und verstärkt auf erneuerbare Materialien zurückgegriffen wird. In einem dritten Schritt werden Prozesse erzielt, die sicherstellen, dass ESG-Kriterien vor jeder Investition berücksichtigt werden. In einem vierten Schritt wird angestrebt, dass Standardvereinbarungen aktualisiert werden, insbesondere für Akquisitionsverträge, Finanzierungsdokumentationen, Vertriebsverträge, Mietverträge, oder auch Immobilien- und Asset-

47 „Le contrat et les clauses RSE, leviers incontournables de vigilance“, Etude croisée 2018 acheteurs-fournisseurs sur les clauses contractuelles RSE, Affectio Mutandi, Ecovadis, S. 11.

48 ISO 26000 :2010(F), Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale, November 2010, AFNOR 2010, Rn. 6.5.6.1 und 6.5.6.2.

49 C. Steimlé, L'impact croissant des critères ESG dans le secteur de l'immobilier, veröffentlicht am 30.11.2021, verfügbar auf: <https://www.businessimmo.com/contents/132576/limpact-croissant-des-criteres-esg-dans-le-secteur-de-limmobilier>, Rn. 10.

Management-Verträge. Schließlich soll auch eine bessere Berücksichtigung der Aspekte „Soziales“ und „Governance“ der ESG-Kriterien erreicht werden.

Von besonderer Relevanz für die vertragliche Gestaltung von ESG-Normen im Rahmen internationaler Anlagenbauprojekte ist das Bericht der International Bar Association („IBA“) über ESG-Verpflichtungen und daraus entstehende Streitigkeiten, das im Jahre 2023 veröffentlicht wurde.⁵⁰

Dieser Bericht gibt wesentliche Richtlinien über den möglichen Inhalt von ESG-Klauseln, die für den internationalen Anlagenbauvertrag ganz passend sind:⁵¹

“Regardless of the industry, sector or type of contract, ESG clauses provide for socially conscious standards of behaviour, and relate to, inter alia:

- (i) environmental laws or regulations, such as the use of specific products or packaging and shipment requirements;
- (ii) human or social rights or labour rights, including laws or regulations that prohibit the engagement of child labour or impose obligations to provide a healthy and safe work environment or to take steps to ensure that the companies are not supporting harmful practices through their supply chain, such as the Modern Slavery Act 2015 in the UK
- (iii) obligations to withhold from engaging in or working with companies linked to bribery and other corrupt practices, including laws or regulations such as Foreign Corrupt Practices Act 1977 in the US and Bribery Act 2010 in the UK; and
- (iv) compliance with voluntary standards for ESG issues such as the United Nations („UN“) Guiding Principles on Business and Human Rights, Equator Principles and the International Finance Corporation („IFC“) Performance Standards.“

50 Report on use of ESG contractual obligations and related disputes – ESG Subcommittee of the IBA Arbitration Committee, Oktober 2023, IBA Veröffentlichungen, verfügbar auf: <https://www.ibanet.org/report-on-use-of-ESG-contractual-obligations>.

51 Report on use of ESG contractual obligations and related disputes – ESG Subcommittee of the IBA Arbitration Committee, Oktober 2023, IBA Veröffentlichungen, S. 9.

Der Bericht beinhaltet auch wichtige Informationen über vertragliche Sanktionen („contractual remedies“) falls eine Vertragspartei ihre ESG-Verpflichtungen nicht nachkommt.⁵²

Während die Bearbeitung von ESG-Klauseln im Anlagenvertrag von zentraler Bedeutung ist, müssen Verträge mit Subunternehmern und Lieferanten nicht vergessen werden, denn durch diese Verträge können ESG-Anforderungen auf die gesamte Lieferkette ausgedehnt werden.

2. ESG-Anforderungen in Verträgen mit Subunternehmern und Lieferanten

Aufgrund der Dimension und Komplexität von Großprojekten können selbst riesige Konzerne diese Projekte nicht ohne Einschaltung von zahlreichen Unternehmen und Lieferanten abwickeln.⁵³

Bei der Errichtung von Industrieanlagen ist es sogar nicht unüblich, dass vom Generalunternehmer mehrere hundert Subunternehmer in das Projekt einbezogen werden.⁵⁴

Deshalb sind in der Bau- und Anlagenbaubranche „ESG-Charter“ oder „CSR-Charter“ entwickelt worden, um ESG-Verpflichtungen des Generalunternehmens auf Subunternehmer und Lieferanten abzuwälzen.⁵⁵

Die Mehrheit der Auftraggeber, die in einer Kreuzstudie von Affectio Mutandi und Ecovadis aus dem Jahr 2018 befragt wurden, schließt systematisch eine ESG-Klausel ein, und 72 % der befragten Auftraggeber nehmen in ihre ESG-Klausel Elemente auf, die Rang 2 Lieferanten und Subunternehmer abdecken, insbesondere durch die Verpflichtung, die Namen der an der Lieferkette beteiligten Lieferanten und Subunternehmer zu melden.⁵⁶

52 Report on use of ESG contractual obligations and related disputes – ESG Subcommittee of the IBA Arbitration Committee, Oktober 2023, IBA Veröffentlichungen, S. 15-17.

53 P. Le Goff, Die Vertragsstrafe in internationalen Verträgen zur Errichtung von Industrieanlagen, Tenea Verlag 2005, Berlin, S. 233.

54 M. Lappe, Risikoverteilung bei Turn-Key-Projekten des internationalen Industrieanlagenbaus – Zugleich ein Beitrag zur Typologie des Industrieanlagenvertrages, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum 1987, S. 6.

55 Siehe z.B. die CSR-Richtlinie des französischen Baukonzerns Bouygues, verfügbar auf: <https://fournisseurs.bouygues-construction.com/en/csr-charter>.

56 „Le contrat et les clauses RSE, leviers incontournables de vigilance“, Etude croisée 2018 acheteurs-fournisseurs sur les clauses contractuelles RSE, Affectio Mutandi, Ecovadis, S. 22 bis 25.

Dieser Trend widerspiegelt das Bedürfnis, Subunternehmer und Lieferanten auf ESG-Anforderungen aufmerksam zu machen, denn in verschiedenen Ländern sind in den letzten Jahren Maßnahmen ergriffen worden, um mehr Transparenzpflicht in die Lieferketten einzuführen. Man kann hier z.B. der kalifornische *Transparency in Supply Chains Act* von 2012, der *Modern Slavery Act* im Vereinigten Königreich von 2014 oder auch das Gesetz über die Sorgfaltspflicht bei Kinderarbeit in den Niederlanden von 2017 erwähnen.⁵⁷

In der Europäischen Union wird die CSDDD dazu führen, dass Unternehmen im Geltungsbereich der Richtlinie verpflichtet werden, eine Sorgfaltspflicht in Bezug auf Umwelt und Menschenrechte in die Lieferkette zu integrieren. Diese Richtlinie baut auf verschiedenen Regelungen auf, die auf ESG-Kriterien in die Lieferkette basieren, wie der EU-Verordnung über nachhaltige Finanzberichterstattung („Sustainable Finance Disclosures Regulation“, „SFDR“) und der EU-Richtlinie über die Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen („Corporate Sustainability Reporting Directive“, „CSRD“) mit denen sie interagiert.⁵⁸

Im französischen Recht wurde mit dem Gesetz Nr.2017-399 vom 27.03.2017 („Loi sur le devoir de vigilance“) eine Haftung für Unternehmen eingeführt, die bestimmte Sorgfaltspflichten im Rahmen ihrer vertraglichen Beziehungen mit regelmäßigen Subunternehmern und Lieferanten vernachlässigen.⁵⁹ Dieses Gesetz ist nun in den Artikeln L. 225-102-4 und L. 225-102-5 des französischen Handelsgesetzbuchs verankert.⁶⁰

Gemäß Artikel L. 225-102-4 müssen betroffene Unternehmen ein sog. Wachsamkeitsplan („plan de vigilance“) erstellen.⁶¹ Angemessene Sorgfaltsmaßnahmen sollen demnach umgesetzt werden, um Risiken zu erkennen

57 „Le contrat et les clauses RSE, leviers incontournables de vigilance“, Etude croisée 2018 acheteurs-fournisseurs sur les clauses contractuelles RSE, Affectio Mutandi, Ecovadis, S. 6.

58 J. Barnett, The Answer My Friend... Is Blowing In The Wind: ESG in EU-Related Supply Chains, 21.03.2023, Energy, Energy Charter Treaty, ESG, CSDDD & CSRD – What are they?

59 Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, verfügbar auf : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290626/>.

60 S. François, Revue des sociétés, Le devoir de vigilance : quelle responsabilité civile ? Rev. Société 2023. 595, Rn. 3.

61 Für ausführliche Erläuterungen zum Thema „devoir de vigilance“, siehe P. Durand-Barthez & P. Le Goff, Le Guide de la Gouvernance des Sociétés, Dalloz 2023, S.587-590.

und schwere Verstöße gegen die Menschenrechte und Grundfreiheiten, die Gesundheit und Sicherheit von Personen, sowie Umweltschäden, zu verhindern. Diese Sorgfaltsmaßnahmen erstrecken sich nicht nur auf Tochtergesellschaften, sondern auch auf die Tätigkeiten von Subunternehmern oder Lieferanten, mit denen eine etablierte Geschäftsbeziehung unterhalten wird.

Für die internationale Bau- und Anlagenbaubranche ist es sinngemäß zu erwarten, dass das Wachsamkeitsplan insbesondere die Risiken von Arbeitsunfällen auf der Baustelle oder Ausbeutung von Gastarbeitern verarbeitet.⁶²

Im deutschen Recht verpflichtet das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz („LkSG“) Firmen, die unter dieses Gesetz fallen, Risiken in Bezug auf Menschenrechte und Umwelt in ihrem eigenen Tätigkeitsbereich und in ihre Lieferkette zu identifizieren und zu bewerten.⁶³

Mit dem LkSG wird zum ersten Mal in Deutschland die Verantwortung von Unternehmen für die Einhaltung der Menschenrechte in die Lieferkette gesetzlich geregelt.⁶⁴ Ihr Ziel ist es, die Menschenrechtssituation und den Umweltschutz entlang der globalen Lieferketten zu verbessern.

Diese gesetzlichen Entwicklungen in Frankreich und Deutschland betreffen zwangsweise Anlagenbauprojekte im Exportgeschäft, denn die neuen gesetzlichen Verpflichtungen betreffen nicht nur die vertraglichen Beziehungen mit Subunternehmern und Lieferanten auf dem nationalen Markt, sondern auch auf der internationalen Ebene.

3. Die Auswirkungen der Nichteinhaltung von ESG-Klauseln

Sollte eine Vertragspartei bei internationalen Anlagenbauprojekten ihre ESG-Verpflichtungen nicht nachkommen, kann dies zunächst einmal zu vertraglichen Sanktionen führen. Man denkt etwa an die Suspendierung

62 Siehe z.B. das „plan de vigilance“ und ähnliche Sicherheitsmaßnahmen der Konzerne Vinci, Eiffage, oder auch Bouygues, verfügbar auf: <https://www.vinci.com/vinci.nsf/fr/item/plan-vigilance.htm>, <https://www.eiffage.com/groupe/l-ethique-et-responsabilite-sociale-du-groupe-eiffage>, <https://www.bouygues.com/chaine-de-valeur-responsable/>.

63 B. Querenet-Hahn / M. Ndiaye, *Revue Internationale de la Compliance et de l’Ethique des Affaires* n°5, Octobre 2021, comm. 214, German Supply Chain Due Dilligence Act, Rn. 1. Preliminary Remarks.

64 T. Safarik, Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, in: RA C. Gehling / Prof. Dr. J. Lieder / RAin Dr. C. Lüneborg, CRZ, *Zeitschrift für Corporate Responsibility & Recht in der Lieferkette*, September 2023, 1. Jahrgang, S. 2, Rn. 1.

des betroffenen Vertrags, oder an die Kündigung des Vertrags mit Schadensersatzansprüchen in krassen Fällen von Rechtsverletzungen.

Die Nichteinhaltung von ESG-Klauseln kann aber andere Auswirkungen haben, wenn aufgrund der Vertragsverletzung die andere Vertragspartei ihre gesetzlichen ESG-Verpflichtungen nicht erfüllen kann.

Der französische Gesetzgeber hat mit dem „Loi sur le devoir de vigilance“ vom 27.03.2017 nämlich vorgesehen, dass eine Muttergesellschaft, die ihre Sorgfaltspflicht nicht erfüllt, gegenüber den Opfern außervertraglich haftet, auch wenn der Schaden durch die Tätigkeit einer Tochtergesellschaft, eines Subunternehmers oder eines Lieferanten im Ausland verursacht wurde.⁶⁵

Darüber hinaus kann gemäß Artikel L. 225-102-4 II des französischen Handelsgesetzbuchs das zuständige Gericht, wenn ein Unternehmen, das zur Einhaltung der in diesem Artikel festgelegten Verpflichtungen aufgefordert wurde, diese nicht innerhalb von drei Monaten nach der Aufforderung erfüllt, das Unternehmen anweisen, die Verpflichtungen einzuhalten, gegebenenfalls unter Verhängung eines Zwangsgelds („astreinte“).

In Deutschland veröffentlicht das BAFA, das für die Überwachung und Durchsetzung des LkSG zuständig ist, u. a. sektorübergreifende oder sektorspezifische Informationen, Leitlinien und Empfehlungen zur Einhaltung des Gesetzes.⁶⁶ Aber auch Betroffene können eine Beschwerde über einen möglichen Verstoß gegen das LkSG beim BAFA einreichen, das dann Maßnahmen ergreifen und untersuchen wird, um einen möglichen Verstoß festzustellen und auf dessen Beseitigung hinzuwirken.⁶⁷

Bei Nichteinhaltung der Verpflichtungen aus dem LkSG sind verschiedene Konsequenzen denkbar, darunter Verwaltungssanktionen. Wenn Unternehmen, die von den Verpflichtungen des LkSG betroffen sind, diese nicht einhalten, drohen Geldbußen von bis zu 800 000 EUR und bei Unternehmen mit einem durchschnittlichen weltweiten Jahresumsatz von

65 S. François, *Revue des sociétés*, Le devoir de vigilance : quelle responsabilité civile ? *Rev. Société* 2023. 595, L'essentiel.

66 B. Querenet-Hahn / M. Ndiaye, *Revue Internationale de la Compliance et de l'Ethique des Affaires* n°5, Octobre 2021, comm. 214, Devoir de diligence des entreprises, German Supply Chain Due Diligence Act, Rn. 4 & 5.

67 B. Querenet-Hahn / M. Ndiaye, *Revue Internationale de la Compliance et de l'Ethique des Affaires* n°5, Octobre 2021, comm. 214, Devoir de diligence des entreprises, German Supply Chain Due Diligence Act, Rn. 4 & 5.

über 400 000 000 EUR bis zu 2 % des gesamten weltweiten Jahresumsatzes des Konzerns.⁶⁸

Artikel 29 der CSDDD sieht eine zivilrechtliche Haftung für Schäden vor, wenn Unternehmen ihre Verpflichtungen verletzt haben. Darüber hinaus wird es gemäß Artikel 27 erwartet, dass Mitgliedstaaten Vorschriften über Sanktionen erlassen, die wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen.

Damit kann festgestellt werden, dass die Bearbeitung von ESG-Standards, und deren Einhaltung, im internationalen Anlagenbaugeschäft nicht mehr eine reine Option für die Projektbeteiligten darstellt, sondern eine unvermeidbare Aufgabe geworden ist.

68 LkSG, §24 (Bußgeldvorschriften).

Zur AGB-rechtlichen Transparenz von Ersetzungsklauseln in Anleihebedingungen

Thomas Pfeiffer

I. Vorbemerkung¹

Zu den zentralen Themen des Oeuvres von Georgios Gounalakis zählt der elektronische Rechtsverkehr.² Er hat auch erhebliche Teile des klassischen Wertpapiergeschäfts erfasst, so dass etwa auch Unternehmensanleihen heute in digitaler Form emittiert oder gehandelt werden. Blickt man aber auf das Werk des Jubilars in seiner Breite, so umfasst es ohnehin auch bankrechtliche Fragen, so dass der Verfasser auf freundliches Interesse an den nachstehenden Überlegungen hofft.

II. Ersetzungsklauseln in Anleihebedingungen

Ersetzungsklauseln sind dadurch gekennzeichnet, dass sie dem Anleihe-schuldner ermöglichen sollen, an die Stelle des ursprünglich oder bisher Verpflichteten eine andere juristische Person zu setzen. Sie sehen typischerweise eine einseitige Befugnis des Schuldners vor, seine Schuldnerstellung auf eine andere Person zu übertragen. Eine derartige Ersetzung kann aus unterschiedlichen Gründen erstrebenswert sein. Typische Fälle umfassen eine aus wirtschaftliche Gründen angestrebte Restrukturierung der Unternehmensgruppe des Anleiheschuldners oder eine Veränderung steuerlicher Rahmenbedingungen. Die Anforderungen an derartige Ersetzungsklauseln sind aber, wie zu zeigen sein wird, nicht hinreichend geklärt. Das gilt insbesondere für die für derartige Klauseln geltenden Transparenz-erfordernisse. Ersetzungsklauseln haben – mit Ausnahme eines vieldiskutierten

1 Teile dieses Beitrags wurden durch ein im Auftrag von Anleihegläubigern verfasstes Rechtsgutachten des Verfassers inspiriert.

2 Wegweisend etwa G. Gounalakis, *Rechtshandbuch Electronic Business*, 2003.

Beschlusses des OLG Frankfurt aus dem Jahre 2012³ – bisher kaum je zu gerichtlichen Entscheidungen geführt, so dass Klärungsbedarf besteht.

III. Normative Rahmenbedingungen

Die normativen Rahmenbedingungen der für Ersetzungsklauseln geltenden Transparenzanforderungen sind nur zum Teil klar.

1. Anwendbarkeit des AGB-Rechts auf Anleihebedingungen

Die grundsätzliche Anwendbarkeit der Vorschriften des AGB-Rechts (mit der atypischen Ausnahme des § 305 Abs. 2 BGB) auf Anleihebedingungen kann heute sowohl bei Eigenemissionen als auch bei Fremdemissionen als geklärt gelten⁴ und braucht nicht weiter vertieft zu werden.

2. Zum Geltungsbereich verbraucherrechtlicher Maßstäbe

Unternehmensanleihen werden praktisch in erheblichem Umfang von unternehmerischen Anlegern erworben. Daraus ergibt sich die Frage, inwieweit es auf die Besonderheiten des unternehmerischen Rechtsverkehrs im Sinne des § 310 Abs. 1 BGB ankommt. Insofern ist allerdings zunächst zu beachten, dass private Kapitalanleger grundsätzlich als Verbraucher anzusehen sind.⁵ Das gilt unabhängig von der Art der Vermögensanlage oder Vermögensverwaltung, sofern die Schwelle zur professionellen Tätigkeit nicht überschritten wird.⁶ Ein bestimmter Höchstbetrag lässt sich hierfür aber nicht bestimmen, weil es sich auch bei sehr großen Beträgen um eine private Anlage handeln kann.⁷ Gewinnerzielungsabsicht, ein spekula-

3 OLG Frankfurt, 27.03.2012 – 5 AktG 3/11 –, juris.

4 BGHZ 163, 311, juris Rn. 13; BGHZ 183, 220, Rn. 12; BGH 30.6.2009, XI ZR 364/08, NJW-RR 2009, 1641, Rn. 20; für Genussscheine s. BGHZ 119, 305, juris Rn. 13.

5 Ohne ausdrückliche Stellungnahme, aber wohl eher bejahend EuGH 19. 1. 1993, Rs C-89/91, Slg 1993, I-139 – Shearson Lehmann Hutton Inc. ./ TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH (zu EuGVÜ Art 13).

6 EuGH, 03.10.2019, C-208/18 – Petruchová.

7 EuGH, 03.10.2019, C-208/18 – Petruchová.

tiver Charakter oder die tatsächliche Erzielung eines Erlöses stehen der Verbrauchereigenschaft nicht entgegen.⁸

Vor diesem Hintergrund stellt die Rechtsprechung auf die Zirkulationsfähigkeit von Anleihen ab. Da Schuldverschreibungen vielfach frei handelbar sind (und daher auch von Nichtunternehmern erworben werden können) und die Anleihebedingungen gegenüber allen Inhabern (ob Unternehmer oder Nichtunternehmer) einheitlich gelten müssen⁹, werden diese gegebenenfalls wie gegenüber einem Nichtunternehmer verwandte Vertragsbedingungen behandelt, so dass die außerhalb des Unternehmensverkehrs geltenden allgemeinen, gegebenenfalls auch verbraucherrechtlichen Maßgaben angewandt werden. Dies gilt unabhängig davon, ob ein einzelner Inhaber zu irgendeinem Zeitpunkt ein Verbraucher (§ 13 BGB) oder ein anderer Nichtunternehmer ist oder nicht; die tatsächliche Möglichkeit, dass die Schuldverschreibungen gehandelt werden, reicht aus.

3. Zur Beachtlichkeit der Klauselrichtlinie

Die vorstehend angesprochene – von der Ausgestaltung abhängige – verbraucherrechtliche Dimension von Anleihebedingungen führt zur Frage, inwieweit Anleihebedingungen der Richtlinie 93/13 unterliegen. Die Frage spielt vielfach keine Rolle, weil die Anwendbarkeit des AGB-Rechts schon kraft nationalen Rechts feststeht. Hinsichtlich des Transparenzgebots liegt dies jedoch deshalb anders, weil § 3 SchVG ein eigenständiges schuldverschreibungsrechtliches Transparenzgebot vorsieht, dessen Verhältnis zum AGB-rechtlichen Transparenzgebot des § 307 Abs. 3 S. 2 und Abs. 1 S. 2 BGB auch von der Anwendbarkeit der Klauselrichtlinie abhängt (dazu näher sogleich unter 4.).

Die Anwendbarkeit der Klausel-RL auf Wertpapierbedingungen ist zwar nicht abschließend geklärt.¹⁰ Ein gewisser Anhaltspunkt für eine Anwendbarkeit der Richtlinie ergibt sich in der Rechtsprechung des EuGH aller-

8 BGHZ 226, 39, Rn. 28; Schweizerisches Bundesgericht, 4.6.1995, BGE 121 III, 343 zu LugÜbk Art 13.

9 BGH 19.II.2009, III ZR 108/08, NJW 2010, 1277, Rn. 12-14, zum Parallelproblem eines Vertrags über die Mittelverwendungskontrolle zwischen einem Fonds und einem Wirtschaftsprüfer, dessen Bedingungen einheitlich zwischen dem Prüfer und jedem einzelnen Anleger gelten müssen.

10 T. Pfeiffer in Wolf/W. Lindacher/T. Pfeiffer AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, RL Anh Nr. 2c, Rn. 202; BT-DRs 16/12814, S. 13.

dings aus der Handhabung von Gerichtsstandsklauseln in Emissionsbedingungen, die von einer Wirkungserstreckung auf Dritterwerber durch Zustimmung entlang der vertraglichen Handelskette ausgeht.¹¹ Legt man dies zugrunde, liegt eine Anwendung der Richtlinie auf Anleihebedingungen nahe. Teleologisch ist eine solche Anwendung zudem jedenfalls dann schwerlich abweisbar, wenn es um die Verwendung gegenüber einem Verbraucher geht.¹² Demgegenüber liegt die Frage, inwieweit sich daraus infolge der Notwendigkeit einer einheitlichen Behandlung Rückwirkungen des aus der Richtlinie folgenden Maßstabs auf andere Anleihegläubiger ergeben, außerhalb von deren Regelungsbereich und ist durch das nationale Recht zu beantworten.

4. Das Verhältnis des AGB-rechtlichen Transparenzgebots zu § 3 SchVG

Außerhalb des AGB-rechtlichen Transparenzgebot in § 307 Abs. 1 S. 2 BGB sind Transparenzanforderungen in § 3 SchVG angesprochen. Das Verhältnis beider Vorschriften ist seit dem Erlass des § 3 SchVG unklar. Zwar wird § 3 SchVG durch die Gesetzesmaterialien als „spezialgesetzliches Transparenzgebot“ bezeichnet.¹³ Wie ein genauerer Blick bestätigt, lässt sich daraus aber nicht schließen, dass § 3 SchVG die Funktion einer Lex specialis gegenüber § 307 Abs. 1 S. 2 BGB zukommen kann.

Dazu ist vorweg zur Vermeidung von Missverständnissen klarzustellen, dass „spezialgesetzlich“ inhaltlich nicht dasselbe bedeutet wie „speziell“ oder „spezieller“, weil der Begriff „spezialgesetzlich“ lediglich eine normative Standortangabe, aber keine Beschreibung des systematischen Verhältnisses zweier sich überschneidender Vorschriften ausdrückt. Entscheidend sind aber andere Überlegungen: Im Hinblick auf § 307 Abs. 1 S. 2 BGB geht die Regierungsbegründung zu SchVG in zweifacher Hinsicht von Unklarheiten aus. Erstens sah es der Gesetzgeber seinerzeit als noch nicht abschließend geklärt an, ob und inwieweit der BGH Anleihebedingungen einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB unterzieht. Zweitens sah man das Eingreifen der Klauselrichtlinie als nicht abschließend geklärt an. Die Regierungsbegründung zu § 3 SchVG führt daher ausdrücklich aus, das *„von einer besonderen Regelung der Frage, ob eine AGB-Kontrolle von An-*

11 EuGH 20.4.2016, C-366/13, ECLI:EU:C:2016:282, Rn. 36 – Profit Investment.

12 T. Pfeiffer in Wolf/W. Lindacher/T. Pfeiffer AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, RL Anh Nr. 2c, Rn. 203.

13 BT-Drucks. 16/12814 S. 13.

leihebedingungen nach § 305 ff. BGB [die nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB die AGB-rechtliche Transparenzkontrolle umfassen, T.P.] *stattfindet, abgesehen*“ werde. Wenn das Gesetz die Frage, ob eine AGB-Inhaltskontrolle (einschließlich der zugehörigen Transparenzkontrolle) stattfinden soll, offen lässt, kann sie auch nicht über die Hintertür einer angeblichen vorrangigen Spezialität (die eben nicht ohne weiteres dasselbe ist wie ein bloßer spezialgesetzlicher Standort) in das SchVG hineingelesen werden. Anders gesagt: Zu einer Verdrängung des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB wird im SchVG nichts gesagt; sie ist zudem gerade nicht gewollt. Das SchVG soll zur Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB gerade keinerlei Regelung treffen.

Diese Einschätzung wird durch einen weiteren Gesichtspunkt erhärtet. Das AGB-rechtliche Transparenzgebot in § 307 Abs. 1 S. 2 BGB setzt (im Bereich der Verbraucherverträge) das unionsrechtliche Transparenzgebot in Art. 5 S. 1 Klausel-RL 93/13 um. Da die Umsetzung durch eine solche nationale Vorschrift nach der Rechtsprechung des EuGH zwingend ist¹⁴, dürfte der nationale Gesetzgeber diese nationale Umsetzung (in Deutschland: § 307 Abs. 1 S. 2 BGB) im Anwendungsbereich der Klausel-RL weder abschaffen, noch einschränken. Dieses mögliche Eingreifen des Klausel-RL hatte der Gesetzgeber des SchVG auch vor Augen und zog daraus die in der Regierungsbegründung ausdrücklich formulierte und nachvollziehbare Konsequenz, unionsrechtlich auf eine Klarstellung des Anwendungsbezirks der Klausel-RL im Hinblick auf Anleihebedingungen hinwirken zu wollen. Der Gesetzgeber hatte also gesehen, dass eine Verdrängung des § 307 Abs. 3 S. 2 BGB durch § 3 SchVG unionsrechtswidrig sein könnte. Anzunehmen, dass das Gesetz dennoch eine Verdrängung des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB durch § 3 SchVG im Wege der Spezialität bewirken solle, unterstellt dem Gesetzgeber einen Eventualvorsatz zum Unionsrechtsverstoß. Für eine solche Unterstellung findet sich indessen weder im SchVG, noch in den Materialien eine tragfähige Grundlage. Die Regierungsbegründung sagt vielmehr ausdrücklich, die Maßgaben des EU-Rechts müssten hierzu geklärt werden. Die Annahme einer verdrängenden Spezialität widerspricht auch deshalb den Zwecken des Gesetzes. Insgesamt ist deshalb festzuhalten, dass § 3 SchVG ungeeignet ist, § 307 Abs. 1 S. 2 BGB im Wege der Spezialität zu verdrängen.

14 EuGH 10.5.2001, C-144/99, ECLI:EU:C:2001:257 – Kommission./Niederlande.

IV. AGB-rechtliche Transparenz

1. Relevanz des Bestimmtheitsgebots

Soweit die Transparenz von Ersetzungsklauseln zu beurteilen ist, geht es vor allem um das Bestimmtheitsgebot. Nach dem Bestimmtheitsgebot müssen tatbestandliche Voraussetzungen und Rechtsfolge einer Klausel so gefasst werden, dass keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume des Verwenders bestehen.¹⁵ Ein typischer Fall eines Transparenzverstößes liegt namentlich dann vor, wenn eine Klausel dem Verwender unbegrenzte Entscheidungsspielräume eröffnet.¹⁶ Dabei müssen die Anforderungen des Transparenzgebots aber stets situationsadäquat bleiben und sich an dem ausrichten, was der Rechtsverkehr vernünftigerweise erwarten kann. Können beispielsweise nicht sämtliche, sondern nur bestimmte zukünftige Anwendungsfälle einer Klausel vorhergesehen werden, kann sich eine Klausel auf eine generalklauselartige Formulierung und beispielhafte, typische Konkretisierungen beschränken.¹⁷

Auf dieser Grundlage stellt sich bei Ersetzungsklauseln vor allem die Frage nach der Bestimmtheit auf der Voraussetzungsseite dieser Klauseln. Verbreitet oder gar üblich sind Ersetzungsklauseln, die es dem Anleihe-schuldner „jederzeit“ („*at any time*“) ermöglichen, seine Verpflichtungen mit befreiender Wirkung auf einen anderen Schuldner zu übertragen, ohne dass hierfür bestimmte situative Voraussetzungen formuliert oder einzelne (typische) Fälle einer Ersetzung genannt werden.

2. Berücksichtigung der Bedeutsamkeit der Rechtsfolgen der Klausel

Bei der Anwendung des Transparenzgebots spielt auch die Bedeutsamkeit der von der Klausel begründeten oder durch sie ausgeschlossenen Rechtsposition eine Rolle. Die Voraussetzungen von Nachteilen und Sanktionen gegen den Kunden müssen beispielsweise umso präziser umschrieben werden, je schärfer die Sanktion ist.¹⁸

15 T. Pfeiffer in Wolf/W. Lindacher/T. Pfeiffer AGB-Recht, 7. Aufl. 2020 § 307 BGB, Rn. 258.

16 BGH 9.6.2011, III ZR 157/10, NJW-RR 2011, 1618 Rn. 27; BGHZ 165, 12 juris Rn. 23; BGH 3.3.2004, III ZR 151/03, juris Rn. 18; BGH, 5.11.2003, VIII ZR 10/03, NJW 2004, 1598, 1600.

17 BGH 9.6.2011, III ZR 157/10, NJW-RR 2011, 1618, Rn. 27-29; BGHZ 208, 52-75, Rn. 39.

18 Vgl. z.B. BGH 16.5.1990 IV ZR 137/89, NJW 1990, 2388, 2389.

Vor diesem Hintergrund ist es von erheblicher Bedeutung, dass eine Ersetzungsklausel, durch die ein Schuldner von seiner vertraglichen Verpflichtung befreit und durch einen anderen ersetzt wird, von dem für alle vertraglichen Verpflichtungen wesentlichen Grundsatz der Bindung an vertragliche Vereinbarungen („*pacta sunt servanda*“, §§ 311 Abs. 1, 241 Abs. 1 BGB) abweicht.¹⁹ Klauseln, die ein Recht des Schuldners vorsehen, die vertraglichen Pflichten der Parteien einseitig zu ändern, führen zu einer Änderung der *Essentialia negotii*. Dies ist insbesondere in den Fällen von Bedeutung, in denen es dem Gläubiger je nach Art des geschlossenen Vertrags typischerweise nicht gleichgültig ist, wer der Schuldner ist, da er ein Interesse daran haben muss, die Zuverlässigkeit, Kreditwürdigkeit und Zahlungsfähigkeit des zu ersetzenden Schuldners sicherzustellen.²⁰ Zur Verlässlichkeit in diesem Sinne gehört auch die Stabilität des rechtlichen Rahmens, in dem der Schuldner handelt. Diese Leitlinien gelten auch für die Anleihebedingungen.²¹

Ersetzungsklauseln entfalten mithin eine erhebliche Wirkung auf den Anleihegläubiger, weil der Schuldner aufgrund einer solchen Klausel seine eigenen vertraglichen Verpflichtungen auf einen anderen übertragen und damit seinen Gläubigern einen anderen Schuldner aufdrängen kann. Darüber hinaus kann ein Schuldner nach § 415 BGB nicht ohne vorherige Zustimmung des jeweiligen Gläubigers ausgetauscht werden, woraus sich bei Ersetzungsklauseln ebenfalls eine ebenfalls ein erheblicher Eingriff in die Rechtsposition des Gläubigers ergibt.²²

Im Falle der Gewerberaummieta hat die Rechtsprechung eine Ersetzungsklausel auf Vermieterseite zwar als wirksam angesehen.²³ Dabei wurde aber erstens zugleich die Geltung der vorstehenden Grundsätze bestätigt.²⁴ Zweitens steht die Akzeptabilität derartiger Klauseln auch nach dieser Rechtsprechung unter dem Vorbehalt einer Einzelfallbetrachtung. Drittens gilt im Mietrecht insofern eine grundsätzlich andere Ausgangslage, als eine Vermieterersetzung durch das Gesetz selbst nach § 566 BGB (gegebenen-

19 BGH, 15.11.2007, III ZR 247/06, NJW 2008, 360 Rn. 21; ferner BGH, 8.12.2010, VIII ZR 343/09, NJW 2011, 1215, Rn. 14.

20 BGH, 9.6.2010, XII ZR 171/08, NJW 2010, 3708, Rn. 22; BGH, 29.02.1984, VIII ZR 350/82, NJW 1985, 53.

21 BGH 30.6.2009, XI ZR 364/08, NJW-RR 2009, 1641, Rn. 24.

22 BGH, 9.6.2010, XII ZR 171/08, NJW 2010, 3708, Rn. 22; BGH, 29.02.1984, VIII ZR 350/82, NJW 1985, 53.

23 BGH, 9.6.2010, XII ZR 171/08, NJW 2010, 3708.

24 BGH, 9.6.2010, XII ZR 171/08, NJW 2010, 3708, Rn. 22.

falls in Verbindung mit § 578 Abs. 1 und 2 oder § 565 BGB) ausdrücklich vorgesehen und dem Mieter auch deshalb zumutbar ist, weil sein Leistungsinteresse durch seine besitzrechtliche Stellung (und § 566 BGB) im vertraglich vorgesehenen Umfang geschützt ist.

Nur der Klarstellung halber sei noch erwähnt, dass die Möglichkeit einer Schuldnerersatzung nach § 5 Abs. 3 Nr. 9 SchVG insoweit ebenfalls irrelevant ist, weil sie durch das Erfordernis einer 75%-Mehrheit einen anderweitigen, effektiven Schutzmechanismus zugunsten der Schuldner vorsieht. Für den Fall einer einseitig durch den Schuldner vorgenommenen Ersetzung ohne Zustimmung einer solchen qualifizierten Schuldnermehrheit ergibt sich daraus nichts.

Deshalb bleibt es bei der Würdigung, dass eine Ersetzungsklausel in Anleihebedingungen einen erheblichen Eingriff in die Rechtsposition des Gläubigers begründet. Das kann bei der Beurteilung der Transparenzanforderungen bei Ersetzungsklauseln nicht unberücksichtigt bleiben.

3. Mangelnde Bestimmtheit einer jederzeitigen Ersetzungsbefugnis

Das grundsätzliche Erfordernis, dass Ersetzungsklauseln die Voraussetzungen und Folgen einer Schuldnerersatzung klar und verständlich nennen muss, ist anerkannt.²⁵ Ein Teil der Literatur zieht aus dem Transparenzgebot die weitere ausdrückliche Konsequenz, dass Ersetzungsklauseln die in Betracht kommenden Austauschgründe nennen müssen.²⁶ Andere erwähnen ein derartiges Erfordernis nicht und gehen (ausdrücklich oder stillschweigend) ersichtlich davon aus, dass ein solches Erfordernis nicht gilt.²⁷

25 D. Bliesener/H. Schneider in K. Langenbucher/D. Bliesener/G. Spindler, Bankrechts-Kommentar, 3. Auflage 2020, § 5 SchVG, Rn. 30; L. Röh/R. Dörfler in T. Preuß, Schuldverschreibungsgesetz, 2011, § 4 SchVG, Rn. 22.

26 K. Birke in T. Reinhard/A. Schall, 2020, § 5 SchVG, Rz. 86; M. Hartwig-Jakob in M. Friedl/M. Hartwig-Jakob, Frankfurter Kommentar zum Schuldverschreibungsgesetz, 2nd edition 2022, § 3 SchVG, Rz. 103; M. Hartwig-Jakob in J. Ekkenga, Handbuch der AG-Finanzierung, 2. Aufl. 2019, Kapitel 12, Rz. 341; H. Masuch, Anleihebedingungen und AGB-Gesetz, 2001, S. 221, der davon ausgeht, dass eine Ersetzungsklausel unwirksam ist, wenn der Schuldner danach frei über die Ersetzung entscheiden kann.

27 S. oben Fußnote 25; ausdrücklich gegen ein solches Erfordernis nunmehr C. Thole in K. Hopt/C. Seibt, Schuldverschreibungsrecht, 2. Auflage 2023, § 5 SchVG, Rz. 84 (anders noch in der 1. Aufl. 2019) ohne ausdrückliche Stellungnahme T. Fest, Anleihebedingungen, 2022, S. 297, Fußn. 702.

Legt man die für das Bestimmtheitsgebot²⁸ als Ausprägung des Transparenzgebots geltende allgemeinen Maßgabe zugrunde, dass sich der Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume vorbehalten darf, stellt sich vor allem die Frage, ob es ein berechtigtes Interesse des Emittenten gibt, auf jegliche Eingrenzung der Ersetzungsfälle zu verzichten. Dabei wird man berücksichtigen müssen, dass das Bestimmtheitsgebot seinerseits eine bewegliche Vorgabe enthält, die keine abschließende Nennung oder Umschreibung aller in Betracht kommenden Anwendungsfälle verlangt, wenn diese nicht vollständig vorhersehbar sind. Jedoch führt die Unmöglichkeit einer umfassenden und abschließenden Konkretisierung der fraglichen Anwendungsfälle gerade nicht zu einer vollständigen Entbindung von den Erfordernissen hinreichender Bestimmtheit, weil es dann immer noch möglich ist, eine generalklauselartige Bezeichnung mit der Nennung der wichtigsten Anwendungsfälle zu verbinden. So ist es z.B. möglich, die Ersetzung daran zu knüpfen, dass diese durch steuerliche Gründe, eine Umstrukturierung in der Unternehmensgruppe des Schuldners oder Gründe von ähnlicher wirtschaftlicher oder unternehmerischer Bedeutung angezeigt ist. Die Inanspruchnahme unbegrenzter Entscheidungsbefugnisse ist demgegenüber ein typischer Fall für eine Missachtung des Bestimmtheitsgebots.

Vor diesem Hintergrund lässt sich schwerlich bestreiten, dass Ersetzungsklauseln, die keine weitere Einschränkung der in Betracht kommenden Ersetzungsanlässe enthalten, den üblichen Anforderungen an das AGB-rechtliche Bestimmtheitsgebot schlechterdings nicht genügen.

4. Behauptete Ausgleichswirkung üblicher Garantien

In der Praxis der Ausgestaltung von Anleihebedingungen kommt allerdings dem Umstand große Bedeutung zu, dass etwaige Nachteile des Schuldneraustauschs insbesondere dadurch vermieden werden sollen, dass der bisherige Schuldner die Zahlung durch den neuen Schuldner garantiert, so dass die Gläubiger auch weiterhin auf die Solvenz und Bonität des bisherigen Schuldners vertrauen können.²⁹ In den Kategorien des AGB-Rechts geht es in derartigen Fällen um die Kompensation einer nachteiligen Klausel durch

28 Darlegung mit Nachweisen zum Ganzen bereits oben unter IV.1.

29 Baums, *Recht der Unternehmensfinanzierung*, 2017, § 48, Rz. 52; Birke in Reinhard/Schall, 2020, § 5 SchVG, Rz. 86; Bliesener/Schneider in Langenbacher/Bliesener/Spindler, *Bankrechts-Kommentar*, 3. Aufl. 2020, § 5 SchVG, Rz. 30; Schmies,

anderweitige Vorteile.³⁰ Eine solche Kompensation wird im Rahmen von § 307 BGB in gewissen Grenzen akzeptiert.³¹

In Bezug auf das Transparenzgebot wird nun vorgebracht, die konkrete Benennung möglicher Ersetzungsgründe könne nur erforderlich sein, „wenn mit der Ersetzung die Gefahr einer Verschiebung des Äquivalenzverhältnisses zwischen den beiderseitigen Leistungspflichten zum Nachteil des Anleihegläubigers verbunden wäre“, was bei üblicher Ausgestaltung wegen des Garantieanspruchs gegen den bisherigen Gläubiger nicht der Fall sei.³²

Diese Argumentation impliziert freilich, dass der zu kompensierende Nachteil auch im Hinblick auf das Transparenzgebot in der Ungewissheit über das Fortbestehen der bei Vertragsschluss zugrunde gelegten Solvenz und Bonität des Schuldners besteht.

Ob eine Kompensation für die materiell-inhaltlichen Nachteile eines Austauschs durch eine Altschuldnergarantie stets erreicht wird,³³ kann hier offen bleiben. Auch wenn man dies unterstellt, ergeben sich für das Transparenzgebot Besonderheiten. Denn die Intransparenz einer Klausel kann zwar mit einer materiell-inhaltlichen Benachteiligung einhergehen, kann aber ebenso unabhängig hiervon bestehen, da die Unklarheit einer Klausel selbst eine unangemessene Benachteiligung darstellen kann.³⁴ Das gilt zumal im Rahmen von Art. 5 Klausel-RL 93/13.

Bezogen auf Ersetzungsklauseln und einen vorgesehenen Garantieanspruch gegen den Altschuldner ist zunächst maßgebend, dass diesem lediglich die Funktion eines Sicherungsrechts zukommt. Ungeachtet einer möglichen gläubigerfreundlichen Ausgestaltung des Garantieanspruchs werden sich Gläubiger in der Regel zunächst an den Schuldner halten. Im Hinblick auf die wirtschaftliche Kreditfunktion von Anleihen spiegelt sich dies auch darin, dass Kreditgeber bei der Vergabeentscheidung selbst bei offensichtli-

(Keine) Auswirkungen des BGH-Urteils zu AGB-Änderungen auf Finanzinstrumente?, RdF 2022, 1.

30 T. Fest, *Anleihebedingungen*, 2022, S. 301.

31 T. Pfeiffer in Wolf/W. Lindacher/T. Pfeiffer, § 307 BGB, 7. Aufl. 2020, § 307 BGB, paras 215 ff. W. Wurmnest in Münchener Kommentar zum BGB, 9. Auflage 2022, § 307 BGB, Rz. 40.

32 M. Habersack, *Ersetzungsklauseln in Anleihebedingungen*, WM 2023, 1254, 1258.

33 Im Einzelfall (obiter) verneinend OLG Frankfurt, 27.03.2012, 5 AktG 3/11, juris Rn. 31 und 34, wobei die Ausgestaltung der Garantie aus der Entscheidung nicht ersichtlich ist.

34 A. Fuchs in P. Ulmer/H. Brandner/H. Hensen *AGB-Recht*, 13. Auflage 2022, § 307 BGB Rz. 13; T. Pfeiffer in Wolf/W. Lindacher/T. Pfeiffer *AGB-Recht*, 7. Aufl. 2020 § 307 BGB, Rz. 258.

cher Werthaltigkeit von Sicherungen nicht auf die Prüfung der Schuldnerbonität verzichten. Auch wenn man den Garantieanspruch als finanziell ausreichende Kompensation ansieht, bleibt deshalb ein berechtigtes Interesse des Anleihegläubigers, von vornherein zu wissen, in welchen Fällen er sich möglicherweise an einen ihm im Zeitpunkt unbekannten Schuldner wenden oder gar auseinandersetzen muss.

Die mangelnde Bestimmtheit der Ersetzungsvoraussetzungen wird deshalb selbst durch ein gläubigerfreundlich ausgestaltetes Garantieverprechen des Altschuldners nicht kompensiert.

V. Folgerungen

Das aus alledem resultierende Ergebnis ist klar: Ersetzungsklauseln in Anleihebedingungen, die eine Ersetzung ohne weitere situative Voraussetzungen „jederzeit“ ermöglichen, sind wegen eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB in seiner Ausprägung als Bestimmtheitsgebot unwirksam.

Es ist allerdings nicht zu verkennen, dass dieses Ergebnis zumindest die Gefahr negativer Auswirkungen auf Deutschland als Finanzmarktstandort zeitigt. Um dem entgegen zu wirken, sollten deutsche Gerichte möglichst bald im Wege der EuGH-Vorlage klären, ob und inwieweit Anleihebedingungen der Klausel-RL 93/13 unterliegen; kommt es nicht dazu, läge (wie schon bei der Verabschiedung des § 3 SchVG erwogen³⁵) ein deutscher Vorstoß zu einer gesetzgeberischen Klarstellung auf EU-Ebene nahe. Im Ergebnis resultiert dann immerhin entweder eine einheitliche europäische Klarstellung, dass die Transparenzanforderungen des Art. 5 Klausel-RL 93/13 bei Anleihebedingungen in allen Mitgliedstaaten zu beachten sind; oder diese gelten eben gerade nicht. Zugleich ließe sich eine einheitliche unionsrechtliche Klärung zu etwa maßgebenden Bestimmtheitsanforderungen anstreben.

Falls keine unionsrechtlichen Anforderungen eingreifen sollten, stünde es dem nationalen Gesetzgeber frei, die bisher unterbliebene Anordnung eines Vorrangs des § 3 SchVG vor § 307 Abs. 1 S. 2 BGB klarzustellen und (etwa in einer Gesetzesbegründung oder auch durch das Gesetz selbst) die maßgebenden Transparenzanforderungen zu konkretisieren.

35 Oben Fußn. 13.

Dreißig Jahre Reform in Permanenz: Mehr Freiheit wagen in der deutschen Unternehmensverfassung!

Zur Zulassung des Verwaltungsrats (Boards) in neu gegründeten Aktiengesellschaften

Markus Roth

I. Einleitung

Die Reform in Permanenz¹ des deutschen Aktienrechts begann im Jahre 1994 mit dem Gesetz für kleine Aktiengesellschaften.² Wurde das Aktiengesetz in den fast dreißig Jahren nach Inkrafttreten des Aktiengesetzes 1965 bis zum Inkrafttreten des Gesetzes für kleine Aktiengesellschaften 1994 nur 23 Mal geändert, so folgten in der entsprechenden Zeitspanne nach Inkrafttreten des Gesetzes für kleine Aktiengesellschaften im August 1994 bis Ende 2023 nicht weniger als 73 Änderungen.³ Das Gesetz für kleine Aktiengesellschaften vereinfachte die für kleine Gesellschaften geltende Unternehmensverfassung.⁴ In der Folge vervielfachte sich die Zahl der registrierten Aktiengesellschaften auf zeitweise etwa 20.000⁵ und die Anzahl der Börsengänge in Deutschland erreichte historische Höchstwerte.⁶ Grund für diesen Anstieg war die im Titel des Gesetzes für kleine Aktiengesellschaften weiter genannte Deregulierung des Aktienrechts, insbesondere für neu gegründete Aktiengesellschaften wurden neue Freiheitsräume geschaffen.⁷

1 So U. Seibert, Aktienrechtsreform in Permanenz?, AG 2002, 417, eine Formulierung von W. Zöllner, Aktienrechtsreform in Permanenz - Was wird aus den Rechten des Aktionärs?, AG 1994, 336 aufgreifend.

2 Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts vom 2.8.1994, BGBl I 1961.

3 Bis Ende 2022 insgesamt 69 Änderungen, FNA 2022, 4121-I.

4 Darstellung bei U. Seibert/R. Kiem/M. Schüppen (Hrsg), Handbuch der kleinen AG, 5. Auflage 2007.

5 U. Kornblum, Bundesweite Rechtstatsachen zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Stand I.1.2008, GmbHR 2009, 25(31).

6 Nach Daten von Statista fallen die vier Jahre mit der höchsten Anzahl von Börsengängen seit 1990 auf den Zeitraum zwischen 1997 und 2000.

7 So Deregulierung definierend J. Basedow, Regulierung und Wettbewerb in marktwirtschaftlichen Ordnungen, Trier 2011, S. 4 f.

Das Aktienrecht gehört nicht zu den Kern-Forschungsgebieten von Georgios Gounalakis. Indes fällt der Beginn der Aktienrechtsreform in Permanenz auf das Jahr seiner Berufung an die Universität Marburg und ist das Thema entsprechend seinem Interesse rechtsvergleichend aufzuarbeiten. Wie im Medienrecht stellt sich die Frage der Freiheit⁸ zutreffend auch im deutschen Aktienrecht.⁹ Vor dem Hintergrund des Beitrags der Reform in Permanenz zur Deregulierung des deutschen Aktienrechts sollen insbesondere im europäischen Vergleich künftige Reformmöglichkeiten für die deutsche Unternehmensverfassung aufgezeigt werden, dies mit Fokus auf die Einführung eines Verwaltungsrats im deutschen Aktiengesetz.

Bei einer Deregulierung stets zu bedenken und abzuwägen sind mögliche negative Folgen. So war die Deregulierung im US-amerikanischen Bankrecht und insbesondere US-amerikanischer Hypothekarkredite eine Mitursache der Finanzkrise.¹⁰ Die Folgen der Deregulierung des US-amerikanischen Medienrechts könnten eventuell noch gravierender werden. Während vormals die Fairness Doctrine Medienunternehmen verpflichtete, verschiedene Meinungen in einem Radio- oder Fernsehprogramm zu Wort kommen zu lassen,¹¹ kann seit 1987 auf Meinungsvielfalt in einem Programm verzichtet werden.¹² Die Herausbildung von auf Zielgruppen fokussierten Sendern und vor allem den sogenannten sozialen Medien dürfte entscheidend zur Herausbildung der aktuellen gesellschaftlichen Spaltung beigetragen haben, dies nicht nur in den USA.¹³

8 Aktuell G. Gounalakis, in M. Cole/S. Schiedermaier/E. Wagner (Hrsg.), Entfaltung der Freiheit im Rahmen des Rechts, Festschrift für Dieter Dörr, Leipzig 2021, S. 701 ff.

9 Siehe H.-D. Assmann/T. Brinkmann/G. Gounalakis/H. Kohl/R. Walz (Hrsg.), Wirtschafts- und Medienrecht in der offenen Demokratie, Freundesgabe für Friedrich Kübler zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1997.

10 Dazu J. W. Singer, No Freedom without Regulation, The Hidden Lessons of the Subprime Crisis, Yale University Press 2015.

11 Zur Entwicklung der Fairness Doctrine T. J. Houser, Fairness Doctrine--An Historical Perspective, Notre Dame Lawyer 47 (1972), 550.

12 Aufgabe der Fairness Doctrine durch die FCC im Fall Syracuse Peace Council against Television Station WTVH Syracuse, New York durch die Federal Communications Commission, Record 2 FCC Red Vol. 17, VCC 87-266, page 5057.

13 Siehe der Global Risks Report 2024 des World Economic Forum, page 8: Misinformation and disinformation als weltweit aktuell größte Gefahr.

II. Mehr Freiheit wagen

1. Deregulierung durch das Gesetz für kleine Aktiengesellschaften

Vorbereitet wurde der Beginn der Aktienrechtsreform in Permanenz durch namhafte Wissenschaftler und das Petition der Deregulierung des deutschen Aktienrechts.¹⁴ Die Grundlegung für das 1994 verabschiedete Gesetz für kleine Aktiengesellschaften erfolgte durch die interdisziplinär erarbeitete Studie „Deregulierung des Aktienrechts: Das Drei-Stufen-Modell, Ein Entwurf zur Modifizierung des Aktienrechts“, diese Studie wurde bereits Ende der 1980er Jahre maßgeblich von Horst Albach und Marcus Lutter verfasst.¹⁵ Mit dem Gesetz über die kleine AG wurden Erleichterungen für kleine bzw. nicht börsennotierte Gesellschaften eingeführt¹⁶ und insbesondere die unternehmerische Mitbestimmung für neu gegründete oder inkorporierte Aktiengesellschaft auf Gesellschaften mit mehr als 500 Arbeitnehmern beschränkt.¹⁷

Folge des Gesetzes über die kleine AG war der bereits erwähnte Boom der Rechtsform AG, die Anzahl der Aktiengesellschaften dürfte so stark gestiegen sein wie zuletzt in der Gründerzeit der 1870er Jahre. Von etwa 2.000 bis 2.500 stieg die Zahl der in Handelsregistern registrierten Aktiengesellschaften auf knapp 20.000 Unternehmen¹⁸ an, diese Zahl ist seitdem um etwa ein Drittel gesunken, liegt mit weiterhin über 13.000¹⁹ aber immer noch fünf- bis sechsmal so hoch wie vor der Reform.²⁰ Die Aktiengesellschaft wurde zumindest mitbestimmungsrechtlich zu einer Alternative zur

14 Siehe etwa auch Zöllner, AG 1994, 336.

15 H. Albach/C. Corte/R. Friedewald/M. Lutter/W. Richter, Deregulierung des Aktienrechts: Das Drei-Stufen-Modell, Ein Entwurf zur Modifizierung des Aktienrechts, Gütersloh 1988.

16 Einmanngründung, § 2 AktG, Form von Hauptversammlungsbeschlüssen, § 130 AktG, auch zu sonstigen Änderungen *M. Hoffmann-Becking*, Gesetz zur kleinen AG - unwesentliche Randkorrekturen oder grundlegende Reform?, ZIP 1995, 1, etwa dem erleichterten Bezugsrechtsausschluss.

17 Nun § 1 Abs. 1 Nr. 1 DrittelbG.

18 Kornblum, GmbHR 2009, 25 (31). Nach H.-D. Assmann, in Großkommentar Aktiengesetz, Bd. 1, 4. Aufl., Berlin 1992, Einl. Rn. 295 zu Beginn der 1990er Jahre etwas höherer Zahlen.

19 Zuletzt W. Bayer/J. Lieder/T. Hoffmann, Bundesweite Rechtstatsachen zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Stand 1.1.2023), GmbHR 2023, 709 (711): 13.313 zum 1.1.2023.

20 Nach Zahlen des Statistischen Bundesamtes Anfang der 1990er Jahre bis etwa 2.500 Aktiengesellschaften.

GmbH. Eine Beeinträchtigung der Interessen der Arbeitnehmer erfolgte nicht, da die Gesellschaften statt wie bislang in der ohnehin bis 500 Arbeitnehmern mitbestimmungsfreien Rechtsform der GmbH nun in der seither bis zu 500 Arbeitnehmern ebenfalls mitbestimmungsfreien Rechtsform der Aktiengesellschaft betrieben werden.²¹

Nach dem Gesetz für kleine Aktiengesellschaften hat auch die nächste Reform mit aktienrechtlichem Schwerpunkt das Aktienrecht dereguliert,²² das Stückaktiengesetz hat die nennwertlose Aktie ermöglicht und so den Aktien- und Kapitalmarkt weiter liberalisiert.²³ Indes hat aber doch der akademische Lehrer von Georgios Gounalakis bereits in der Folgereform, dem durch verschiedene Unternehmensskandale inspirierten Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich, darauf hingewiesen, dass das Aktiengesetz weiterer Vereinfachung bedarf und flexibler werden müsse.²⁴

2. Mehr Freiheit wagen: Das Petitum weiterer Deregulierung und EU-Rechtsakte

Schon Anfang des Jahrtausends und damit lange vor Beginn der aktuellen Bürokratie-Debatte hat der spätere Präsident der Monopolkommission Jürgen Basedow mit einer Schriftensammlung gefordert, mehr Freiheit zu wagen.²⁵ Die EU müsse Mitgliedstaaten zur Deregulierung „zwingen“.²⁶ Basedow betont die deregulierende Kraft der Grundfreiheiten,²⁷ die diese Wirkung allerdings insbesondere in den 1990er Jahren entfaltet haben, bezüglich des Wettbewerbs der Gesellschaftsrechte in der EU auch in den frühen 2000er Jahren mit der Ablehnung der in Deutschland bis dahin vor-

21 Von einer mitbestimmungsrechtlichen Gleichstellung sprechend *U. Seibert*, Gesetz-entwurf - Kleine AG und Aktienrechtsderegulierung, ZIP 1994, 247 (249).

22 Zwischenzeitlich noch das Gesetz über die Zulassung von Stückaktien (Stückaktien-gesetz – StückAG) vom 25.3.1998, BGBl I 590.

23 In der Folge vom Auslaufmodell Nennbetragsaktie sprechend *W. Bayer/T. Hoffmann*, Auslaufmodell Nennbetragsaktie, AG-R 2007, 3.

24 *F. Kübler*, Stellungnahme zur Aktienrechtsreform 1997, AG-Sonderheft 1997, 48: Deregulierung des Aktienrechts als vorrangiges Reformziel.

25 *J. Basedow*, Mehr Freiheit wagen, Über Deregulierung und Wettbewerb, Tübingen 2002.

26 *Basedow*, Mehr Freiheit wagen (Fn. 26), S. 26, 35 unter Verweis auf Art. 8a Abs. 2 des vormaligen EWGV.

27 *Basedow*, Mehr Freiheit wagen (Fn. 26), S. 46, 53 ff.: Motor der Deregulierung.

herrschenden Sitztheorie.²⁸ Die Schülerinnen und Schüler von Jürgen Basedow haben das Wagen von mehr Freiheit aus Anlass seiner Emeritierung in verschiedensten Rechtsgebieten exemplifiziert und Vorschläge erarbeitet,²⁹ eine aktienrechtliche Analyse wurde dabei aber nicht vorgelegt, erscheint aber dringlich.

Im Anschluss an das Gesetz über die kleine AG und einige weitere überwiegend national induzierte Deregulierungsschritte wäre die Entbürokratisierung durch Akte europäischen Sekundärrechts eine echte Zeitenwende.³⁰ Bislang verfolgen die Europäische Kommission sowie maßgebliche Mitgliedstaaten jedenfalls im Gesellschaftsrecht meist einen entgegengesetzten Ansatz. Wie aktuell etwa im Lieferkettenrecht³¹ wird versucht, in einzelnen europäischen Ländern neu eingeführte Regelungen auf die übrigen Mitgliedstaaten mittels europäischer Richtlinien zu erstrecken. Der Export nationaler Regeln war anfangs auch der deutsche Ansatz,³² vor dem Beitritt des zwischenzeitlich wieder ausgetretenen Vereinigten Königreichs dominierte das deutsche Gesellschaftsrecht im damaligen Europäischen Wirtschaftsraum.³³

Anfang dieses Jahrtausends scheiterte ein größerer Deregulierungsversuch im Gesellschaftsrecht an Deutschland, das eine Abschaffung des international unüblichen Mindestkapitals verhinderte.³⁴ Dennoch wurde durch die SLIM-Richtlinie eine gewisse Liberalisierung der ursprünglich

28 Dazu E.-M. Kieninger, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt, Tübingen 2002.

29 A. Dutta/C. Heinze (Hrsg.), Mehr Freiheit wagen, Beiträge zur Emeritierung von Jürgen Basedow, Tübingen 2018.

30 Im aktienrechtlichen Zusammenhang spricht J. Koch, § 255 AktG nach dem ZuFinG – Was wird aus den Rechten des Aktionärs?, AG 2024, 1 (2) mit Blick auf § 255 AktG i.d.F. des Zukunftsfinanzierungsgesetzes von einer Zeitenwende.

31 Zum französischen loi pacte A. Pietrancosta, Codification in Company Law of General CSR Requirements: Pioneering recent French Reforms and EU Perspectives, ECGI Law Working Paper 639/2022.

32 Insbesondere Erste und Zweite gesellschaftsrechtliche Richtlinie (Publizitätsrichtlinie 68/151/EWG, Kapitalrichtlinie 77/91/EWG), zur Rechtslage vor der Kapitalrichtlinie M. Lutter, Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG, Heidelberg 1964.

33 Zur zwischenzeitlichen Dominanz des englischen Gesellschaftsrechts mit anderer Prognose M. Gelter/A. Reif, What is Dead May Never Die: The UK's Influence on EU Company Law, Fordham International Law Journal 40 (2017), 1413.

34 M. Lutter (ed.) Legal Capital in Europe, Berlin 2006.

aus Deutschland inspirierten Regeln zum Mindestkapital erreicht.³⁵ Auf Vorschlag der EU-Kommission wird nun zudem eine Richtlinie über Mehrstimmrechtsaktien beraten,³⁶ in Deutschland wurden vergleichbare Regelungen mit dem Zukunftsfinanzierungsgesetz bereits eingeführt.³⁷ Die von der EU-Kommission vorgeschlagene und im Zukunftsfinanzierungsgesetz vorgesehene zeitliche Befristung von Mehrstimmaktien führt allerdings zu einer nur vergleichsweise geringen Erhöhung der Freiheitsgrade.³⁸ Überzeugender wäre die dauerhafte Ermöglichung von Wahlmöglichkeiten.

3. Reform in Permanenz: Deregulierung oder weitere Regulierung des Aktienrechts?

Bereits die die Aktienrechtsreform in Permanenz einleitende Studie von Albach et al wirft die Frage auf, ob ihr Inhalt entsprechend dem Titel nur eine Deregulierung zum Ziel hatte.³⁹ Keineswegs sollten nur weitere Freiheitsräume eröffnet werden.⁴⁰ Näher liegt es, das im Untertitel der Studie geforderte sogenannte Drei-Stufen-Modell als zusätzliche Regulierung ohne Gewährung weiterer Freiheit einzuordnen. Die von Albach et al empfohlene Unterscheidung zwischen privaten, offenen und börsennotierten Gesellschaften war nach dem Konzept der Autoren mit einer zwingenden Publizität verbunden.⁴¹ Der Gesetzgeber hat diesen Aspekt zu Recht nicht aufgegriffen,⁴² es hätte jede bestehende Aktiengesellschaft ohne erkennbaren Mehrwert in eine „neue“ Gesellschaftsform umfirmieren müssen.

35 Richtlinie 2006/68/EG, dazu R. Freitag, „Financial Assistance“ durch die Aktiengesellschaft nach der Reform der Kapitalrichtlinie – (k)ein Freifahrtschein für LBOs?, AG 2007, 157.

36 Vorschlag für eine Richtlinie über Strukturen mit Mehrstimmaktien in Gesellschaften, die eine Zulassung ihrer Anteile zum Handel an einem KMU-Wachstumsmarkt beantragen, COM(2022) 761 final.

37 § 135a AktG, eingeführt durch das Gesetz zur Finanzierung von zukunftsfördernden Investitionen (Zukunftsfinanzierungsgesetz – ZuFinG) vom 14.12.2023.

38 So Basedow, Regulierung und Wettbewerb (Fn. 7), S. 4 f.

39 Kritisch zur entsprechenden Bezeichnung des Gesetzes Zöllner, AG 1994, 336, 340: nur wenige Erleichterungen.

40 So Basedow, Regulierung und Wettbewerb (Fn. 7), S. 4 f.

41 H. Albach/C. Corte/R. Friedewald/M. Lutter/W. Richter, Deregulierung des Aktienrechts: Das Drei-Stufen-Modell, Ein Entwurf zur Modifizierung des Aktienrechts, Gütersloh 1988, S. 33 ff.

42 Kritisch auch P. Wiesner, Zur Deregulierung des Aktienrechts, WM 1988, 1841 (1843).

Die Reform in Permanenz im deutschen Aktienrecht nach Einführung des Gesetzes für kleine Aktiengesellschaften war zu einem großen Teil durch das Erfordernis der Umsetzung europäischer Rechtsakte induziert, aufgrund der Bedeutung des Bilanzrechts und der Aktionärsrechte für die Corporate Governance genannt seien hier nur das BilMoG⁴³ sowie das ARUG II,⁴⁴ beruhend auf der Abschlussprüferrichtlinie sowie der geänderten Aktionärsrechterichtlinie. Europäische Rechtsakte enthalten überwiegend für das deutsche Aktienrecht neue Regelungen, die indes häufig internationale Entwicklungen nachvollziehen und so zur Modernisierung des deutschen Aktienrechts beitragen.⁴⁵ Genannt sei hier nur die vom deutschen Gesetzgeber zunächst unterlassene Einrichtung eines Prüfungsausschusses bei börsennotierten Gesellschaften, indiziert nach der Abschlussprüferrichtlinie⁴⁶ und nach dem Wirecard-Skandal nun verpflichtend aufgrund der Änderung des Aktiengesetzes durch das Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz.⁴⁷

Eine Neujustierung der Corporate Governance in Form einer Stärkung des Aufsichtsrats erfolgte etwa Ende der 1990er Jahre durch das KonTraG.⁴⁸ Dort vorgesehen wurden Berichtspflichten des Vorstands sowie die Beauftragung des Abschlussprüfers durch den Aufsichtsrat, nicht mehr durch den Vorstand.⁴⁹ Das TransPuG sah sodann zwingende Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats vor und führte den Deutschen Corporate Governance Kodex ein. In der Folge wurden auch die Hauptversammlung und die Rechte der Aktionäre gegenüber dem Vorstand gestärkt. Das UMAG sieht eine erleichterte Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen durch die Aktionäre vor und hat zudem den von Rechtsprechung und Schrifttum bereits angenommenen Haftungsfreiraum für Vorstands-

43 Zum Prüfungsausschuss *E. Vetter*, Der Prüfungsausschuss in der AG nach dem BilMoG, ZGR 2010, 751.

44 Zu Geschäften mit nahestehenden Personen *T. Florstedt*, Related Party Transactions, München 2021.

45 Als nationaler Anstoß zur Modernisierung des Aktienrechts genannt sei *P. Hommelhoff/K.-L. Kley/D. Verse* (Hrsg), Reform des Aufsichtsratsrechts, Berlin 2021.

46 So schon Art. 41 der Richtlinie 2006/43/EG, nun Art. 39 idF der Richtlinie 2014/56/EU.

47 Dazu *M. Roth*, Aufsichtsrat und interne Kontrolle nach dem Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz (FISG) NZG 2022, 53 (56).

48 Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) vom 27.4.1998, BGBl I 786.

49 § 111 Abs. 2 Satz 3 KonTraG.

und Aufsichtsratsmitglieder kodifiziert,⁵⁰ das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung führte den sogenannte say on pay und damit beratende Hauptversammlungsbeschlüsse in das AktG ein.⁵¹ Eine echte weitere Deregulierung erfolgte während der „Aktienrechtsreform in Permanenz“ im Rahmen der Aktienrechtsnovelle 2016.⁵²

III. Freiheit im Aktienrecht und geschützte Interessen

1. Interessenwahrung trotz Deregulierung?

Das Gesetz für kleine Aktiengesellschaften sowie die Aktienrechtsnovelle 2016 sind Paradebeispiele dafür, dass trotz Deregulierung die Balance der Interessen gewahrt bleiben kann. Das gilt zuvörderst für die Aufhebung des Dreiteilbarkeitsgebots für die Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder im Rahmen der Aktienrechtsnovelle 2016. Zutreffend besteht kein öffentliches Interesse an einem Dreiteilbarkeitsgebot für alle Aktiengesellschaften.⁵³ Die Mindestanzahl von drei Mitgliedern ermöglicht Mehrheitsentscheidungen und führt zur Ausgestaltung des Aufsichtsrats als Kollegialorgan. Die Dreiteilbarkeit wird aber funktionslos, wenn keine drittelparitätische Mitbestimmung vorgesehen ist, nach der zwingend jedes dritte Aufsichtsratsmitglied ein Arbeitnehmervertreter sein soll.⁵⁴

Direkt die Mitbestimmung geregelt wurde durch das Gesetz für kleine Aktiengesellschaften. Nach der Neufassung des Vorgängerregelung des heutigen Drittelbeteiligungsgesetzes⁵⁵ wurden neu gegründete Aktiengesellschaften mit der GmbH gleichgestellt, die schon seit jeher nur dann einen mitbestimmten Aufsichtsrat bilden musste, wenn sie mehr als 500 Arbeit-

50 Dazu *J. Koch*, Das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG), ZGR 2006, 769.

51 Dazu *H. Fleischer*, Konsultative Hauptversammlungsbeschlüsse im Aktienrecht, AG 2010, 681.

52 Gesetz zur Änderung des Aktiengesetzes (Aktienrechtsnovelle 2016), BGBl I 2565.

53 *S. Harbarth/H. von Plettenberg*, Aktienrechtsnovelle 2016: Punktuelle Fortentwicklung des Aktienrechts, AG 2016, 145 (149 f).

54 Andere Ausgestaltung der drittelparitätischen Mitbestimmung in Dänemark, dort Section 140 (1) Companies Act.

55 § 76 Abs. 6 BetrVG 1952, dazu *H. Oetker*, in Großkommentar Aktiengesetz, Bd. 5, 4. Aufl., Berlin 1999.

nehmer beschäftigt.⁵⁶ Zutreffend ergeben sich hier zwischen „kleiner“ und „großer“ Kapitalgesellschaft, also zwischen GmbH und AG keine derartigen Unterschiede, dass eine andere Form der Mitbestimmung gerechtfertigt erscheint. Es besteht kein schutzwürdiges Interesse von Arbeitnehmern, dass die Mitbestimmung nur auf der Wahl einer bestimmten Rechtsform beruht. Dies leitet über zur bereits Anfang des Jahrtausends diskutierten Frage, wie die unternehmerische Mitbestimmung in einem Verwaltungsrat ausgestaltet werden kann.⁵⁷

Traditionell konnte der Aufsichtsrat der deutschen Aktiengesellschaft als Verwaltungsrat ausgestaltet werden,⁵⁸ dies bis zum AktG 1937 und neben dem Vorstand in der dualistischen Unternehmensverfassung. Bis zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (*Societas Europaea*, SE) nicht möglich war hingegen ein monistischer Verwaltungsrat bzw. Board. Ein monistischer Verwaltungsrat kann in Deutschland aufgrund der Verordnung zur Europäischen (Aktien)Gesellschaft und dem Erlass der nationalen Ausführungsvorschriften zur *Societas Europaea* im Jahre 2004 eingerichtet werden.⁵⁹ Eine als SE gegründete Aktiengesellschaft kann einen Verwaltungsrat wählen und muss diesen nicht mit Arbeitnehmervertretern besetzen, wenn bei Gründung keine Mitbestimmungspflicht besteht.⁶⁰ Die Mitbestimmungsfreiheit wird perpetuiert, sie bleibt erhalten, auch wenn die Gesellschaft später die Schwellenwerte für eine drittelparitätische oder (quasi)paritätische Mitbestimmung überschreitet, also zu einem späteren Zeitpunkt mehr als 500 oder mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigt.⁶¹

Allgemein gilt, dass ein im Gesetz vorgesehener Interessenausgleich durch das Streichen von Bestimmungen beeinträchtigt werden kann, sei es weil nun eine Veränderung des status quo erlaubt wird, oder noch deutlicher die aufgehobene Bestimmung zur Wahrung der Interessen einer be-

56 U. Seibert, Gesetzentwurf: Kleine AG und Aktienrechtsderegulierung, ZIP 1994, 247 (249).

57 M. Roth, Die unternehmerische Mitbestimmung in der monistischen SE. ZfA 2004, 431.

58 H. Staub/ H. Pinner (Hrsg.), HGB Kommentar, 14. Auflage, Berlin/Leipzig 1933, Anm. 10.

59 G. Bachmann, Der Verwaltungsrat der monistischen SE, ZGR 2008, 779.

60 Frühe Empirie bei H. Eidenmüller/A. Engert/L. Hornuf, How Does the Market React to the *Societas Europaea*?, EBOR 2009, 1.

61 M. Habersack, Grundsatzfragen der Mitbestimmung in SE und SCE sowie bei grenzüberschreitender Verschmelzung, ZHR 171 (2007) 613 (618); M. Henssler, Erfahrungen und Reformbedarf bei der SE - Mitbestimmungsrechtliche Reformvorschläge, ZHR 173 (2009) 222 (237).

stimmten Gruppe dient. Bei Bedienung besonderer Interessen spezifischer Gruppen durch eine Regelung stellt sich die Frage, ob diese Interessen nicht anderweitig gewahrt werden oder funktionsäquivalent durch andere Maßnahmen geschützt werden können, so dass bei einer Gesamtbetrachtung nur eine Neujustierung des Interessengleichgewichts erfolgt. Zu fragen ist so bei einer unternehmerischen Mitbestimmung nach Spezifika der Unternehmensverfassung im Besonderen und der Wahrung von Arbeitnehmerinteressen im Allgemeinen.

Grundsätzlich bestehen keine besonderen Interessen an der Ausgestaltung der inneren Organisationsverfassung, die in Deutschland im internationalen Vergleich stark reguliert wird.⁶² Es besteht ein allgemeines Interesse an guter Kontrolle, in der Aktiengesellschaft erfolgt die Kontrolle der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat auch im öffentlichen Interesse.⁶³ Als abstraktes Marktdesign erscheint das geltende Aktienrecht indes nicht zwingend, im Ausland sind andere Modelle der Unternehmensverfassung verbreitet und funktionieren.⁶⁴ Anforderungen an die Kontrolle bestehen in Abhängigkeit vom zu schützenden Personenkreis, dies legt ein Anknüpfen an die Börsennotierung, die Größe des Unternehmens oder die Anzahl der an der Gesellschaft beteiligten Aktionäre nahe, nicht an die Rechtsform. International stellen so auch Börsenzulassungsbedingungen besondere Anforderungen an die Corporate Governance.⁶⁵

2. Gefahren der Freiheit und (staatliche) Kontrolle

In der Unternehmensverfassung zeigen sich Gefahren der Freiheit meist durch öffentlichkeitswirksame Unternehmensskandale. In Deutschland reagierte der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) sowie dem Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz (FISG) auf spektakuläre Insolvenzen. Das KonTraG ging auf verschiedene Unternehmensskandale in den 1990er Jahren zurück (Balsam,

62 Siehe die Beiträge in P. Davies/K. J. Hopt/R. Nowak/G. von Solinge (eds) *Corporate Boards in Law and Practice: A Comparative Analysis in Europe*, Oxford University Press, 2013.

63 J. Lieder, *Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit*, Jena 2006, S. 103.

64 Marktkräfte betonend R. Kraakman et al. (Hrsg.), *Anatomy of Corporate Law*, Third edition, Oxford University Press 2017, p. 62.

65 M. Roth in H. Fleischer/S. Kalss/H.-U. Vogt, *Aufsichtsrat – Verwaltungsrat – Beirat*, Tübingen 2024, S. 123, 131.

Schneider, Metallgesellschaft),⁶⁶ das FISG auf den Milliardenwindel der Wirecard AG.⁶⁷ In den USA ist insbesondere der nach dem Enron-Skandal erlassene Sarbanes-Oxley Act zu nennen, der auch die Gesetzgebung der Europäischen Union beeinflusst hat.⁶⁸

Die Organisationsverfassung dient nicht zuletzt der effektiven Kontrolle des Unternehmens.⁶⁹ In Deutschland soll der Aufsichtsrat auch im öffentlichen Interesse die Geschäftsführung der Gesellschaft kontrollieren,⁷⁰ die effektive Kontrolle wird international aber durch andere Maßnahmen sichergestellt.⁷¹ Entsprechende Regeln gelten insbesondere dann für börsennotierte Gesellschaften. Es bedarf hierfür keines allgemeinen Aktienamtes,⁷² das kürzlich in der Form eines Nachhaltigkeitsamtes⁷³ in den Raum gestellt wurde. Zwar erfüllt das Bundesamt der Justiz nunmehr eine wichtige Rolle bei der Durchsetzung von Publizitätspflichten,⁷⁴ dies aber allgemein für das Einreichen eines Jahresabschlusses durch Kapitalgesellschaften, nicht spezifisch für Aktiengesellschaften.

Mit Blick auf die Unternehmensverfassung wird nicht rechtsformunabhängig eine öffentliche Kontrolle ab einer bestimmten Unternehmensgröße verlangt.⁷⁵ Grundsätzlich hinreichend ist eine Beschränkung zwingender Regeln auf börsennotierte Gesellschaften, dies dann mit dem Vorteil der

66 Dazu K.-H. Forster, MG, Schneider, Balsam und die Folgen – was können Aufsichtsräte und Abschlußprüfer gemeinsam tun?, AG 1995, 1.

67 K. J. Hopt/C. Kumpan, Governance in börsennotierten und anderen bedeutenden Aktiengesellschaften, AG 2021, 129.

68 J. Armour/J. McCahery (eds) After Enron: Improving Corporate Law and Modernising Securities Regulation in Europe and the US, Oxford 2006.

69 UK Corporate Governance Code 2024: Corporate Governance as the system by which companies are directed and controlled.

70 K. J. Hopt/M. Roth, in Großkommentar Aktiengesetz, Bd. 5, 5. Aufl., Berlin, 2019, § 111 Rn. 104.

71 Zu unabhängigen Direktoren R. Kraakman et. al. (Hrsg.), Anatomy of Corporate Law, Third edition, Oxford University Press, p. 62-66.

72 M. Richter, Die Sicherung der aktienrechtlichen Publizität durch ein Aktienamt, Köln 1975; W. Timm, Corporate Governance Kodex und Finanzkrise, ZIP 2010, 2125 (2132 f.).

73 C. Bortenlänger/C. Heldt, Paradigmenwechsel im Gesellschaftsrecht? Vom ‚Aktienamt‘ zum ‚Nachhaltigkeitsamt‘, vom Konzessionssystem zur ‚Social Licence to Operate‘ – Der Aktionsplan Finanzierung nachhaltigen Wachstums der EU-Kommission, in A. Bergmann/M. Hoffmann-Becking, U. Noack, Festschrift für Ulrich Seibert, Köln 2019, S. 147.

74 Einreichen von Jahresabschlüssen von Kapitalgesellschaften, § 335 HGB.

75 Zum Lieferkettengesetz L. Berger, Lieferkettenverantwortung aus Unternehmens- und Beratersicht: Notwendigkeit oder Überforderung?, ZGR 2022, 607 (609).

Durchsetzung zudem durch Börsen und Börsenaufsicht.⁷⁶ So werden in den USA und im Vereinigten Königreich die Börsenzulassungsbedingungen in Zusammenarbeit mit der Börsenaufsicht formuliert und haben auch eine gute Corporate Governance der Unternehmen zum Gegenstand.⁷⁷ Eine solche Aufsicht kann national organisiert werden, im Nachgang zu Wirecard gefordert wurde eine europäische Aufsicht.⁷⁸

3. Unabhängige Aufsichtsrats- oder Verwaltungsratsmitglieder

International werden nicht lediglich in Börsenzulassungsbedingungen, sondern bereits in den Corporate Governance-Richtlinien, Prinzipien und Kodizes institutioneller Investoren unabhängige Direktoren bzw. Aufsichtsratsmitglieder vorgesehen.⁷⁹ Im monistischen Board- bzw. Verwaltungsratsystem obliegt insbesondere den unabhängigen Direktoren die Kontrolle des Managements. Die unabhängigen Mitglieder sind im Verwaltungsrat für dessen Kontrollfunktion noch wichtiger, nicht umsonst wurde das Konzept der unabhängigen Direktoren dort entwickelt (USA, UK) und haben sich die independent directors zunächst dort durchgesetzt,⁸⁰ dies jeweils nach vorheriger Erwägung der Einführung eines Aufsichtsrats.⁸¹

Gegenmaßnahmen bei größerer Freiheit müssten auch in Deutschland vorgesehen werden, zutreffend ist Deregulierung häufig mit flankierender Regulierung verbunden.⁸² Dabei kann anders als bei älteren Vorschlägen zur Einführung des Board- oder Verwaltungsratsystems daran angeknüpft werden, dass der Deutsche Corporate Governance Kodex seit 2020 eine überwiegend unabhängige Besetzung des Kontrollorgans zumindest auf der

76 Kritisch hingegen *J. Koch*, 20 Jahre Deutscher Corporate Governance Kodex, AG 2022, 1, (2).

77 Im Vereinigten Königreich das FCA Handbook DTR 7 Corporate Governance, an der NYSE das Listed Company Manual, 303A.00 Corporate Governance Standards, an der NASDAQ das Rulebook, 5600 Corporate Governance Requirements.

78 *K. Langenbucher/C. Leuz/J. P. Krahn/L. Pelizzon*, What are the wider supervisory implications of the Wirecard case? Study requested by the ECON committee, European Parliament, November 2020.

79 Siehe *M. Roth*, in *P. Hommelhoff/K. J. Hopt/P. Leyens*, Unternehmensführung durch Vorstand und Aufsichtsrat, München 2024, § 33 Rn. 6 mit Nachweisen in Fußnote 8.

80 Zu den USA *J. Gordon*, The Rise of Independent Directors in the United States, 1950-2005: Of Shareholder Value and Stock Market Prices, *Stanford Law Review* 59 (2007) 1465.

81 In den USA *M. Eisenberg*, The Structure of the Corporation, Fairless Hills 1976, p. 177.

82 *Basedow*, Regulierung und Wettbewerb (Fn. 7), S. 46, 48.

Anteilseignerseite vorsieht.⁸³ Praktisch bestehen bei börsennotierten Gesellschaften institutionelle Investoren⁸⁴ auf einem mehrheitlich unabhängig besetzten Kontrollorgan, daneben und davon unabhängig bestehen international Regelungen in Börsenzulassungsbedingungen. Dies gilt auch bei Notierung deutscher Unternehmen im Ausland, etwa von BionTech oder von Linde an der NASDAQ.

Unabhängig besetzte Ausschüsse sind international üblich und entsprechen einer Europäischen Empfehlung.⁸⁵ Danach sind Nominierungs-, Prüfungs- und Vergütungsausschüsse einzurichten und zumindest überwiegend unabhängig zu besetzen.⁸⁶ Einen zu zwei Dritteln unabhängig besetzten Prüfungsausschuss sieht der französische Corporate Governance Kodex vor,⁸⁷ rein unabhängig besetzte Prüfungsausschüsse sehen die Börsenzulassungsbedingungen in den USA vor.⁸⁸ Ein solcher unabhängig besetzter Prüfungsausschuss fehlte bei Wirecard und wird bis heute noch nicht für den Aufsichtsrat vorgesehen.⁸⁹ Gefordert wird auch mit Blick hierauf eine Europäische Aufsicht,⁹⁰ entsprechende Regeln gibt es im Vereinigten Königreich, in Australien sowie mit der SEC in den USA.⁹¹ Eine europaweite Aufsicht wäre indes besser zu organisieren als die Bankenaufsicht, bei der es häufig zu Reibungsverlusten durch das Mehrebenensystem sowie dem Ineinandergreifen von nationaler und europäischer Aufsicht kommt.

83 Deutscher Corporate Governance Kodex Empfehlung C.7.

84 L. Klöhn, Passive Investoren, Aktivisten und die Reform des deutschen Hauptversammlungrechts, ZHR 185 (2021) 182.

85 Empfehlung der Kommission zu den Aufgaben unabhängiger Direktoren (2005/162/EG).

86 Empfehlung, Anhang I, 2.1.2, 3.1.2, 4.1.

87 AFEP/MEDEF, Corporate Governance Code of Listed Corporations, December 2022, 17.1.

88 NASDAQ Rulebook IM-5605-3 (2), NYSE Listed Company Manual 303A.07 (a).

89 Der Deutsche Corporate Governance Kodex behandelt in Empfehlung D.3 insbesondere die Sachkunde.

90 K. Langenbucher/C. Leuz/J. P. Krahen/L. Pelizzon, What are the wider supervisory implications of the Wirecard case? Study requested by the ECON committee, European Parliament, November 2020.

91 In den USA von der SEC, General Rules and Regulations, 17 CFR § 240.10A-3, Listing standards relating to audit committees.

IV. Fortentwicklung der deutschen Unternehmensverfassung durch einen Board

1. Wahl zwischen Aufsichts- und Verwaltungsrat: Wahlmöglichkeiten international

Mehr Freiheit durch Wahlmöglichkeit zwischen Aufsichts- und Verwaltungsrat zu wagen liegt nahe, weil solche Wahlmöglichkeiten in anderen Rechtsordnungen existieren, ohne dass diese erkennbar mit negativen Folgen verbunden wären. Während international das Board- oder Verwaltungsratsmodell dominiert und in vielen Ländern alleine als Unternehmensverfassung geregelt wird,⁹² lassen in Europa nunmehr die meisten Staaten eine Wahlmöglichkeit zwischen monistischem und dualistischem Modell zu.⁹³ Bereits seit längerem bestehen solche Wahlmöglichkeiten in Frankreich und Belgien mit einem traditionell und überwiegend monistischen System,⁹⁴ weiter in den Niederlanden seit den 2010er Jahren⁹⁵ in einem zuvor dualistischen System mit Vorstand und Aufsichtsrat wie in Deutschland. Insgesamt ist in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union die Wahlmöglichkeit zwischen Verwaltungsrats- und Aufsichtsratsmodell nach dem Corporate Governance Factbook der OECD das vorherrschende Modell.⁹⁶

Eine Wahlmöglichkeit zwischen monistischem und dualistischem System lassen nach dem OECD Corporate Governance Factbook mit Belgien, Dänemark, Finnland, Frankreich, Litauen, Luxemburg, den Niederlanden, der Slowakei, Slowenien, Tschechien und Ungarn elf Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu. Darunter ist mit Frankreich einer der großen Mitgliedstaaten vertreten. Von den übrigen von der OECD genannten Mitgliedstaaten der EU lassen zwei Länder (Italien und Portugal) und damit ein weiterer großer Mitgliedstaat sogar mehr Wahlmöglichkeiten bei der

92 Nach dem OECD Corporate Governance Factbook 2023, page 156, Table 4.1: 23 Staaten gegenüber nur 8 Staaten mit einer dualistischen Unternehmensverfassung sowie drei weiteren Staaten mit einer mehreren Wahlmöglichkeiten.

93 Nach dem OECD Corporate Governance Factbook 2023, page 156, Table 4.1: 13 europäische Staaten, weiter Argentinien, Brasilien und die Europäische Gesellschaft (Societas Europaea, SE).

94 Zu Belgien K. Geens, Corporate Boards in Belgium, in P. Davies et. al. (eds.) (Fn. 62), p. 119, 120, zu Frankreich dort A. Pietrancosta/ P.-H. Dubois/ R. Garcon, p. 175, 184.

95 R. Nowak, Corporate Boards in the Netherlands, in P. Davies et. al. (eds.) (Fn. 62), p. 429, 431.

96 OECD Corporate Governance Factbook 2023, Table 4.1, page 156.

Unternehmensverfassung zu. Von den 22 im OECD Corporate Governance Factbook genannten EU-Mitgliedstaaten lassen insgesamt 13 und damit die Mehrheit ein Wahlrecht zu, hinzu kommen mit Bulgarien, Kroatien und Rumänien noch drei weitere Mitgliedstaaten, so dass mit 16 eine absolute Mehrheit aller Mitgliedstaaten ein Wahlrecht zulässt.⁹⁷

Nur noch ein Drittel der Mitgliedstaaten der EU sehen entweder ein monistisches oder ein dualistisches System vor. Von diesen neun Mitgliedstaaten lassen vier nur einen Verwaltungsrat zu (Griechenland, Irland, Spanien und Schweden). Mit Deutschland, Estland, Lettland, Österreich und Polen verlangen zudem fünf Mitgliedstaaten zwingend einen Aufsichtsrat. In den weiteren nicht im OECD Factbook genannten Mitgliedstaaten⁹⁸ Malta und Zypern sieht der jeweilige Company Act Regelungen zu directors, nicht zum Board bzw. Verwaltungsrat vor. Anders als in Deutschland fokussiert das Gesetz damit nicht auf ein Organ der Gesellschaft, sondern regelt die Befugnisse von Personen,⁹⁹ es kann so in der Praxis eine Ausgestaltung als Aufsichtsrat erfolgen.

2. Die Forderung nach einer Wahlmöglichkeit im Schrifttum

Anknüpfend an die historisch bis zum Inkrafttreten des AktG 1937 bestehende Möglichkeit der Ausgestaltung des Aufsichtsrats deutscher Aktiengesellschaften als Verwaltungsrat¹⁰⁰ und in Fortentwicklung dieser noch heute bei den Sparkassen anzutreffenden dualistischen Ausgestaltung eines Verwaltungsrats¹⁰¹ wird im modernen deutschen Schrifttum die Möglichkeit der Wahl einer monistischen Organisationsverfassung und damit eines eigentlichen Verwaltungsrats gefordert.¹⁰² Diskutiert wurden entsprechende

97 M. Gelter/M. Siems, Letting Companies Choose Between Board Models: An Empirical Analysis of Country Variations, *University Pennsylvania International Law Journal* 43 (2021) 137 (147).

98 Bulgarien, Kroatien, Malta, Rumänien, Zypern.

99 In Zypern Section 170 Companies Act, in Malta Section 137 Companies Act.

100 K. J. Hopt/M. Roth, in *Großkommentar Aktiengesetz*, Bd. 5, 5. Aufl., Berlin, 2019, § III Rdn. 5.

101 BGH, 13.12.2019 - V ZR 43/19, AG 2019, 611..

102 K. J. Hopt/M. Roth, in *Großkommentar Aktiengesetz*, Bd. 5, 5. Aufl., Berlin 2019, § 95 Rn. 44 m.w.N., zuletzt J. Reichert, Reform des Aufsichtsratsrechts – Entwicklungsperspektiven zwischen Funktionswandel und -wahrung, *ZHR* 187 (2023) 739 (743 ff).

Vorschläge etwa auf dem 67. DJT in Erfurt 2008.¹⁰³ Während die Abkehr von der Satzungsstrenge auf dem Juristentag in Erfurt fast einhellig abgelehnt wurde,¹⁰⁴ fand der Vorschlag für ein monistisches Modell für kleine Aktiengesellschaften¹⁰⁵ mehr Anklang¹⁰⁶ und auf dem 69. DJT in München 2012 eine Mehrheit.¹⁰⁷ Gefordert wurde die Möglichkeit der Wahl eines Verwaltungsrats zuletzt für Familiengesellschaften.¹⁰⁸ Bislang nutzen nicht zuletzt Familiengesellschaften die Möglichkeit der europäischen Rechtsform für Aktiengesellschaften und wählen dort das monistische Modell mit einem Verwaltungsrat.

3. Wahlmöglichkeit für Neugründungen

Besonders dringlich wäre das Zulassen der Option eines Verwaltungsrats für neu gegründete Gesellschaften. Das Gesetz über kleine AG zeigt die enormen Potentiale von Rechtsänderungen auch dann, wenn diese nur neu gegründeten Gesellschaften zur Verfügung gestellt werden.¹⁰⁹ Vor allem aber wurde jedenfalls für neu gegründete Gesellschaften ein über das akademische Interesse an sachgerechten Regeln hinausgehendes Bedürfnis der Praxis empirisch festgestellt. Schon nach der Studie von Albach/Lutter haben insbesondere neu gegründete Unternehmen ein Interesse an Alternativen zur traditionellen deutschen Unternehmensverfassung.¹¹⁰

Für eine jedenfalls im ersten Schritt auf neu gegründete Gesellschaften beschränkte Wahlmöglichkeit spricht auch der Querbezug zur Mitbestimmung.¹¹¹ Eine eigenständige Regelung für den Verwaltungsrat ohne besondere Beschränkung hinsichtlich der Arbeitnehmeranzahl ist möglich, wenn von vornherein nur neu gegründete Gesellschaften das Verwaltungsrats-

103 W. Bayer, Gutachten E zum 67. DJT 2008 in Erfurt, Empfehlen sich besondere Regeln für börsennotierte und nicht börsennotierte Gesellschaften?, S. 112 f.

104 Für börsennotierte Gesellschaften 1:84:1, für nicht börsennotierte Gesellschaften 6:71:1.

105 W. Bayer, Gutachten E zum 67. DJT 2008 in Erfurt (Fn. 103), Empfehlung 18, Wahlmöglichkeit insbesondere für nichtbörsennotierte Gesellschaften.

106 Für nicht börsennotierte Gesellschaften 32:45:3.

107 Ohne Unterscheidung nach der Börsennotierung, 53:26:5.

108 Reichert ZHR 187 (2023) 739 (743 ff).

109 Oben II.1.

110 H. Albach/C. Corte/R. Friedewald/M. Lutter/W. Richter, Deregulierung des Aktienrechts: Das Drei-Stufen-Modell, Ein Entwurf zur Modifizierung des Aktienrechts, Gütersloh 1988, S. 110.

111 Hierzu noch unten V.1.

modell wählen können. International werden spezifisch auf die konkrete Unternehmensverfassung passende und jeweils eigenständige Mitbestimmungsregimes vorgesehen,¹¹² weiter ist an eine Verhandlungslösung für die unternehmerische Mitbestimmung nur für neu gegründete Aktiengesellschaften mit Verwaltungsrat zu denken.¹¹³

4. Ausgestaltung des Verwaltungsrats

Mehr Freiheit ist zudem bei der Ausgestaltung des Verwaltungsrats und seiner Kontrollmöglichkeiten zu wagen, hier ist auf Flexibilität zu achten. Der Fall von Wirecard zeigt die Gefahren einer restriktiven Regelung der Informationsansprüche des Kontrollorgans,¹¹⁴ die Praxis deutscher Kontrollorgane sieht verbreitet von einer Befragung von Angestellten ab, beim Aufsichtsrat wird diese Frage im Schrifttum häufig restriktiv behandelt.¹¹⁵ Die Ermöglichung eines Verwaltungsrats hat den Vorteil der rechtssicheren Ausgestaltung managementunabhängiger Kontrollrechte des Kontrollorgans.¹¹⁶ Die Ausgestaltung des Verwaltungsrats erfolgt nicht einheitlich, sondern etwa in den USA, in Australien, im Vereinigten Königreich und in der Schweiz in jeweils eigenständigen nationalen Regelungen.

In der Schweiz sieht das Obligationenrecht die Oberleitung und Kontrolle durch Verwaltungsrat vor, in der Praxis werden die im Obligationenrecht angelegten Delegationsmöglichkeiten weit ausgelegt.¹¹⁷ Im Vereinigten Königreich finden sich nur wenige Regeln im Companies Act, bedeutsam ist der UK Corporate Governance Code und sind die Listing Rules der FCA.¹¹⁸ In der Folge haben nach englischem Recht inkorporierte Gesellschaften teilweise einen nur mit unabhängigen Direktoren besetzten Board.¹¹⁹ Der

112 Unten V.2.

113 De lege lata für den Aufsichtsrat *K. J. Hopt/M. Roth*, in Großkommentar Aktiengesetz, 5. Aufl., Berlin 2019, § 97 Rdn. 36.

114 Roth NZG 2022, 53 (54).

115 Etwa *J. Koch*, Kommentar zum AktG, 17. Auflage, München 2023, § 111 Rn. 36.

116 De lege ferenda hierzu der Arbeitskreis Recht des Aufsichtsrats, Eckpunkte für eine Reform des Aufsichtsratsrechts, NZG 2021, 477 (478) (Direktinformationsrecht).

117 Zum Begriff der Oberleitung *P. Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 5. Auflage, Zürich 2022, S. 1429 ff.

118 Zum UK Corporate Governance Code *M. Winner*, Der UK Corporate Governance Code, ZGR 2012, 246.

119 Einen komplett unabhängig besetzten Board hatte 2023 die Petershill Partners plc, 2023 UK Spencer Stuart Board Index, Company data, zur rechtlichen Möglichkeit

Fokus moderner Verwaltungsräte in börsennotierten Aktiengesellschaften auf die Kontrolle zeigt sich zudem in Australien¹²⁰ sowie in den USA.

In den USA besteht trotz weiter Kompetenzen für den Board keine Pflicht zur Oberleitung. Dort sehen die Corporate Governance Principles des American Law Institute und sieht der Model Business Corporation Act eine Konzentration der Rolle des Boards auf die Kontrollaufgabe vor.¹²¹ Dem entspricht die Praxis großer US-amerikanischer Gesellschaften, nur einen geschäftsführenden Direktor, den CEO, in den Board zu berufen.¹²² Umgekehrt kann etwa in der Familiengesellschaft der Hauptaktionär zum CEO ernannt werden, in den USA nicht zwingend ist weiter die Trennung der Rollen des Vorsitzenden des Verwaltungsrats sowie des CEO, praktisch wird dort dann ein lead independent director bestellt, also ein Sprecher der unabhängigen Verwaltungsratsmitglieder.¹²³

V. Unternehmerische Mitbestimmung

1. Unternehmerische Mitbestimmung und Unternehmensverfassung

Bei der hier vorgeschlagenen (Wieder)Einführung eines Verwaltungsrats im deutschen Aktiengesetz stellt sich die Folgefrage, ob zudem wie zu Beginn der Aktienrechtsreform in Permanenz im Jahre 1994 eine Weiterentwicklung der unternehmerischen Mitbestimmung erfolgen sollte. Dies insbesondere, wenn wie bei Einführung des Gesetzes für kleine Aktiengesellschaften im Jahre 1994 die Wahl der monistischen Unternehmensverfassung nur für neue Gesellschaften eröffnet wird.¹²⁴ International besteht ein meist deutlich niedrigeres Mitbestimmungsniveau, außerhalb Europas

eines Aufsichtsrats nach englischen Company Law schon *P. Leyens*, in Grundmann et. al, Festschrift Hopt, Berlin/New York 2010, S. 3135, 3140 ff.

120 Zur australischen Corporate Governance *M. Roth*, Die australischen Corporate Governance Principles and Recommendations: Vorbild für eine Fortentwicklung des deutschen Kodex nach dem Wirecard-Skandal?, DB 2022, 545.

121 American Law Institute, Corporate Governance Principles, 1994, § 3.02, § 8.01 (b) Model Business Corporation Act Annotated.

122 US Spencer Stuart Board Index 2023, p. 8: 65 Prozent der Boards.

123 Dazu *M. Roth*, Ehemalige Geschäftsleiter im Aufsichts- und Verwaltungsrat ZHR 178 (2014) 638 (667) ff.

124 § 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 DrittelbG.

wird nur China für eine unternehmerische Mitbestimmung genannt.¹²⁵ In Deutschland wurde die unternehmerische Mitbestimmung nach dem Ersten Weltkrieg durch das Betriebsrätegesetz¹²⁶ eingeführt, damals konnte der Aufsichtsrat noch als Verwaltungsrat ausgestaltet werden, vorgesehen wurde die Entsendung von ein oder zwei Betriebsräten in das meist als Verwaltungsrat ausgestaltete Kontrollorgan.¹²⁷

Die deutsche unternehmerische Mitbestimmung wurde nach dem Zweiten Weltkrieg zunächst in der britischen Besatzungszone wieder eingeführt. Die Montanmitbestimmung mit paritätisch besetztem Aufsichtsrat insbesondere in der Eisen- und Stahlindustrie des Ruhrgebiets diente wie sodann auch die Montanunion¹²⁸ historisch zur Wahrung des Friedens in Europa.¹²⁹ Insoweit war die Mitbestimmung über viele Jahrzehnte erfolgreich. Ob die unternehmerische Mitbestimmung indes im Vorfeld des Ukraine-Kriegs zur Wahrung des Friedens beigetragen hat, erscheint fraglich.¹³⁰ Gerade deutsche Firmen waren in großem Umfang in der Russischen Föderation aktiv und nehmen erst jetzt die schon zuvor bestehenden geopolitischen Risiken in den Blick.¹³¹

Inzwischen stehen in der Europäischen Union andere gesellschaftliche Fragen im Vordergrund¹³² und wird von einer Indienstnahme des Gesellschaftsrechts gesprochen, insbesondere bei Diversität und Nachhaltigkeit.

125 Siehe J. Enci/W. Kilian, Das neue Gesetz über Kapitalgesellschaften in der Volksrepublik China, AG 1994, 404 (408).

126 Weiter Sonderregeln zu Kali und Salz, dazu M. Roth, ZfA 2004, 431 (432).

127 § 70 Betriebsrätegesetz.

128 Nach der EWG und EG nun die EU, siehe H. Potthoff, Vom Besatzungsstaat zur europäischen Gemeinschaft, Hannover 1964.

129 Zu den Zielen der Treuhandverwaltung in der britischen Zone H. Lademacher, in C. Scharf/H. Schröder, Die Deutschlandpolitik Großbritanniens und die Britische Zone 1945,-1949, Wiesbaden 1979, S. 51, 55 ff., zu von ihr abgeschlossenen Treuhandvereinbarungen E. Peus, Die Praxis privatautonomer Mitbestimmungsvereinbarungen, AG 1982, 206.

130 M. Roth/J. Krüger, Vereins- und gesellschaftsrechtliche Implikationen der Finanzierung eines Angriffskrieges, ZGR 2023, 42.

131 C. Seibt, Pflichten der Geschäftsleitung zur Geopolitik — Strategieentwicklung, Risikomanagement, Geschäftsführungsmaßnahmen sowie Berichterstattung von China-Geschäftsrisiken, AG 2022, 833.

132 Zu Vorschlägen in den USA, dort eine unternehmerische Mitbestimmung einzuführen indes J. Dammann/H. Eidenmüller, Codetermination: A Poor Fit for U.S. Corporations, Columbia Law Review 3 (2020) 870, zu den wirtschaftlichen Effekten der unternehmerischen Mitbestimmung S. Jäger/S. Noy/B. Schoefer, The German Model of Industrial Relations: Balancing Flexibility and Collective Action, Illinois Law Review 75 (2022) 857.

Aktuell stärker als die Mitbestimmung steht insbesondere die geschlechtergerechte Besetzung des Kontrollorgans im Fokus,¹³³ an Gewicht gewinnen Nachhaltigkeitsbelange.¹³⁴ Nachhaltigkeitskenntnisse werden immer häufiger als Kompetenzen von Aufsichtsratsmitgliedern genannt und verlangt, auch nimmt die Anzahl spezieller Nachhaltigkeitsausschüsse zu, dies national in deutschen Aufsichtsräten und international in Boards und Verwaltungsräten.¹³⁵

2. Eigenständige Regelung der Anzahl der Arbeitnehmervertreter im Verwaltungsrat

Für nach nationalem deutschen Recht gebildete Verwaltungsräte der öffentlich-rechtlichen Kreditwirtschaft gibt es auf Landes- und Bundesebene eigenständige Regelungen. So sieht etwa das KfW-Gesetz eine zehntelparitätische Arbeitnehmervertretung vor,¹³⁶ die Sparkassen- und Landesbankengesetze der Länder verzichten auf eine Mitbestimmung (Bayern) oder sehen eine bis zur Drittelparität reichende unternehmerische Mitbestimmung vor.¹³⁷ Auch für privatwirtschaftlich organisierte Gesellschaften mit Verwaltungsrat empfiehlt sich statt einer Übernahme der Regeln zum Aufsichtsrat eine eigenständige Regelung der Mitbestimmung im Verwaltungsrat, dies nicht nur aufgrund der Geschäftsleitung als weiterer Funktion des Verwaltungsrats.¹³⁸ International gibt es Unterschiede bezüglich der Mitbestimmung im Aufsichtsrat oder im Verwaltungsrat bei nationaler Wahlmöglichkeit in Slowenien¹³⁹ und Ungarn, diskutiert wird dies in China.

Eine vollständige Übertragung der Regeln für Europäische Gesellschaften kommt nicht in Betracht,¹⁴⁰ dies auch wenn die Einführung eines Verwaltungsrats auf neu gegründete Gesellschaften beschränkt wird, die

133 Dazu *M. Roth* in H. Fleischer/S. Kalss/H.-U. Vogt (Fn. 65), S. 123, 152 ff.

134 Europäische Kommission, Vorschlag für Richtlinie über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit, COM(2022) 71 final.

135 Siehe *M. Roth*, in P. Hommelhoff/K. J. Hopt/P. Leyens (F. 79), § 33 Rdn. 104, im Deutschen Corporate Governance Kodex 2022 nun Empfehlung C.1: Nachhaltigkeitsexpertise.

136 § 7 KfW-Gesetz.

137 In Bayern Artt. 7, 8 SpkG, in Hessen Drittelparität ab 250 Arbeitnehmern nach § 5a SparkG.

138 Diese betonend etwa § 22 Abs. 1 SEAG.

139 In Slowenien Art. 79 Abs. 1, 2 Worker Participation in Management Act.

140 Dazu oben III.1.

keiner Mitbestimmung unterliegen. Bei der Europäischen Gesellschaft wird die ursprüngliche Mitbestimmung eingefroren, so dass es bei einer Mitbestimmungsfreiheit verbliebe.¹⁴¹ Dies erscheint bei einer deutschen Aktiengesellschaft so nicht angemessen, bei der Wahl einer deutschen Rechtsform sollte es dabei verbleiben, dass bei aufgrund organischen Wachstums ansteigender Arbeitnehmerzahl eine Arbeitnehmervertretung im Kontrollorgan erfolgt. Historisch konnte der Aufsichtsrat in der Weimarer Republik als Verwaltungsrat ausgestaltet werden, es erfolgte auch in diesem Fall eine Mitbestimmung im Kontrollorgan.¹⁴²

Schon das Gesetz über kleine AG hat neue Governance-Formen an eine Neugründung geknüpft, auch im Arbeitsrecht sehen Gesetze für Arbeitnehmer in bestehenden Betrieben oder Unternehmen strengere Regeln vor, als für Neugründungen.¹⁴³ Eine Übernahme der Regeln für Europäische Gesellschaften bei der Umwandlung bestehender Aktiengesellschaften erscheint aufgrund der Erfahrungen bei der SE nicht angezeigt. Gegen eine Annahme durch die Unternehmenspraxis spricht, dass derzeit soweit ersichtlich keine Europäische Gesellschaft mit monistischer Unternehmensverfassung mitbestimmt ist.¹⁴⁴ Eigenständige Regelungen der Mitbestimmung im Verwaltungsrat, etwa mit einer Besetzung nur der nicht geschäftsführenden (unabhängigen) Direktoren im Verwaltungsrat entsprechend den Grundsätzen für den Aufsichtsrat¹⁴⁵ werden von der herrschenden Meinung abgelehnt. Gefordert wird dieselbe Anzahl von Arbeitnehmervertretern im Verwaltungsrat wie im Aufsichtsrat, dies trotz jedenfalls grundsätzlich größeren Kompetenzen des Verwaltungsrats, der meist stärker als der Aufsichtsrat in die Geschäftsführung der Gesellschaft eingebunden ist.¹⁴⁶

141 Oben III.1.

142 § 70 Betriebsrätegesetz, dazu die Kommentierung von *G.Flatow/O. Cahn-Freund*, 13. Auflage, Berlin 1928 und *W. Mansfeld*, 3. Auflage, Mannheim 1930.

143 Zu kleinen Unternehmen *A. Stöhr*, *Kleine Unternehmen: Schutz und Interessenausgleich*, Tübingen, 2019.

144 Puma hat nun wieder eine dualistische Unternehmensverfassung eingeführt.

145 *M. Roth*, *ZfA* 2004, 431.

146 Siehe etwa § 22 Abs. 1 SEAG.

3. Ausgestaltung der Mitbestimmung im Verwaltungsrat

a) Schwellenwerte für das Eingreifen der Mitbestimmung

Beim Festlegen der Schwellenwerte für das Eingreifen der Mitbestimmung ist neben dem System der deutschen Mitbestimmung zu beachten, dass die deutsche unternehmerische Mitbestimmung weltweit einzigartig ist. Dies wirkt sich auch im Wettbewerb deutscher Unternehmen um internationales Kapital aus. Internationale Investoren bevorzugen das international vorherrschende monistische Board-System, mit dem zumindest bei kleinen Gesellschaften direkt Einfluss auf die Geschäftsführung genommen werden kann. Dies legt umgekehrt nahe, dass zumindest ergänzend auf Arbeitnehmer weltweit, nicht nur in Deutschland oder in der EU abgestellt wird. Das Zulassen des Verwaltungsrats und Ausgestalten der unternehmerischen Mitbestimmung führt zu einer Modernisierung des deutschen Aktienrechts und zur Steigerung der Attraktivität der deutschen Aktiengesellschaft.¹⁴⁷

Bei der Gründung von Unternehmen steht die deutsche Aktiengesellschaft im Wettbewerb mit nicht mitbestimmten Rechtsformen sowie ausländischen Rechtsformen, die in Deutschland verwandt werden können und etwa in der Konzernholding nicht mitbestimmt sind.¹⁴⁸ So verfügt etwa das DAX-Unternehmen Qiagen als niederländische NV nicht über Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat. Dies spricht nicht nur für eine Mitbestimmungsfreiheit bis 500 Arbeitnehmer, sondern auch sodann für eine moderate Mitbestimmung. Insoweit bietet sich ein Anknüpfen an die Schwellenwerte des Drittelbeteiligungsgesetzes sowie des Mitbestimmungsgesetzes 1976 an, so dass ab 500 Arbeitnehmern eine Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat vorzusehen wäre, die ab 2.000 Arbeitnehmern zu intensivieren wäre. In Einklang mit dem deutschen Mitbestimmungsrecht und hinsichtlich der im Ausland beschäftigten Arbeitnehmer nach dem Vorbild des französischen Code de Commerce könnte die erste Schwelle bei 500 Arbeitnehmern in Deutschland, die zweite Schwelle bei 2.000 Arbeitnehmern in Deutschland oder von 5.000 Arbeitnehmern weltweit eingreifen.¹⁴⁹

147 Zur Wirkung des Gesetzes für kleine Aktiengesellschaften oben II.1.

148 Zu den Niederlanden R. Nowak, Corporate Boards in the Netherlands, in P. Davies et. al. (eds.) (Fn. 62), p. 429, 487.

149 Art. Art. L225-27-1 I Code de Commerce.

b) Anzahl der Arbeitnehmervertreter im Verwaltungsrat

Von den großen westlichen Industrienationen sieht neben Deutschland nur Frankreich zwingend eine unternehmerische Mitbestimmung in Unternehmen der Privatwirtschaft vor. Zusammenschlüsse zwischen großen deutschen und französischen Unternehmen in Form eines Zusammenschlusses unter Gleichen unterliegen dabei entweder dem Recht eines Drittstaates¹⁵⁰ oder wurden dem französischen Recht unterstellt.¹⁵¹ Da in Frankreich trotz Möglichkeit der Wahl eines Aufsichtsrats das Verwaltungsratssystem überwiegt, kann die Regelung in Frankreich mit einem oder zwei Arbeitnehmervertretern als Orientierungspunkt angesehen werden.¹⁵² So wurde von L'Oreal ein Projektmanager von einer Gewerkschaft¹⁵³ und ein Belgier vom Europäischen Betriebsrat¹⁵⁴ ernannt, dies aufgrund einer entsprechenden Regelung in der Satzung von L'Oreal.¹⁵⁵ Historisch entspricht die Anzahl von ein oder zwei Arbeitnehmern der Regelung im Betriebsrätegesetz der Weimarer Republik.¹⁵⁶

In der Weimarer Republik konnte der Aufsichtsrat einer deutschen Aktiengesellschaft noch als Verwaltungsrat ausgestaltet werden. Eine Orientierung neu gegründeter Unternehmen mit monistischer Unternehmensverfassung an der historisch möglichen Mitbestimmung in einem Verwaltungsrat bietet sich an, wenn zum Zeitpunkt der Neugründung kein Mitbestimmungsregime eingreift, also nicht etwa sogleich ein Unternehmen mit mehr als 500 Arbeitnehmern eingebracht wird. Bei Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine SE erfolgt ein Einfrieren der Mitbestimmung,¹⁵⁷ so dass nicht allein die Mitbestimmung im Aufsichtsrat maßgeblich sein kann. Ab 500 Arbeitnehmern in Deutschland könnte ein Arbeitnehmervertreter,

150 Bei Airbus die Niederlande.

151 Im Fall des Zusammenschlusses der Hoechst AG mit Rhone Poulenc zu Aventis, nach einer weiteren Fusion jetzt Sanofi.

152 Art. L225-27-1 II Code de Commerce, bis acht Verwaltungsratsmitglieder ein Arbeitnehmervertreter, bei mehr als acht Verwaltungsratsmitgliedern zwei Arbeitnehmervertreter.

153 Thierry Hamel.

154 Benny de Vlieger.

155 L'Oréal, Articles of Association, July 24, 2023, Art. 8 Abs. 3, 4.

156 § 70 Betriebsrätegesetz, dort bereits bei vier Aufsichtsratsmitgliedern zwei Arbeitnehmervertreter, § 4 des Gesetzes zur Entsendung von Betriebsratsmitgliedern in den Aufsichtsrat.

157 Oben III.1., V.2.

ab 2.000 Arbeitnehmer in Deutschland (oder 5.000 Arbeitnehmer weltweit) könnten zwei Arbeitnehmervertreter zu bestellen sein.

c) Auswahl und Wahl der Arbeitnehmervertreter

Anschauungsmaterial für die Auswahl und Wahl der Arbeitnehmervertreter vor allem für die Ausgestaltung der neu zu konzipierenden unternehmerischen Mitbestimmung im Verwaltungsrat können die großen deutschen Nachbarländer geben, neben Frankreich sind dies Österreich und die Niederlande. In den Niederlanden sowie in Österreich besteht eine international bereits ungewöhnliche drittelparitätische Mitbestimmung im Aufsichtsrat. In den Niederlanden können anders als in Deutschland Angestellte und Arbeiter des Unternehmens dem Aufsichtsrat nicht angehören und sind in Tarifverhandlungen mit dem Unternehmen befindliche Gewerkschaftsvertreter ausgeschlossen. In Österreich erfolgt die Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat durch den Betriebsrat, anders als nach deutschem Mitbestimmungsrecht findet keine separate Wahl durch die Arbeitnehmer selbst statt. Denkbar wäre etwa die Wahl aller oder eines Teils der Arbeitnehmervertreter durch den deutschen Betriebsrat bzw. durch den Europäischen Betriebsrat. Bei international tätigen Unternehmen liegt eine Wahl durch den Europäischen Betriebsrat nahe, so etwa bei L'Oréal, dort wird das andere Verwaltungsratsmitglied aufgrund einer Bestimmung in der Satzung durch die Gewerkschaften direkt bestimmt.

4. Stiftung für Arbeitnehmerbelange

Bislang führen Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat sowie sonstige in DGB-Gewerkschaften organisierte Arbeitnehmervertreter einen Teil der Aufsichtsratsvergütung an die Böckler-Stiftung ab.¹⁵⁸ Anders als die Tätigkeit als Betriebsrat¹⁵⁹ wird die Aufsichtsrats Tätigkeit durch die Arbeitnehmervertreter nach geltendem Aktienrecht nicht ehrenamtlich ausgeübt. Es gilt im Aktienrecht der Grundsatz gleicher Rechte und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder, dieser wird auch auf die Vergütung der Arbeitneh-

158 OLG Frankfurt, ZIP 2019, 570, dazu A. Sagan, Die satzungsmäßige Abführung der Aufsichtsratsvergütung von Gewerkschaftsmitgliedern, ZGR 2020, 889.

159 § 37 Abs. 1 BetrVG.

mervertreter angewandt.¹⁶⁰ Die Böckler-Stiftung finanziert sich in der Folge überwiegend über solche Zuwendung von Förderinnen und Förderern, also durch das Abführen der Vergütung durch Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat.¹⁶¹

Zur Verhinderung unerwünschter Nebeneffekte der hier vorgeschlagenen Liberalisierung des Mitbestimmungsregimes ist deshalb an die Einführung einer Stiftung für Arbeitnehmerbelange zu denken. Solche Stiftungen bestehen funktional in den größeren deutschen Nachbarländern mit drittelparitätischer Mitbestimmung. Zwar werden in Österreich die Arbeiterkammern von den Arbeitnehmern,¹⁶² in den Niederlanden das Social and Economic Council als unabhängige Institutionen aber von den Arbeitgebern bezahlt.¹⁶³ Ein Ausfall von Zahlungen an die Böckler-Stiftung könnte in Anlehnung an die niederländische Regelung kompensiert werden, wenn die Anzahl der Arbeitnehmervertreter gegenüber einer Mitbestimmung nach dem Drittelbeteiligungsgesetz bzw. dem MitbestG verringert ist.

VI. Zusammenfassung und Ausblick

Rechtsvergleichend empfiehlt sich die Zulassung einer monistischen Unternehmensverfassung auch für die dem Aktiengesetz unterfallende deutsche Aktiengesellschaft. Eine solche Wahlmöglichkeit für nach nationalem Recht inkorporierte Aktiengesellschaften kennen nunmehr die meisten kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen. Dreißig Jahre nach Beginn der Aktienrechtsreform in Permanenz und mehr als 85 Jahre nach Einführung der Satzungsstrenge im deutschen Aktienrecht sollte in der Unternehmensverfassung deutscher Aktiengesellschaften wieder mehr Freiheit gewagt werden. Wie zu Beginn der Aktienrechtsreform in Permanenz mit dem Gesetz für kleine Aktiengesellschaften kann für die unternehmerische Mitbestimmung je nach Gründungs- bzw. Umwandlungsdatum unterschieden werden.

160 K. J. Hopt/M. Roth, in Großkommentar Aktiengesetz, Bd. 5, 5. Aufl., Berlin 2019, § 113 Rdn. 13.

161 Der Jahresbericht der Hans-Böckler-Stiftung 2022, S. 68 nennt für 62,6 Prozent der Stiftungseinnahmen insbesondere Abführungen von Arbeitnehmervertreter in Aufsichtsräten.

162 § 61 Arbeiterkammergesetz.

163 Sociaal Economische Raad (SER), zur Funktionsweise Waas ZfA 2003, 1, 10, zur Finanzierung SER, The Social and Economic Council, general brochure, p. 10.

Ein praktisches Bedürfnis nach der Wahl eines monistischen Systems wird insbesondere bei neu gegründeten Gesellschaften berichtet. Bei neu gegründeten Gesellschaften kann eine eigenständige Regelung der unternehmerischen Mitbestimmung im Verwaltungsrat entsprechend internationalen Standards gesehen werden, dies in Anlehnung an die Mitbestimmung im französischen Verwaltungsrat. In Anlehnung an die Rechtslage in Österreich und den Niederlanden empfiehlt sich weiter die Einrichtung einer unabhängigen Stiftung für Arbeitnehmerbelange. Bei bestehenden Gesellschaften erscheint die Zulassung des Verwaltungsrats weniger dringlich und wäre die Ausgestaltung der unternehmerischen Mitbestimmung problematisch.

Wie viel Internationalität genügt für eine Gerichtsstandsvereinbarung in Zivil- und Handelssachen nach Art. 25 Brüssel Ia-VO?

– Eine Einordnung der Inkreal-Entscheidung des EuGH

Hannes Rösler

I. Einleitung: Maßgeblichkeit der Internationalität

Die Internationalität eines Rechtsverhältnisses ist sowohl für das Internationale Zivilverfahrensrecht (IZVR) als auch für das Internationale Privatrecht (IPR) das grundlegende Einstiegskriterium. Ohne einen internationalen Bezug bliebe die Anwendung der häufig komplexen Regelungen aus diesen beiden Bereichen, welche – *nomen est omen* – bereits selbst die Internationalität als Bezeichnungen tragen, systemwidrig und ein sinnloses Unterfangen. Wäre das ohnehin in den vergangenen Jahren stark ausge dehnte IPR und IZVR der Europäischen Union auch ohne hinreichenden Auslandsbezug, also „überschießend“, anzuwenden,¹ wäre die Kompetenzgrenze des EU-Gesetzgebers überschritten: Die Grundlage für die entsprechenden EU-Rechtsakte – einschließlich der hier im Vordergrund stehenden Brüssel Ia-VO² – bildet Art. 81 AEUV, wonach die EU „eine justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen mit *grenzüberschreitendem* Bezug“ entwi-

-
- 1 Siehe R. Michaels, The New European Choice-of-Law Revolution, Tulane Law Review 82 (2008), 1607; J. v. Hein/G. Rühl (Hrsg.), Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union, 2016; H. Rösler, Die Europäisierung von IZVR und IPR als Herausforderung für die deutsche Gerichtsorganisation, ZVglRWiss 115 (2016), 533.
 - 2 Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Neufassung), ABL.EU 2012 Nr. L 351, S. 1.

ckeln soll.³ Rein nationale Verfahren sind dagegen ganz überwiegend dem autonomen nationalen Zivilprozessrecht überantwortet.⁴

Unter welchen Umständen ein internationaler Bezug vorhanden ist, erscheint in den meisten Fällen offensichtlich zu sein, z.B. bei einem Unfallereignis in einem anderen Staat, einem Vertragsabschluss oder einem Erfüllungsort einer Schuld im Ausland.⁵ Allerdings gibt es auch schwierigere Konstellationen. So entschied der EuGH auf Vorlage des BGH im Jahr 2021 verbraucherfreundlich, es reiche im Zusammenhang mit einem Ausrichten auf den Verbraucherstaat i.S.d. Art. 17 Abs. 1 lit. c Brüssel Ia-VO⁶ aus, wenn der Auslandsbezug erst nach dem Vertragsschluss, aber noch vor dem Zeitpunkt der Klageerhebung, durch einen Wohnsitzwechsel des Verbrauchers ins Ausland entsteht.⁷ Anders als im IPR (Art. 6 Rom I-VO)

-
- 3 Art. 81 Abs. 1 S. 1 AEUV. Dennoch gibt es Rechtsakte des EU-Prozessrechts, die sich auf Art. 114 AEUV stützen; so z.B. die Richtlinie (EU) 2020/1828 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2020 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG, ABL.EU 2020 Nr. L 409, S. 1.
 - 4 Einmal abgesehen von den Einflüssen z.B. durch Art. 6 EMRK und Art. 49 Charta der Grundrechte der Europäischen Union.
 - 5 Vgl. zum Auslandsbezug allgemein R. Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 9. Aufl., Köln 2024 Rn. 10 f.; R. Magnus, Der grenzüberschreitende Bezug als Anwendungsvoraussetzung im europäischen Zuständigkeits- und Kollisionsrecht, ZEuP 2018, 507; A. Grimm, Der Auslandsbezug im internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht, Jena 2021, S. 31 ff.; J. Heinig, Grenzen von Gerichtsstandsvereinbarungen im Europäischen Zivilprozessrecht, Jena, 2010, S. 113 ff.; siehe für das IPR D. Martiny, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl., München 2021, Art. 3 Rom I-VO Rn. 91.
 - 6 Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Neufassung), ABL.EU 2012 Nr. L 351, S. 1.
 - 7 EuGH Urt. v. 30.9.2021 – C-296/20, ECLI:EU:C:2021:784 = EuZW 2022, 177 – Commerzbank; das Urteil betraf die Parallelvorschrift Art. 15 Abs. 1 lit. c des zwischen der EU sowie Dänemark, Island, Norwegen und der Schweiz geschlossenen Lugano-Übereinkommens (Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABL.EU 2009 Nr. L 147, S. 1); kritisch zu dem Urteil etwa C. v. Bary, Neues zum prozessualen Verbraucherschutz aus Luxemburg: Verbrauchereigenschaft und Wohnsitzwechsel, IPRax 2022, 457 (458 ff.), da es die situativen Anwendungskriterien entwerte und die Vorhersehbarkeit der Zuständigkeit für den Unternehmer nicht genüge. Den Verbraucherbegriff bei einem Vertrag mit gemischten Zwecken, d.h. mit teils privaten und teils beruflichen Zielen (*dual use*), versteht der EuGH demgegenüber sehr eng, siehe EuGH Urt. v. 20.1.2005 – C-464/01, ECLI:EU:C:2005:32 = NJW 2005, 653 – Gruber; dazu H. Rösler/V. Siepmann, Der Beitrag des EuGH zur Präzisierung von Art. 15 I EuGVO, EuZW 2006, 76.

komme es dabei nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, sondern auf den aktuellen Wohnsitz bei Klageerhebung an.⁸ Im Ausgangsverfahren genügte demnach für die Begründung des internationalen Verbrauchgerichtsstandes, dass der mittlerweile zahlungssäumige Kunde bei einer deutschen Bank in Dresden ein Girokonto eröffnet hatte und erst danach von Deutschland in die Schweiz umzog.

Zu dem Mosaik von Internationalität und EU-IZVR fügte der EuGH am 8. Februar 2024 in der vielbeachteten⁹ Rechtssache „Inkreal s.r.o. gegen Dúha reality s.r.o.“¹⁰ einen weiteren Baustein im Kontext von Gerichtsstandsvereinbarungen zwischen kommerziellen Parteien in Zivil- und Handelssachen¹¹ i.S.v. Art. 25 Brüssel Ia-VO hinzu. Der EuGH bejahte darin, dass die Wahl von Gerichten oder eines konkret bestimmten Gerichts eines anderen EU-Mitgliedstaats in einer ansonsten rein innerstaatlichen Streitigkeit für die Anwendbarkeit von Art. 25 Brüssel Ia-VO ausreicht. Der Generalanwalt *Jean Richard de la Tour* hatte dies in seinen Schlussanträgen zu der Rechtssache¹² anders gesehen, obwohl der EuGH bekanntlich sehr häufig den Vorschlägen des Generalanwalts folgt.¹³ Neben der bloßen Wahl eines ausländischen Gerichts, also dem subjektiven Kriterium, sei auch ein objektiver, d.h. außerhalb der Gerichtsstandsvereinbarung selbst liegender Auslandsbezug vonnöten.¹⁴ Weil der EuGH-Entscheidung große praktische

8 In der Vorschrift heißt es, „in dessen Hoheitsgebiet der Verbraucher seinen Wohnsitz hat“, also nicht „hatte“.

9 So erschienen in Windeseile nach Veröffentlichung des EuGH-Urteils mehrere Einträge als „Online Symposium on Inkreal“ im Blog der European Association of Private International Law (EAPIL), <https://eapil.org>.

10 EuGH Urt. v. 8.2.2024 – C-566/22, ECLI:EU:C:2024:123 – Inkreal = EuZW 2024, 262 (m. Anm. R. Wagner).

11 Siehe die Negativdefinitionen in Art. 1 Brüssel Ia-VO.

12 Wie stark im französischen Schrifttum vertreten; siehe die Nachweise in den Schlussanträgen des Generalanwalts v. 12.10.2023 – C-566/22, ECLI:EU:C:2023:768 Rn. 32.

13 H. Rösler, Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts – Strukturen, Entwicklungen und Reformperspektiven des Justiz- und Verfahrensrechts der Europäischen Union, Tübingen 2012, S. 336.

14 Schlussanträge des Generalanwalts ECLI:EU:C:2023:768 Rn. 32 – Inkreal; ebenso Magnus, ZEuP 2018, 507 (534); P. Mankowski, in: T. Rauscher (Hrsg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Bd. I, 5. Aufl., Köln 2021, Art. 25 Brüssel Ia-VO Rn. 35 (beide unter Rückgriff auf die Wertung in Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO, anders als der Generalanwalt); a.A., nämlich eine Parteivereinbarung über ein ausländisches Gericht (subjektiver Auslandsbezug) sei ausreichend, P. Gottwald, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl., München 2022, Vorbemerkung zu Art. 1 Brüssel Ia-VO Rn. 33; R. Hausmann in: C. Reithmann/D. Martiny (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, 9. Aufl., Köln 2022 Rn. 7.20; K. S. Danelzik, Die Gerichtsstandsvereinbarung

und dogmatische Bedeutung für das IZVR zukommt und Seitenblicke auf die Behandlung vergleichbarer Konstellationen nahelegt, soll sie den Schwerpunkt des vorliegenden Beitrags zu Ehren von *Georgios Gounalakis* bilden. Mit ihm zusammen veröffentlichte der Verfasser dieser Zeilen 1998 ein Buch zum Persönlichkeitsrecht und promovierte beim ihm 2003 nach einer Zeit als wiss. Mit. mit einer Arbeit zum Europäischen Privatrecht.¹⁵

II. Zuständigkeitsrechtliche Parteiautonomie

Die eigenständig, d.h. losgelöst vom Hauptvertrag¹⁶ und IPR,¹⁷ zu beurteilende Gerichtsstandsvereinbarung in Zivil- und Handelssachen ist – zusammen mit der Rechtswahl – das mit Abstand wirkmächtigste Gestaltungsinstrument der Parteien im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr.¹⁸ Dementsprechend ist eine solche Abrede in der Kautelarpraxis regelmäßig

zwischen ZPO, EuGVVO und HGÜ, Baden-Baden 2019, S.204, 212 (er bezeichnet eine Konstellation wie in Inkreal als „externe Parteivereinbarung“); R. Geimer, in: ders./R. Schütze (Hrsg.), *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, 4. Aufl., München 2020, Art. 25 EuGVVO Rn.177 (es brauche keinen objektiven Auslandsbezug zum *forum prorogatum*).

- 15 G. Gounalakis/H. Rösler, *Ehre, Meinung und Chancengleichheit im Kommunikationsprozeß – Eine vergleichende Untersuchung zum englischen und deutschen Recht der Ehre*, Baden-Baden 1998; H. Rösler, *Europäisches Konsumentenvertragsrecht – Grundkonzeption, Prinzipien und Fortentwicklung*, München 2004.
- 16 Art. 25 Abs. 5 Brüssel Ia-VO und Art. 3 lit. d HGÜ (Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen vom 30.6.2005, ABL EU 2009 Nr. L 133, S. 3). Nach deutschem Verständnis handelt es sich um einen eigenständigen materiell-rechtlichen Vertrag über prozessuale Beziehungen (BGH 29.2.1968 – VII ZR 102/65, BGHZ 49, 384 (386) = NJW 1968, 1233); vgl. zum Verständnis im Common Law M. Illmer, *Gerichtsstandsvereinbarung, internationale*, in: J. Basedow/K. J. Hopt/R. Zimmermann (Hrsg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Tübingen 2009, S. 688 (689).
- 17 Allerdings kann die Vereinbarung eines ausschließlich zuständigen Gerichts einen der Umstände bilden, die auf eine konkludente Rechtswahl i.S.d. Art. 3 Rom I-VO hinweisen (Erwägungsgrund 12); P. Hay/H. Rösler, *Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht*, 5. Aufl., München 2016, Nr. 107 (S. 164 ff.). Eine kombinierte (ausdrückliche) Gerichtsstands- und Rechtswahlvereinbarung kann zum verfahrensökonomisch sinnvollen Gleichlauf von Zuständigkeit und anwendbaren Sachrecht führen.
- 18 P. Mankowski, *Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarung im Lichte der Spieltheorie*, in: T. Eger/J. Bigus/C. Ott/G. v. Wangenheim (Hrsg.), *Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse*, Festschrift für Hans-Bernd Schäfer, Wiesbaden 2008, S. 369 (380).

und zumeist in Form von Allgemeinen Geschäftsbedingungen anzutreffen. Ähnlich wie Rechtswahlvereinbarungen erhöhen Gerichtsstandsvereinbarungen die Rechtssicherheit für die Parteien, und zwar über das anwendbare Verfahrensrecht (*lex fori*-Prinzip) samt Verfahrenssprache, Kosten, Prozessdauer, anwendbarem IPR, aber auch Entfernung usw.¹⁹ Die Gewissheit über einen festen Gerichtsort verringert die Transaktionskosten und erleichtert derart grenzüberschreitende Geschäftsabschlüsse.²⁰ Meist treffen die Parteien eine ausschließliche Gerichtsstandsabrede, was auch dem vom Gesetz unterstellten Standardfall entspricht,²¹ wenngleich auch andere Spielarten wie asymmetrische²² oder bedingte (optionale) Vereinbarungen²³ anzutreffen sind.

Je nach den Umständen kann die Wahl der Parteien auf ein Gericht im Sitzstaat der verhandlungsstärkeren Partei oder auf ein drittes, also neu-

19 Hay/Rösler, IPR und IZVR, (Fn. 17), Nr. 22 (S. 36).

20 Zur Begrenzung des internationalen Transaktionsdilemmas (weniger internationale als nationale Geschäftsabschlüsse) G. Rühl, Statut und Effizienz – Ökonomische Grundlagen des Internationalen Privatrechts, Tübingen, 2011, S. 39 ff.; J. Basedow, The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws, Leiden 2015, S. 91 ff.; zu den Vorteilen der Gestaltungsfreiheit auch A. Mills, Party Autonomy in Private International Law, Cambridge, 2018.

21 Art. 25 Abs. 1 S. 2 Brüssel Ia-VO aus. Das Haager Übereinkommen greift sogar nur im Fall einer ausschließlichen Vereinbarung eines Gerichtsstands i.S.d. Art. 3 lit. a HGÜ.

22 Beispielsweise auf den Finanzmärkten verbreitete asymmetrische Vereinbarungen, die die Zuständigkeit nur für eine Partei (z.B. den Kreditnehmer) einschränken, sind umstritten; dazu M. Lehmann/A. Grimm, Zur Zulässigkeit asymmetrischer Gerichtsstandsvereinbarungen nach Art. 23 Brüssel I-VO, ZEuP 2013, 890 (im Zusammenhang mit einem Urteil der französischen Cour de cassation); M. Keyes/B. A. Marshall, Jurisdiction Agreements: Exclusive, Optional and Asymmetrical, Journal of Private International Law II (2015), 345; H. Wais, Einseitige Gerichtsstandsvereinbarungen und die Schranken der Parteiautonomie, RabelsZ 81 (2017), 815; B. A. Marshall, Asymmetric Jurisdiction Clauses, Oxford 2023. Des Weiteren gibt es kreuzweise gehende Klauseln. Das sei an der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit verdeutlicht. So heißt es im Abkommen über Handel und Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft einerseits und dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Irland andererseits, ABL EU 2021 Nr. L 149, S. 1 in Nr. 24 der Verfahrensordnung für die Streitbeilegung: Es „findet die Anhörung [des Schiedsgerichts] in London statt, wenn die Europäische Union die beschwerdeführende Vertragspartei ist, und in Brüssel, wenn das Vereinigte Königreich die beschwerdeführende Vertragspartei ist.“

23 H. Rösler, Mehr Freiheit wagen im Kollisionsrecht – Zur Zulässigkeit von *floating choice-of-law clauses* im Wirtschafts-, Familien- und Erbkollisionsrecht der Europäischen Union, in: A. Dutta/C. Heinze (Hrsg.), „Mehr Freiheit wagen“ – Beiträge zur Emeritierung von Jürgen Basedow, Tübingen 2018, S. 277.

trales Forum fallen – sei es als Ausweg für Pattsituationen bei Vertragsverhandlungen oder aus Gründen der fachlichen Expertise und sonstigen (z.B. beweis- oder späteren vollstreckungsrechtlichen) Sachnähe des Gerichts.²⁴ Was die Gründe der Parteien im Ausgangsverfahren von Inkreal waren, bleibt – soweit ersichtlich – im Dunkeln. Zumindest kann es sich nicht um eine Pattsituation gehandelt haben, bei der jede Seite ihre eigene Gerichtsbarkeit durchsetzen möchte: Beide Parteien stammen aus der Slowakei.

Gelegentlich erfolgen Vereinbarungen zugunsten von ausländischen Foren auch deswegen, weil deren Anrufung praktisch wie rechtlich meist erheblich komplizierter ist und somit prohibitive Wirkung entfaltet. Bei einem „Auswärtsspiel“ kommt es also seltener zu einer vorschnellen Eskalation des Streits mitsamt der daraus entspringenden Anwalts- und Gerichtskosten. Diesem Gedanken entspricht es, dass die Parteien in Inkreal außerdem eine allgemeine Verhandlungspflicht vereinbart haben, die ihrem Gang zum Gericht vorgeschaltet ist.²⁵ In der Praxis nehmen gestufte Klauseln zu. So soll ein Gerichts- bzw. ein (außerhalb der Brüssel Ia-VO liegendes) Schiedsverfahren häufiger erst nach einer ggf. zeitlich befristeten Mediation erfolgen.²⁶

Vereinbarungen der Gerichtszuständigkeit, die natürlich in formeller und materieller Hinsicht wirksam²⁷ sein und die Abwahlgrenzen der Brüssel Ia-VO beachten müssen,²⁸ bieten weitere prozessökonomische Vorteile: Sie verringern die Gefahren eines einseitigen, u.U. die andere Partei be-

24 Vgl. R. A. Schütze, Rechtswahl- und Gerichtsstandsklauseln bei equal bargaining power der Parteien, in: J. Dammann/W. Grunsky/T. Pfeiffer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Manfred Wolf, München 2011, S. 551.

25 Die Vertragsbestimmung lautet: „[A]lle Unklarheiten oder Streitigkeiten, die sich aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag ergeben, [werden] in erster Linie durch gemeinsame Verhandlungen gelöst [...], um zu einer für beide Vertragsparteien annehmbaren Lösung zu gelangen.“ Erst dann folgt die Gerichtsstandsvereinbarung. Schlussanträge des Generalanwalts ECLI:EU:C:2023:768 Rn. 10 – Inkreal.

26 Man spricht von „escalation clauses“ oder „multi-step dispute resolution clauses“; dazu: S. Kröll, Eskalationsklauseln im internationalen Wirtschaftsverkehr, ZVglRWiss 114 (2015), 545; K. P. Berger, Law and Practice of Escalation Clauses, Arbitration International 22 (2006) 1 ff.

27 Zur fast immer geforderten Schriftform siehe Art. 25 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 Brüssel Ia-VO (vgl. enger Art. 3 lit. c HGÜ). Die Nichtigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung richtet sich seit der letzten Reform nach der *lex fori prorogati*, Art. 25 Abs. 1 S. 1 a.E. Brüssel Ia-VO (mit Art. 5 Abs. 1 HGÜ als Vorbild).

28 Die wichtigsten Abwahlgrenzen fasst Art. 25 Abs. 4 Brüssel Ia-VO zusammen.

nachteiligten oder prozessverzögernden Forum Shoppings²⁹ und reduzieren Streitigkeiten über die Frage der Zuständigkeit. Aus all diesen Gründen dürfte es sich bei Art. 25 Brüssel Ia-VO um die am meisten einschlägige Vorschrift des gesamten Internationalen Zivilprozessrechts in Europa handeln – sei es den Parteien bewusst oder nicht. Der EuGH hat sich statistisch gesehen häufig mit Art. 25 Brüssel Ia-VO bzw. der ursprünglich von 1968 stammenden Vorgängerregelungen³⁰ befassen müssen.³¹ Insgesamt ist die EU-Rechtsprechung zur justiziellen Zusammenarbeit in Zivil- und Handelssachen besonders reichhaltig. So sollen zwischen 2015 und 2022 fast 250 Vorabentscheidungsersuchen hierzu beim EuGH eingegangen sein.³²

Der Parteiautonomie den Vorrang vor dem staatlichen Ordnungsinteresse an der Einhaltung der gesetzlichen Zuständigkeiten einzuräumen, führt zu einem Wettbewerb der Gerichtsstandorte und Rechtsordnungen einschließlich ihrer mehr oder minder parteifreundlichen tatsächlichen Umstände und rechtlichen Vorgaben. Die Beachtung des Parteiautonomiegebots³³ und des darüber eröffneten Wettbewerbs erscheint den Gerichten teils immer noch als unliebsame Beschneidung territorialer Justizhoheit, sodass es außerhalb Europas und Nordamerikas³⁴ immer wieder zur Miss-

29 Allerdings ist das Forum Shopping des Klägers, mit dem er sich ggf. neben Nähevorteilen auch die Vorteile des im Forum geltenden Verfahrens-, Kollisions- und u.U. auch materiellen Rechts sichern möchte („first mover advantage“), nicht *per se* zu beanstanden. Das betont zutreffend *H. Linke/W. Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 9. Aufl., Köln 2024, Rn. 4.24.

30 Beginnend mit einem noch völkerrechtlichen Instrument: dem Übereinkommen von Brüssel über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen v. 27.9.30 (EuGVÜ); nach weiteren Beitritten siehe die konsolidierte Fassung ABL.EG 1998 Nr. C 27, S. 1. Die Brüssel I-VO (Verordnung (EG) Nr. 44/2001, ABL.EG 2001 Nr. L 12, S. 1) überführte diesen Völkerrechtsakt in das Unionsrecht.

31 Eine Auswertung der EuGH-Rechtsprechung für die Jahre 2015-2022 ergab diese Reihenfolge: Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2, Art. 1, Art. 17, Art. 24 Nr. 1 und dann auf Platz 7 u.a. Art. 25 Brüssel Ia-VO. *M. Mantovani*, <https://eapil.org/2022/11/18/eu-private-international-law-before-the-ecj-back-to-procedural-issues>.

32 *Linke/Hau*, IZVR (Fn. 29), Rn. 1.9.

33 Weitgehend *Basedow*, Law of Open Societies (Fn. 20), S. 147 (Nr. 253): Parteiautonomie „represents, as it were, a human right in a globalized world“; zudem *J. Basedow*, Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts, *RabelsZ* 75 (2011), 32.

34 Für die USA steht seit der Entscheidung zu einem Schiff namens „The Bremen“ fest, dass sich insbesondere der *forum non conveniens*-Einwand nicht vorbringen lässt, *US Supreme* 12.6.1972 – 71-322, *The Bremen v. Zapata Off-Shore Company*, 407 U.S. 1 (1972); *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 17.4.1991 – 89-1647, 499 U.S. 585 (1991);

achtung von Gerichtsstandsvereinbarungen kommt. Dies betrifft zumeist diejenigen Abreden, die zur Abwahl einer inländischen Zuständigkeit (Derogation) und im Gegenzug zur Zuständigkeit ausländischer Gerichte (Prorogation) führen.³⁵

Dabei sollte sich im Interesse der Gegenseitigkeit eigentlich die Erkenntnis des U.S. Supreme Court durchgesetzt haben, der 1972 anlässlich seiner erstmaligen Akzeptanz einer derogierenden „forum selection clause“ hervorhob: „[T]he expansion of American business and industry will hardly be encouraged if, notwithstanding solemn contracts, we insist on a parochial concept that all disputes must be resolved under our laws and in our courts. [...] We cannot have trade and commerce in world markets and international waters exclusively on our terms, governed by our laws and resolved in our courts.“³⁶

Diesem Gedanken folgt insoweit auch Europa,³⁷ wo der Gesetzgeber und die Rechtsprechung³⁸ der Parteiautonomie in Zivil- und Handelssachen einen großen Raum einräumen, wohingegen das in Familien- und Erbsachen nur mit Abstrichen der Fall ist.³⁹ Die stärkere Betonung der

Great Lakes Insurance SE v. Raiders Retreat Realty Co., LLC, 21.2.2024 – 22-500, 601 U.S. (2024). Gerichtsstandsvereinbarungen sind danach *prima facie* gültig. Dennoch variiert die Akzeptanz in den verschiedenen Bundes- und einzelstaatlichen Gerichten, *J. Coyl*, Data on Choice-of-Court Clause Enforcement in US, <https://conflictoflaws.net/2023/data-on-choice-of-court-clause-enforcement-in-us>.

35 Siehe *H. Kronke*, The Fading of the Rule of Law and its Impact on Choice of Court Agreements and Arbitration Agreements – Law and Policy, *IPRax* 2024, 106. Nordafrika und den Nahen Osten nennt *B. Elbalti*, <https://conflictoflaws.net/2024/bahraini-high-court-on-choice-of-court-and-choice-of-law-agreements> als Beispiel.

36 *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (9) (1972) von Chief Justice Warren *Burger*.

37 Nicht aber den sehr unterschiedlichen „jurisdictional filters“ und bei den Methoden, wo in den USA kein zur EU vergleichbares föderalisiertes IZVR und IPR existiert; *P. Hay*, Notes on the European Union’s Brussels-I “Recast” Regulation, *The European Legal Forum* 2013, 1 (8); *J. Basedow*, Federal Choice of Law in Europe and the United States – A Comparative Account of Interstate Conflicts, *Tulane Law Review* 82 (2008), 2119.

38 Das gilt auch für die deutsche Rechtsprechung: Seit BGH 17.10.2019 – III ZR 42/19, BGHZ 223, 269 = NJW 2020, 399 kann die Nichtbeachtung einer Gerichtsstandsvereinbarung zu Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB verpflichten. Zustimmend *P. Hay*, Forum Selection Clauses – Procedural Tools or Contractual Obligations? Conceptualization and Remedies in American and German Law, *IPRax* 2020, 505.

39 In internationalen Ehesachen können die Ehegatten misslicherweise weiterhin keine Gerichtsstandsvereinbarung treffen: Die Brüssel IIB-VO beschränkt die Möglichkeit auf Verfahren zur elterlichen Verantwortung, wobei das Kind eine wesentliche Bindung zu dem gewählten EU-Mitgliedstaat haben muss (Art. 10 Brüssel IIB-VO).

Parteiautonomie bei vermögensrechtlichen Ansprüchen erklärt sich nicht zuletzt aus dem übergreifenden Ziel der Binnenmarktförderung.⁴⁰ In der EU sind Gerichtsstandsabreden selbst bei Verbraucher- und Arbeitsverträgen möglich, wenngleich das Gesetz hier erfreulich klare Grenzen setzt.⁴¹ Einen allgemeinen Missbrauchsvorbehalt⁴² kennt die Brüssel Ia-VO dagegen nicht.⁴³

Die Reform von der Brüssel I-VO hin zur aktuellen Brüssel Ia-VO hat die Parteiautonomie weiter gestärkt, indem nach Art. 25 Abs. 1 S. 1 Brüssel Ia-VO keiner der Parteien mehr einen Wohnsitz in der EU haben

Möglich sind (auf bestimmte Gerichtsstände begrenzte) Gerichtsstandsvereinbarungen aber nach Art. 4 EuUnthVO und Art. 7 EuGüVO/EuPartVO, geht es doch um vermögensrechtliche Ansprüche. Hat ein Erblasser eine Rechtswahl zugunsten eines Mitgliedstaates getroffen, eröffnet Art. 5 EuErbVO den Erben eine gleichlaufende Gerichtsstandsvereinbarung. Siehe *Linke/Hau*, IZVR (Fn. 29), Rn. 6.1. Auch die Rechtswahlmöglichkeiten im Internationalen Familien- und Erbrecht sind beschränkt, siehe *H. Rösler*, Rechtswahlfreiheit im Internationalen Scheidungsrecht der Rom III-Verordnung, *RabelsZ* 78 (2014), 155.

- 40 Der Binnenmarkt findet in den Erwägungsgründen 3 und 4 der Brüssel Ia-VO Erwähnung. Siehe primärrechtlich v.a. Art. 3 Abs. 3 EUV und Art. 3 Abs. 1 lit. b, Art. 4 Abs. 2 lit. a, Art. 26, Art. 114 AEUV.
- 41 In den Grenzen von Art. 19 und Art. 23 Brüssel Ia-VO *Hay/Rösler*, IPR und IZVR, (Fn. 17), Nr. 19 f. (S. 30 ff.); *H. Rösler*, Verbraucherverträge (IPR und IZPR), in: J. Basedow/K. J. Hopt/R. Zimmermann (Hrsg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Tübingen 2009, S. 1612. Das Haager Übereinkommen vom 2005 klammert von vornherein viele Bereiche und so auch Verbraucher- und Arbeitsverträge aus (Art. 2 Abs. 1 HGÜ).
- 42 Siehe Art. 6 lit. c HGÜ: Ein angerufenes, aber nicht vereinbartes Gericht eines HGÜ-Vertragsstaats hat seine Zuständigkeit zu verwehren, es sei denn, „die Anwendung der Vereinbarung würde zu einer offensichtlichen Ungerechtigkeit führen oder der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) des Staates des angerufenen Gerichts offensichtlich widersprechen“. Vgl. auch Art. 5 Abs. 2 Schweizer IPRG: „Die Gerichtsstandsvereinbarung ist unwirksam, wenn einer Partei ein Gerichtsstand des schweizerischen Rechts missbräuchlich entzogen wird.“ Siehe weiter s. 80 US Restatement (Second) of Conflict of Laws (1971): „unless it is unfair or unreasonable“. Siehe auch *E. Gottschalk/S. Breßler*, Missbrauchskontrolle von Gerichtsstandsvereinbarungen, *ZEuP* 2007, 56; J. Basedow, Zuständigkeitsderogation, Eingriffsnormen und ordre public, in: P. Mankowski/W. Wurmnest (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Magnus zum 70. Geburtstag*, München 2014, S. 337. Für die Schaffung einer Korrekturmöglichkeit durch den *forum non conveniens*-Einwand (ungeachtet der damit verbundenen Unsicherheiten) spricht sich *D. Coester-Waltjen*, *Himmel und Hölle: Einige Überlegungen zur internationalen Zuständigkeit*, *RabelsZ* 79 (2015), 471 aus.
- 43 Darauf spielt EuGH ECLI:EU:C:2024:123 Rn. 34 – Inkreal an: Erwägungen außerhalb von Art. 25 Brüssel Ia-VO, also auch „zur Angemessenheit der Vereinbarung“, könnten nicht geprüft werden.

muss.⁴⁴ Dagegen erfordert Art. 6 Abs. 1 Brüssel Ia-VO ansonsten grundsätzlich einen Wohnsitz des Beklagten in einem EU-Mitgliedstaat.⁴⁵ Es genügt also bei Art. 25 Brüssel Ia-VO, wenn ausweislich des Parteiwillens ein Gericht bzw. die Gerichte eines EU-Mitgliedstaats über eine schon bestehende Rechtsstreitigkeit oder über eine künftige aus einem bestimmten Rechtsverhältnis entstammende Rechtsstreitigkeit entscheiden sollen.⁴⁶

III. Problemaufriss: Sachverhalt in der Sache Inkreal

Ausgangspunkt des dem EuGH im Wege des Vorabentscheidungsersuchens⁴⁷ vorgelegten Sachverhalts bildeten zwei Verträge, mit denen eine in der Slowakei wohnhafte natürliche Person zwei Darlehen in der Höhe von fast 154.000 € an „Dúha reality“, eine ebenfalls dort ansässige Gesellschaft slowakischen Rechts, gab. Beide Verträge enthielten für den Fall, dass in erster Linie vorgesehene gemeinsame Verhandlungen scheitern,⁴⁸ gleichlautende Gerichtsstandsvereinbarungen. Danach sollten Streitigkeiten aus den Verträgen durch „das sachlich und örtlich zuständige tschechische Gericht in Einklang mit [der Zivilprozessordnung]“ zu entscheiden sein. Nach Abtreten der Forderungen vonseiten der natürlichen Person an die Inkreal (die Klägerin), eine wiederum in der Slowakei ansässige Gesellschaft,⁴⁹ kam die Forderungsgegnerin „Dúha reality“ (die Beklagte) ihrer Rückzahlungspflicht nicht nach. Zwar wirken Gerichtsstandsabreden grundsätzlich nur zwischen den Parteien. Da aber Inkreal mit der Zession in die Rechte

44 Demgegenüber erforderte Art. 23 Abs. 1 S. 1 Brüssel I-VO noch von den Parteien, dass „mindestens eine ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat“.

45 Ausnahmen sind v.a. Art. 18 Abs. 1, Art. 21 Abs. 2, Art. 24 und (natürlich) Art. 25 Brüssel Ia-VO, allesamt von Art. 6 Abs. 1 Brüssel Ia-VO erwähnt.

46 Werden drittstaatliche Gerichte bestimmt, greifen autonome Regelungen des angerufenen Gerichts, also in Deutschland §§ 38, 40 ZPO; *J. v. Hein*, Die Neufassung der Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung (EuGVVO), RIW 2013, 97 (104). Bei der Vereinbarung eines Gerichts eines EU-Drittstaates, das eines der wenigen HGÜ-Vertragsstaaten darstellt (z.B. das UK), genießt das Übereinkommen Vorrang (siehe unten Fn. 94).

47 Art. 267 AEUV; zur Bedeutung des Vorlageverfahrens *Rösler*, Europäische Gerichtsbarkeit (Fn. 13), S. 9.

48 Siehe oben Fn. 25.

49 Vgl. Art. 63 Abs. 1 Brüssel Ia-VO.

und Pflichten des Darlehensvertrages eintrat, ist sie auch an die Gerichtsstandsvereinbarung gebunden.⁵⁰

Daraufhin reichte Inkreal beim Obersten Gericht der Tschechischen Republik Klage sowohl auf Zahlung als auch auf Bestimmung des tschechischen Gerichts mit örtlicher Zuständigkeit i.S.d. § 11 Abs. 3 der tschechischen Zivilprozessordnung⁵¹ ein. In Ermangelung einer vorrangigen, insbesondere ausschließlichen Zuständigkeit berief sich die Klägerin auf die Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 25 Abs. 1 Brüssel Ia-VO. Das Oberste Gericht der Tschechischen Republik hegte allerdings Zweifel an der Anwendbarkeit der Brüssel Ia-VO, da die Vereinbarung über die gerichtliche Zuständigkeit in einem anderen Mitgliedstaat (Tschechische Republik) den einzigen internationalen Aspekt zwischen den Parteien bildete, die in demselben Mitgliedstaat (Slowakei) ansässig waren. Das Gericht legte daher dem EuGH die Frage vor, ob Art. 25 Brüssel Ia-VO in einer solchen Konstellation überhaupt anwendbar sei.

Interessanterweise war dieselbe Fallkonstellation bereits vor etwas mehr als zwanzig Jahren Gegenstand einer höchstrichterlichen österreichischen Entscheidung gewesen. Im damaligen Fall vereinbarten zwei deutsche Parteien die Zuständigkeit des Landesgerichts Linz in Österreich. Der Oberste Gerichtshof (OGH) legte dem EuGH jedoch nicht vor,⁵² sondern entschied als *acte claire*,⁵³ es fehle an einem Auslandsbezug. Damit sei Art. 23 EuGVVO a.F. (als Vorläufer des heutigen Art. 25 Abs. 1 Brüssel Ia-VO)

50 Vgl. EuGH Urt. v. 18.11.2020 – C-519/19, ECLI:EU:C:2020:933 = EuZW 2021, 398 Rn. 47 – Ryanair/DelayFix; H. Dörner, in: I. Saenger (Hrsg.), ZPO, 10. Aufl., Baden-Baden 2023, Art. 25 EuGVVO Rn. 38.

51 Die Vorschrift § 11 Abs. 3 des Act of the Czech Republic No. 99/1963 Sb. (Civil Procedure Code) lautet: „Where the case falls within the jurisdiction of courts of the Czech Republic and the circumstances determining the local competence are missing or cannot be ascertained, the Supreme Court [Nejvyšší soud] shall determine by what court the case will be heard and decided.“ https://is.muni.cz/el/law/jaro2008/SOC026/um/99-1963_EN.pdf.

52 Erst in den letzten Jahren nehmen Vorlagen auch von obersten Zivil- und Verfassungsgerichten zu; näher H. Rösler, Das Rechtsgespräch zwischen dem EuGH und den verschiedenen zivilgerichtlichen Instanzen über das Vertrags- und Deliktsrecht, EuZW 2014, 606.

53 In ständiger EuGH-Rechtsprechung entfällt dann eine Vorlagepflicht; EuGH Urt. v. 6.10.1982 – 283/81, ECLI:EU:C:1982:335 = NJW 1983, 1257 – CILFIT. Das lädt dazu ein, dies als Ausrede für das Unterbleiben von eigentlich gebotenen Vorlagen zu nutzen, Rösler, Europäische Gerichtsbarkeit (Fn. 13), S. 195 ff.

nicht anwendbar.⁵⁴ Anders als der OGH wandte sich das Oberste Gericht der Tschechischen Republik erfreulicherweise an den EuGH. In der Sache Inkreal legte es, mit Eingang beim EuGH am 26. August 2022, folgende umstrittene Frage⁵⁵ vor: „Wird die Anwendbarkeit der Verordnung Nr. 1215/2012 im Hinblick auf das Vorliegen eines internationalen Bezugs, der für die Anwendbarkeit dieser Verordnung erforderlich ist, allein dadurch begründet, dass zwei in demselben Mitgliedstaat ansässige Parteien die Zuständigkeit der Gerichte eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union vereinbaren?“.

IV. Einordnung der EuGH-Entscheidung

Der EuGH stellt im Ergebnis fest, der Wortlaut von Art. 25 Abs. 1 Brüssel Ia-VO erfordere weder einen allgemeinen noch einen qualifizierten Auslandsbezug. Es bestünde insbesondere keine Einschränkung in Form einer über die Gerichtsstandsvereinbarung hinausgehenden Verbindung zu dem zuständigkeitsrechtlich bestimmten EU-Mitgliedstaat.⁵⁶ Dagegen hatte der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen einen solchen Rückschluss noch verworfen: Es sei aus dem unzureichenden Wortlaut der Bestimmung gerade kein Argument abzuleiten.⁵⁷ Dies ist angesichts der Lückenhaftigkeit, Ungenauigkeiten und handwerklichen Schnitzer in der EU-Gesetzgebung insgesamt durchaus nachvollziehbar.

Richtigerweise bejaht der EuGH aber das Erfordernis eines *allgemeinen* Auslandsbezugs (*international element/élément d'extranéité*) für die Anwendung der Brüssel Ia-VO⁵⁸ und verweist dazu – EuGH-typisch – ausschließlich auf seine bereits ergangene Rechtsprechung.⁵⁹ Der EuGH zieht zwei

54 OGH 1.8.2003 – 1 Ob 240/02d, JBl 2004, 187; dazu D. Czernich, Gerichtsstandsvereinbarung und Auslandsbezug, wbl 2004, 458 (461 ff.).

55 Siehe oben Fn. 14.

56 Vgl. EuGH ECLI:EU:C:2024:123 Rn. 17 – Inkreal.

57 Schlussanträge des Generalanwalts ECLI:EU:C:2023:768 Rn. 22 – Inkreal.

58 EuGH ECLI:EU:C:2024:123 Rn. 18 – Inkreal.

59 EuGH Urte. v. 1.3.2005 – C 281/02, EU:C:2005:120 = EuZW 2005, 345 Rn. 25 – Owusu; Urte. v. 8.9.2022 – C 399/21, EU:C:2022:648 = EuZW 2022, 954 Rn. 27, 29 – IRnova. Siehe weiter zum Erfordernis des Auslandsbezugs EuGH Urte. v. 17.11.2011 – C-327/10, ECLI:EU:C:2011:745 = EuZW 2012, 103 Rn. 29 – Hypoteční banka/Lindner; Urte. v. 7.2.2013 – C-543/10, ECLI:EU:C:2013:62 = EuZW 2013, 316 Rn. 17 – Refcomp; Urte. v. 14.12.2013 – C-478/12, ECLI:EU:C:2013:735 = NJW 2014, 530 Rn. 26 – Maletic; Urte. v. 7.5.2020 – verb. Rs. C-267/19 und C-323/19, EU:C:2020:351 = RIW

Erwägungsgründe der Brüssel Ia-VO heran:⁶⁰ Erwägungsgrund 3 nennt – wie auch Art. 81 Abs. 1 AEUV – einen „grenzüberschreitenden Bezug“ und Erwägungsgrund 26 spricht von einer „grenzüberschreitenden Rechtsstreitigkeit“.⁶¹ Leider lassen beide Erwägungsgründe eine Definition des Auslandsbezugs vermissen. Auch wenn die „meisten [Verordnungen] über die Zusammenarbeit in Zivil- und Handelssachen, Unterhalt oder Zahlungsunfähigkeit“⁶² keine Aussage über den Inhalt der Internationalität treffen, wird diese in den Rechtsakten auf Grundlage von Art. 81 Abs. 1 AEUV grundsätzlich implizit vorausgesetzt.

Allerdings ist das Fehlen einer Definition des erforderlichen Auslandsbezugs auch nicht durchgängig anzutreffen. So hat der Unionsgesetzgeber in Art. 3 Abs. 1 EuMVVO⁶³ und wortgleich in Art. 3 Abs. 1 EuGFVO⁶⁴ Folgendes bestimmt: „Eine grenzüberschreitende Rechtssache im Sinne dieser Verordnung liegt vor, wenn mindestens eine der Parteien ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat als dem des befassen Gerichts hat.“⁶⁵ Diese Rechtsakte weisen jedoch einen erheblich schmäleren Anwendungsbereich auf und kennen nicht den für die vorliegende Frage entscheidenden Aspekt der Parteiautonomie.

Der EuGH nutzt einen Verweis auf die Bestimmung in der EuMVVO dennoch gleichsam als Sprungbrett für seine folgenden Ausführungen. Für „Verordnungen in den Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen mit grenzüberschreitenden Bezügen [...] ist die Auslegung gleich-

2020, 453 Rn. 35 – Parking und Interplastics; vgl. auch *Danelzik*, Gerichtsstandvereinbarung (Fn 14), S. 195 ff.

60 EuGH ECLI:EU:C:2024:123 Rn. 19 – Inkreal.

61 Allerdings erwähnt dies Erwägungsgrund 26 speziell im Zusammenhang mit der „Reduzierung des Zeit- und Kostenaufwands bei grenzüberschreitenden Rechtsstreitigkeiten [durch] die Abschaffung der Vollstreckbarerklärung“, d.h. des Exequaturs; siehe Art. 39 Brüssel Ia-VO.

62 Schlussanträge des Generalanwalts ECLI:EU:C:2023:768 Rn. 25 m.w.N. – Inkreal.

63 Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, ABL.EU 2006 Nr. L 399, S. 1.

64 Verordnung (EG) Nr. 861/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen, ABL.EG 2007 Nr. L 199, S. 1.

65 Zu Hintergründen der expliziten Forderung eines grenzüberschreitenden Bezugs in EuMVVO und EuGFVO (wie auch in Art. 2 MediationsRL, ABL.EU 2008 Nr. L 136, S. 3) im Gesetzgebungsprozess, die aus der Beschränkung im Primärrecht bestehen, auf die der Rat verwies, siehe *R. Arts*, Zum Anwendungsbereich der EuInsVO – Das Ende der Lehre vom qualifizierten Gemeinschaftsbezug, IPRax 2014, 390 (292 f.).

wertiger Begriffe [...] zu harmonisieren“.⁶⁶ Damit fordert der EuGH also eine rechtsaktübergreifende Auslegung. Sie ist aber bei genauerer Sicht angesichts der verschiedenen betroffenen Bereiche (vertragliches und außervertragliches Schuldrecht, Familien- und Erbrecht), der unterschiedlichen Funktionen (IZVR und IPR) sowie der schubweisen, nicht am Kodifikationsideal orientierten EU-Gesetzgebung keine Selbstverständlichkeit.⁶⁷ Im nächsten Schritt betont der EuGH, aus seiner Rechtsprechung⁶⁸ gehe hervor, dass ein Auslandsbezug außer bei einem Wohnsitz einer Partei in einem anderen EU-Mitgliedstaat auch „dann vorliegt, wenn der Sachverhalt der betreffenden Rechtsstreitigkeit Fragen hinsichtlich der Festlegung der internationalen Zuständigkeit der Gerichte aufwerfen kann“.⁶⁹ Der EuGH trifft diese Aussage offenbar generell, also nicht nur auf die Brüssel Ia-VO beschränkt.

Nach diesen systematischen Überlegungen wendet sich der EuGH dem Telos von Art. 25 Brüssel Ia-VO zu. Die Auslegung der Vorschrift müsse im Lichte der gesetzgeberischen Ziele einer Stärkung der Parteiautonomie,⁷⁰ einer Verbesserung des Rechtsschutzes der in der EU ansässigen Personen sowie der Rechtssicherheit erfolgen.⁷¹ In Übereinstimmung mit dem Wortlaut des Erwägungsgrundes 15 der Brüssel Ia-VO betont der EuGH, dass die Zuständigkeitsvorschriften in Art. 4-26 Brüssel Ia-VO für die Parteien in „hohem Maße vorhersehbar“ sein müssen.⁷² In prozessökonomischer Hinsicht führt der EuGH ein bekanntes Argument ins Feld: Das angerufene nationale Gericht müsse in der Lage sein, „ohne Schwierigkeiten über seine

66 EuGH ECLI:EU:C:2024:123 Rn. 21 – Inkreal.

67 Vgl. J. D. Lüttringhaus, Übergreifende Begrifflichkeiten im europäischen Zivilverfahrens- und Kollisionsrecht – Grund und Grenzen der rechtsaktsübergreifenden Auslegung, dargestellt am Beispiel vertraglicher und außervertraglicher Schuldverhältnisse, *RabelsZ* (2013), 31; weniger restriktiv M. Würdinger, Das Prinzip der Einheit der Schuldrechtsverordnungen im Europäischen Internationalen Privat- und Verfahrensrecht – Eine methodologische Untersuchung über die praktische Konkordanz zwischen Brüssel I-VO, Rom I-VO und Rom II-VO, *RabelsZ* 75 (2011), 102.

68 Der EuGH verweist lediglich auf EuGH Urt. v. 8.9.2022 – C-399/21, EU:C:2022:648 = EuZW 2022, 954 Rn. 28 – IRnova (bezogen auf Art. 24 Nr. 4 Brüssel Ia-VO über die Eintragung oder die Gültigkeit von Patenten) sowie Urt. v. 1.3.2005 – C 281/02, EU:C:2005:120 = EuZW 2005, 345 Rn. 26 – Owusu (bezogen auf Art. 2 EuGVÜ, heute Art. 4 Brüssel Ia-VO; vgl. oben Fn. 30). Allerdings generalisiert der EuGH die Aussagen dieser beiden Urteile in Inkreal.

69 EuGH ECLI:EU:C:2024:123 Rn. 22 – Inkreal.

70 Erwägungsgründe 15, 19 und 22 der Brüssel Ia-VO.

71 EuGH ECLI:EU:C:2024:123 Rn. 27 – Inkreal.

72 Siehe EuGH ECLI:EU:C:2024:123 Rn. 27 – Inkreal.

eigene Zuständigkeit zu entscheiden, ohne in eine Sachprüfung eintreten zu müssen.“⁷³ Dem EuGH ist zuzustimmen, dass sich diese Vorteile am besten durch eine Anwendung des Unionsrechts in der vorliegenden Konstellation, d.h. ohne das Erfordernis eines zusätzlichen Umstandes, erreichen lassen.⁷⁴

Der EuGH nimmt auch die durch Art. 29-34 Brüssel Ia-VO erstrebte weitgehende Vermeidung grenzüberschreitender Parallelverfahren innerhalb der EU andeutungsweise in den Blick. Diese *lis pendens*-Regeln fördern eine abgestimmte europäische Rechtspflege,⁷⁵ was ebenfalls durch den letzten Reformschritt hin zur Brüssel Ia-VO verstärkt wurde.⁷⁶ Ein Unterstellen der hier vorgelegten Frage unter Art. 25 Brüssel Ia-VO und damit deren unionsweite gleiche Behandlung verhindert nach Auffassung des EuGH gleichfalls⁷⁷ das Ergehen von miteinander unvereinbaren Entscheidungen verschiedener EU-Mitgliedstaaten. Das wäre rechtsstaatlich höchstproblematisch, prozessökonomisch widersinnig und könnte bei einer späteren Anerkennung und Vollstreckung außerhalb des Entscheidungsstaates zu Problemen führen.

Der EuGH bemüht vorbildlich – neben der Gewährleistung von Rechtssicherheit und Parteiautonomie – die weiteren Leitprinzipien des EU-IZVR.⁷⁸ So vergisst er nicht, das gegenseitige Vertrauen in die Rechtspflege innerhalb der EU (gleichwohl recht pauschal) in die Waagschale zu werfen. Insbesondere da die aktuelle Entscheidung den Zugang zum Recht erleichtere, werde auch ein Beitrag zum primärrechtlich verankerten Ziel

73 EuGH ECLI:EU:C:2024:123 Rn. 27 – Inkreal; bereits EuGH Urt. v. 28.1.2015 – C-375/13, ECLI:EU:C:2015:37 = NJW 2015, 1581 Rn. 61 – Kolassa; Urt. v. 3.7.1997 – C-269/95, ECLI:EU:C:1997:337 = RIW 1997, 775 Rn. 27 – Benincasa.

74 Siehe EuGH ECLI:EU:C:2024:123 Rn. 29, 32 f. – Inkreal.

75 Erwägungsgrund 21 der Brüssel Ia-VO.

76 Durch die hier nicht weiter interessierenden neuen Vorschriften zur Bekämpfung der Torpedoklage (die Erhebung z.B. einer negativen Feststellungsklage in einer langsamen Jurisdiktion zwecks Verzögerung) in Art. 31 Abs. 2 bis 4 Brüssel Ia-VO, die nunmehr zu einem Entscheidungsvorrang des als ausschließlich zuständig verabredeten Gerichts führen; näher A. Junker, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl., München 2023, § 20 Rn. 29.

77 EuGH ECLI:EU:C:2024:123 Rn. 30 f. – Inkreal.

78 Zur prinzipiengeleiteten Auslegung im EU-IZVR B. Hess, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Berlin 2021 Rn. 3.11 ff.

der Schaffung eines „Raum[s] der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“⁷⁹ geleistet.⁸⁰

V. Abschließende Bewertung

1. Prinzipien der Rechtssicherheit und Parteiautonomie

Interessanterweise kommen der EuGH und der Generalanwalt bei dem nahezu gleichen untersuchten Normbestand und mit gleichen Auslegungsmethoden⁸¹ bei der Bestimmung des internationalen Charakters eines Rechtsverhältnisses zu entgegengesetzten Ergebnissen. Das erklärt sich aus der dogmatisch wie praktisch unzureichenden normativen Ausgangssituation zur Frage der Internationalität.⁸² Dieser Umstand zwingt dazu, über Art. 25 Abs. 1 Brüssel Ia-VO hinaus auf andere Vorschriften einzugehen und weitergehende Gewichtungen von Rechtssicherheit und Parteiautonomie als wesentliche Ziele des zivil- und handelssächlichen Zuständigkeitsrechts der EU vorzunehmen.

Umso unbefriedigender ist die Ausgangslage des *acquis*, als dahinter eine – wie so häufig⁸³ – vom EU-Gesetzgeber nicht klar beantwortete Kompetenzfrage steht. Hier geht es konkret um die Grundsatzfrage des EU-IZVR und EU-IPR, wann ein vom Sekundärrechtsakt und letztlich auch von Art. 81 AEUV nicht mehr gedeckter Inlandssachverhalt vorliegt. Das deutet auch der Generalanwalt an, wenn er ausführt: „[D]ie Rechtssicherheit der Parteien zu gewährleisten, [...] kann es nicht rechtfertigen, es den Parteien zu erlauben, ohne irgendeine Begrenzung oder irgendeinen Anknüpfungspunkt von nationalen Zuständigkeitsregeln abzuweichen.“⁸⁴ Unter anderem deswegen fordert der Generalanwalt für eine Feststellung der Internationalität auch objektive Kriterien. Deshalb solle die subjektive Entscheidung der Parteien zugunsten eines ausländischen EU-Mitgliedstaates bzw. ihre Absicht, dass bei einer Eskalation des Streits dieses angerufen

79 Art. 3 Abs. 2 EUV und Art. 4 Abs. 2 lit. j, Art. 67 ff. AEUV.

80 EuGH ECLI:EU:C:2024:123 Rn. 35 – Inkreal.

81 Wenngleich die Schlussanträge noch die Literatur auswerten.

82 Auf das HGÜ, das der EuGH und Generalanwalt ebenfalls heranziehen, wird unten noch eingegangen.

83 So bei den Großfragen von Direktwirkung und Vorrang des EU-Rechts; näher Rösler, Europäische Gerichtsbarkeit (Fn. 13), S. 80 ff.

84 Schlussanträge des Generalanwalts ECLI:EU:C:2023:768 Rn. 37 – Inkreal.

werden soll, für sich genommen noch keine ausreichende Internationalisierung bewirken.

Dagegen führt der EuGH überzeugend an, dass dies der Transparenz und Vorhersehbarkeit der internationalen Zuständigkeit abträglich wäre, denn für das prorogierte Gericht bestünde damit eine zusätzlich zu prüfende Anforderung.⁸⁵ Dabei räumt das „régime Bruxelles“ dem Grundsatz der Rechtssicherheit bereits seit 1968 großen Raum ein.⁸⁶ Gegen die Ansicht des Generalanwalts spricht aber insbesondere, dass sie die Reichweite der Parteiautonomie unnötig begrenzt. Der Parteiautonomie (wie sie oben unter II. eingehend erörtert wurde) sollte grundsätzlich, d.h. außerhalb speziell normierter Umstände, der Vorrang eingeräumt werden, schließlich hat sie der EU-Gesetzgeber durch die letzte Reform bewusst weiter stärken wollen.⁸⁷ Damit befindet er sich in Übereinstimmung mit dem internationalen Trend, wie er sich nicht nur beim – zum Brüssel Ia-VO weitgehend gleichlaufenden – LugÜ,⁸⁸ sondern auch dem HGÜ zeigt, das nun eingehender behandelt wird.

2. Vergleich mit dem Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen 2005

Lehrreich ist ein Seitenblick auf das Haager Übereinkommen über (ausschließliche) Gerichtsstandsvereinbarungen vom 30.6.2005 (HGÜ).⁸⁹ Dort heißt es in Art. 1 Abs. 2 HGÜ zum Anwendungsbereich der Zuständigkeitsvorschriften in Art. 5-7 HGÜ: „[E]in Sachverhalt [ist] international, es sei denn, die Parteien haben ihren Aufenthalt im selben Vertragsstaat und die Beziehung der Parteien sowie alle anderen für den Rechtsstreit maßgeblichen Elemente weisen nur zu diesem Staat eine Verbindung auf, wobei der Ort des vereinbarten Gerichts unbeachtlich ist.“ Der Generalanwalt vertritt deshalb die Ansicht, aufgrund des „gegenseitigen Einflusses dieses

85 EuGH ECLI:EU:C:2024:123 Rn. 33 – Inkreal.

86 Indem unter der Brüssel Ia-VO usw. insbesondere die Lehre vom *forum non conveniens* abgelehnt wird; EuGH Urt. v. 1.3.2005 – C 281/02, EU:C:2005:120 = EuZW 2005, 345 Rn. 38 – Owusu; siehe oben Fn. 42. Siehe des Weiteren oben Fn. 72.

87 Siehe oben Fn. 44.

88 Art. 23 LugÜ (zu dem Übereinkommen oben Fn. 7); allerdings ohne die Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs wie nun in Art. 25 Abs. 1 S. 1 Brüssel Ia-VO, dazu oben Fn. 44.

89 Siehe oben Fn. 16.

Übereinkommens“ mit der Brüssel Ia-VO solle sich der Auslandsbezug in Art. 25 Abs. 1 Brüssel Ia-VO nach dem HGÜ richten.⁹⁰

Das scheint zunächst verständlich: Der Flickenteppich des Internationalen Zivilprozessrechts ist schon bunt genug. So hat auch die Europäische Kommission im Zusammenhang mit ihrem Vorschlag einer Zeichnung des HGÜ geäußert, es müsse „für eine kohärente Anwendung des Übereinkommens und der Verordnung gesorgt werden“.⁹¹ Darin klingt eine erfreuliche Verantwortung für eine weltweite Kooperation in Zivil- und Handelssachen an, wenngleich beides mehr als offensichtlich auf Schwierigkeiten stößt.⁹² Teil der EU-Strategie bildet die partielle „Umarmung“ des Völkerrechts, d.h. die partielle Aufnahme von Rechtsakten der Haager Konferenz in das Unionsrecht.⁹³ So trat das HGÜ erst zum 1.10.2015 nach Ratifizierungen durch die EU und Mexiko völkerrechtlich in Kraft. Bislang gilt das HGÜ nur im Verhältnis der EU zu einigen wenigen EU-Drittstaaten,⁹⁴ von denen – als Folge des harten Brexits – das Vereinigte Königreich⁹⁵ mit Abstand der wichtigste darstellt.

90 Schlussanträge des Generalanwalts ECLI:EU:C:2023:768 Rn. 42 – Inkreal; s. auch *Mankowski* (Fn. 14), Art. 25 Brüssel Ia-VO Rn. 35, der Art. 1 Abs. 2 HGÜ ergänzend heranzieht. Siehe zu Parallelen *R. Wagner/J. M. Schüngeler*, Das Haager Übereinkommen vom 30.6.2005 über Gerichtsstandsvereinbarungen und die Parallelvorschriften in der Brüssel I-Verordnung, ZVglRWiss 108 (2009), 399.

91 Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss über die Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, KOM(2009) 174 endgültig, S. 7. Dem Zitat im Fließtext geht dies voraus: „Das Übereinkommen soll in allen Fällen Anwendung finden, in denen mindestens eine Partei in einem Vertragsstaat ansässig ist, der nicht zur EU gehört, während die Verordnung dann anzuwenden ist, wenn mindestens eine Partei ihren Wohnsitz in einem EU-Mitgliedstaat hat.“

92 Vgl. zu dem Komplex nur *H. Schack*, HAVÜ nein danke! Zur weltweiten Urteilsanerkennung und zum Jurisdiction Project der Haager Konferenz für IPR, ZEuP 2023, 285; *J. Basedow*, EU-Kollisionsrecht und Haager Konferenz – ein schwieriges Verhältnis, IPRax 2017, 194.

93 So ist die EU trotz vieler Bedenken auch dem am 1.9.2023 in Kraft getretenen Haager Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 2.7.2019 (HAVÜ) beigetreten, ABl.EU 2022 Nr. L 187, S. 4.

94 Neben dem UK auch Mexiko, Moldau, Montenegro, Singapur und Ukraine; <https://www.hcch.net>; vgl. oben Fn. 46.

95 Die EU verweigerte am 22.6.2021 dem Vereinigten Königreichs den beantragten Beitritt zum LugÜ. Es fehle an einer hinreichenden Verflechtung mit der EU und

Aus diesen Umständen folgt aber keineswegs eine Vorgabe für den räumlich erheblich enger und inhaltlich weltweit einmalig dicht ausgestalteten europäischen Justizraum. Das HGÜ sucht nach weltweiter Akzeptanz in einem stark divergierenden rechtlichen Umfeld,⁹⁶ zumal hierfür ein internationaler Gerichtshof fehlt. Im Ergebnis lehnt auch der EuGH in Inkreal eine Bezugnahme auf Art. 1 Abs. 2 HGÜ mit einem *argumento e contratio* ab: Der EU-Gesetzgeber habe sich dagegen entschieden, in Art. 25 Brüssel Ia-VO eine gleichgelagerte Einschränkung zu übernehmen.⁹⁷ Einen Nachweis für diese zugleich historische Auslegung bleibt der EuGH jedoch schuldig. Wie gesehen ist die fehlende Definition einer grenzüberschreitenden Streitigkeit eher ein strukturelles Defizit, was sich unabhängig von der gesetzgeberischen Position gegenüber dem HGÜ zeigt.

Der EU-Gesetzgeber weicht der vielschichtigen Frage wohl schlicht aus und spielt den Ball, wie bei den komplexen Begriffen des gewöhnlichen Aufenthaltes von natürlichen Personen oder des Ausrichtens einer unternehmerischen Tätigkeit auf den Verbraucherstaat, der Rechtsprechung zu. So heißt es bereits im erläuternden *Jenard*-Bericht zum EuGVÜ von 1968 offen, dass der „Begriff [der Auslandsbeziehung] in dem Übereinkommen nicht näher bestimmt [ist], da die Auslandsbeziehung sich aus den besonderen Umständen des Rechtsstreits ergeben kann, mit dem das Gericht befaßt ist.“⁹⁸

3. Seitenblicke auf das EU-IPR und die Anti-SLAPP-Richtlinie

Angesichts der Binnenmarktverflechtungen wird es weiterer Klärungen der Internationalität in den verschiedenen Rechtsakten des EU-IZVR und

Verhältnisse zu Drittstaaten solle sich möglichst nach dem Völkerrecht richten; vgl. dazu COM(2021) 222 final.

96 So habe auch die Europäische Kommission in ihrer Erklärung zu Inkreal auf die Notwendigkeit hingewiesen, dass eine Regelung im HGÜ möglichst „auf internationaler Ebene auf breite Zustimmung stoßen kann“; EuGH ECLI:EU:C:2024:123 Rn. 37 – Inkreal. Das zeigt sich etwa an der Herausnahme der Verbraucher- und Arbeitssachen (Art. 2 Abs. 1 lit. a und b HGÜ) sowie z. B. der Ansprüche wegen Körperverletzung, deliktische Sachschäden und dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen (Art. 2 Abs. 2 lit. j, k, l HGÜ).

97 EuGH ECLI:EU:C:2024:123 Rn. 38 – Inkreal.

98 Bericht von Herrn P. Jenard zu dem Übereinkommen vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABL. EG 1979 Nr. C 59, S. 1 (8).

EU-IPR durch den EuGH bedürfen.⁹⁹ In dem Zusammenhang stellt sich angesichts der von EuGH in Inkreal¹⁰⁰ und in Erwägungsgrund 15 jeweils der Rom I- und Rom II-VO mit Blick auf die Brüssel Ia-VO¹⁰¹ geforderten rechtsaktübergreifenden Auslegung die Frage, wie weit die Aussagen des EuGH zum Auslandsbezug eigentlich reichen. Rasch wäre man geneigt, sie auf die Rechtswahlklauseln nach Art. 3 Rom I-VO und Art. 14 Rom II-VO zu übertragen, zumal für das Internationale Vertragsrecht der Grundsatz der Rechtswahlfreiheit besonders prägend ist. Interessanterweise ermöglicht der EU-Gesetzgeber insoweit sogar grundsätzlich eine Rechtswahl auch bei reinen Inlandssachverhalten.¹⁰² Die gewährte Freiheit wird aber sogleich wieder „eingefangen“: Zur Verhinderung von Gesetzesumgehungen versagen „so weit wie möglich“ übereinstimmend¹⁰³ Art. 3 Abs. 3 und Art. 4 Rom I-VO bzw. Art. 14 Abs. 2 und 3 Rom II-VO bei Inlandssach- und Binnenmarktsachverhalten die Abwahl (auch intern)¹⁰⁴ zwingender Normen.¹⁰⁵ Insoweit lässt sich Inkreal nicht übertragen.¹⁰⁶

Das heißt für den Ausgangsfall: Weder eine ausdrückliche noch eine stillschweigende Rechtswahl kann über zwingende Vorschriften des slowakischen Rechts hinweghelfen. Sollte das entscheidende tschechische Gericht eine stillschweigende Rechtswahl i.S.v. Art. 3 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO zugunsten des damit zum Forum gleichlaufenden tschechischen Sachrechts

99 Siehe etwa die beim EuGH vorliegende Rs. C-774/22 – JX/FTI Touristik GmbH zum Verbrauchergerichtsstand bei einem Pauschalreisevertrag mit Wohnsitz der Parteien in demselben Mitgliedstaat; dazu Schlussanträge des Generalanwalts N. Emiliou v. 7.3.2024, ECLI:EU:C:2024:219.

100 EuGH ECLI:EU:C:2024:123 Rn. 21 – Inkreal; siehe oben bei Fn. 66.

101 Es „sollten“ alle drei Verordnungen „im Einklang stehen“ (Auslegungsgleichklang).

102 Das geht auf britische Wünsche zurück; siehe *J. v. Hein*, in: T. Rauscher (Hrsg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Bd. III, 5. Aufl., Köln 2023, Art. 3 Rom I-VO Rn. 100.

103 Erwägungsgrund 15 S. 3 der Rom I-VO.

104 Im Gegensatz zu sehr seltenen anzutreffenden *international* zwingenden Normen, die sich als Eingriffsnormen i.S.v. Art. 9 Rom I-VO und Art. 16 Rom II-VO durchsetzen können; *Hay/Rösler*, IPR und IZVR, (Fn. 17), Nr. 108 (S. 166 ff.); *F. Maultzsch*, Rechtswahl und *ius cogens* im internationalen Schuldvertragsrecht, *RabelsZ* 75 (2011), 60.

105 Nach Erwägungsgrund 15 S. 2 der Rom I-VO sollen die Beschränkungen unabhängig von einer Gerichtsstandsvereinbarung gelten. Für deren Abschaffung plädiert G. Rühl, *Building Competence in Commercial Law in the Member States*, Study for the JURI Committee, European Parliament, PE 604.980, Brüssel, 2018, S. 48.

106 Der Generalanwalt möchte die Rom I-VO nicht als Referenz heranziehen; Schlussanträge des Generalanwalts ECLI:EU:C:2023:768 Rn. 40 f. – Inkreal. Der EuGH schweigt dazu.

annehmen, wären dennoch die zwingenden Bestimmungen des slowakischen Rechts zu beachten. Es entstünde ein komplexer *law mix*, also eine *dépeçage*. Allerdings ist zweifelhaft, ob das Gericht so verfahren sollte, denn die Gerichtsstandsvereinbarung ist nach Erwägungsgrund 12 der Rom I-VO¹⁰⁷ nur *einer* der Gründe für die Annahme einer parallelllaufenden konkludenten Rechtswahl.¹⁰⁸ Gegen eine Wahl des tschechischen Rechts spricht im Fall auch der Sitz sämtlicher Beteiligten, d.h. auch des ursprünglichen Darlehnsgebers, in der Slowakei. Diese Umstände verweisen insgesamt eher zum slowakischen Recht.

Eine künftige Revision¹⁰⁹ insbesondere der Brüssel Ia-VO sollte möglichst eine Präzisierung der Internationalität herbeiführen. Dass der EU-Gesetzgeber die Frage gelegentlich doch bedenkt, verdeutlichen die obigen Hinweise,¹¹⁰ aber auch die jüngst auf Grundlage von Art. 81 Abs. 2 lit. f AEUV verabschiedete Anti-SLAPP-Richtlinie,¹¹¹ wobei SLAPP für „Strategic Lawsuits Against Public Participation“ steht. Es geht also darum, Einschüchterungsklagen gegenüber Journalisten, Wissenschaftlern und Aktivisten sowie ihrer Organisationen usw. durch die Richtlinie zu verhindern. Der weit gefasste Auslandsbezug wird in Art. 5 Abs. 1 Anti-SLAPP-Richtlinie wie folgt definiert: „Für die Zwecke dieser Richtlinie wird davon ausgegangen, dass eine Angelegenheit einen grenzüberschreitenden Bezug hat, es sei denn, beide Parteien haben ihren Wohnsitz im Mitgliedstaat des angerufenen Gerichts und alle anderen für den betreffenden Sachverhalt relevanten Elemente befinden sich ebenfalls in diesem Mitgliedstaat.“¹¹²

Die Vorschrift lehnt sich an Art. 1 Abs. 2 HGÜ an, obwohl die Richtlinie eine ganz andere und außergewöhnliche Situation betrifft. Der EU-Gesetzgeber hat zugleich von den schwierigen Bemühungen¹¹³ Abstand genom-

107 Siehe oben Fn. 17.

108 Davon dennoch im Ausgangsfall ausgehend *F. Graf v. Westphalen*, Wirksamkeit einer isolierten (internationalen) Gerichtsstandsvereinbarung, ZIP 2024, R5 (R6)).

109 Vgl. Art. 79 Brüssel Ia-VO.

110 Siehe oben Fn. 63-65.

111 Richtlinie (EU) Nr. 2024/1069 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.4.2024 über den Schutz von Personen, die sich öffentlich beteiligen, vor offensichtlich unbegründeten Klagen oder missbräuchlichen Gerichtsverfahren („strategische Klagen gegen öffentliche Beteiligung“), ABl.EU v. 16.4.2024 Nr. L 2024/1069, S. 1.

112 Art. 5 Abs. 2 Anti-SLAPP-Richtlinie lässt den Wohnsitzbegriff der Brüssel Ia-VO folgen.

113 Der Vorschlag der Europäischen Kommission vom 27.4.2022, COM(2022) 177 final war anders gefasst. In Art. 4 Abs. 1 des Vorschlags hieß es noch: „Für die Zwecke

men, einen grenzüberschreitenden Bezug positiv zu definieren. Stattdessen wird der Auslandsbezug als Regelfall und die innerstaatliche Konstellation als Ausnahme normiert. Gemäß Art. 5 Abs. 1 Anti-SLAPP-Richtlinie liegt bei Übereinstimmen von Wohnsitz der Parteien und sogar des Gerichtsorts nicht zwingend ein rein innerstaatlicher Fall vor. Mit der Norm wird die Verlagerung des Abgrenzungsproblems offenbar: Wird der grenzüberschreitende Bezug zur Regel und der innerstaatliche Fall zur Ausnahme, wechselt auch die Abgrenzungsfrage, wann ein innerstaatlicher Fall vorliegt. Die Tendenz deckt sich mit der Inkreal-Entscheidung des EuGH. Ansonsten ist für das vorliegende Thema im Rahmen der Brüssel Ia-VO wenig gewonnen, denn bei einer Vereinbarung eines ausländischen Gerichtsstands nach Art. 25 Brüssel Ia-VO besteht schließlich eindeutig ein Auslandsbezug, wenngleich er auch „nur“ durch den Willen der Parteien begründet ist.

4. Schweigen des deutschen Gesetzgebers bei fehlender Vereinbarung der örtlichen Zuständigkeit

Der Ausgangsfall verdeutlicht nebenbei eine Lücke im deutschen Zuständigkeitsrecht. Trifft die Prorogation auf eine unspezifische Gerichtsstandsvereinbarung – welche also nur die internationale Zuständigkeit der Gerichte eines Staates, aber kein örtliches Gericht bestimmt – und die Parteien konkretisieren ihre Wahl auch nicht nachträglich, bleibt die Frage der örtlichen Zuständigkeit grundsätzlich dem autonomen nationalen Zivilprozessrecht überlassen. In ergänzender Auslegung der Vereinbarung auf den Wohnsitz der einen Partei in dem gewählten Staat abzustellen, scheidet zumindest bei der Prorogation eines neutralen Forums, wie im vorliegenden Fall geschehen, aus. Anders als im tschechischen¹¹⁴ oder im

dieser Richtlinie wird davon ausgegangen, dass eine Angelegenheit einen grenzüberschreitenden Bezug hat, es sei denn, beide Parteien haben ihren Wohnsitz in demselben Mitgliedstaat wie das angerufene Gericht.“ In Art. 4 Abs. 2 des Vorschlags folgten noch zwei Sonderfälle: „Haben beide Vertragsparteien ihren Wohnsitz in demselben Mitgliedstaat wie das angerufene Gericht, so gilt die Angelegenheit auch als grenzüberschreitend, wenn a) die Handlung der öffentlichen Beteiligung in Bezug auf eine Angelegenheit von öffentlichem Interesse, gegen die ein Gerichtsverfahren angestrengt wird, für mehr als einen Mitgliedstaat von Bedeutung ist, oder b) der Kläger oder die mit ihm verbundenen Einrichtungen in einem anderen Mitgliedstaat parallel oder zu einem früheren Zeitpunkt ein Gerichtsverfahren gegen denselben Beklagten oder mit ihm verbundene Beklagte angestrengt haben.“

114 Siehe oben Fn. 51.

österreichischen Recht¹¹⁵ fehlt es in Deutschland an einer Regelung. Dies kann zu Problemen führen, da ohne nationale Regelung kein konkretes Gericht bestimmt werden kann.

Abzulehnen ist der Lösungsansatz, die Gerichtsstandsvereinbarung schlicht als unwirksam anzusehen. Dem steht das Unionsrecht entgegen.¹¹⁶ Nach dem Wortlaut des Art. 25 Abs. 1 S. 1 Brüssel Ia-VO sind „ein Gericht oder die Gerichte eines Mitgliedstaats“ wählbar. Zudem wollen die Parteien in einer Inkreal-Konstellation die gesetzlichen Gerichtsstände, auf die sonst zurückzugreifen wäre, gerade nicht gegen sich gelten lassen. Dem Kläger ein Wahlrecht zu überlassen, erscheint denkbar,¹¹⁷ schließlich haben die Parteien eine partiell offene Vereinbarung getroffen, wenngleich sie sich über die genauen Folgen nicht immer im Klaren sein dürften. Besser ist es, eine Ersatzzuständigkeit am Sitz der (Bundes-)Regierung anzunehmen.¹¹⁸ Die Schaffung einer gesetzlichen Auffangzuständigkeit wäre dennoch angezeigt.

5. Gesamtfazit

Die Inkreal-Entscheidung des EuGH liefert in Begründung und Ergebnis einen erfreulich konsequenten und eindeutigen Baustein zur Frage der Internationalität. Insbesondere kommt es auf den Zeitpunkt der Gerichtsstandsvereinbarung an. Abzulehnen ist also eine zeitliche oder phasenweise differenzierende Betrachtung, wonach sich erst durch das Hinzutreten weiterer Umstände der Auslandsbezug ergibt.¹¹⁹ Festzuhalten ist: Der internationale Geschäftsverkehr kann sich nach Inkreal mehr denn je auf eine möglichst EU-einheitliche Behandlung von Gerichtsstandsvereinbarungen

115 § 28 Abs. 1 österreichische Jurisdiktionsnorm (JN): „Sind für eine bürgerliche Rechtssache die Voraussetzungen für die örtliche Zuständigkeit eines inländischen Gerichts [...] nicht gegeben oder nicht zu ermitteln, so hat der Oberste Gerichtshof aus den sachlich zuständigen Gerichten eines zu bestimmen, welches für die fragliche Rechtssache als örtlich zuständig zu gelten hat, wenn [...] Nr. 3] die inländische Gerichtsbarkeit, nicht aber ein örtlich zuständiges Gericht vereinbart worden ist.“

116 So auch *Gottwald* (Fn. 14), Art. 25 Brüssel Ia-VO Rn. 67.

117 Dagegen für bedenklich haltend *Mankowski* (Fn. 14), Art. 25 Brüssel Ia-VO Rn. 288.

118 *Geimer*, IZPR (Fn. 5), Rn. 1754 (in Deutschland analog § 15 Abs. 1 S. 2 ZPO); *Gottwald* (Fn. 14), Art. 25 Brüssel Ia-VO Rn. 67. Vgl. aber KG Beschluss v. 13.1.2000, 19 W 5398/99, IPRax 2001, 44.

119 Vgl. auch Schlussanträge des Generalanwalts ECLI:EU:C:2023:768 Rn. 47 m.w.N. – Inkreal: „[A]uf den Zeitpunkt des Abschlusses der Gerichtsstandsvereinbarung und nicht auf den Zeitpunkt der Anrufung des von den Parteien bezeichneten Gerichts“ abzustellen sei wegen „dem vertraglichen Charakter der Bestimmung der

verlassen. Auf nationale Beschränkungen von Gerichtsstandsvereinbarungen, etwa der deutschen AGB-Inhaltskontrolle und § 38 ZPO, kommt es nicht mehr an. Die Parteien können aufgrund ihrer Vereinbarung von Anfang an rechtssicher vorhersehen, welches Gericht zuständig sein wird.

Zuständigkeit und der Rechtssicherheit“ überzeugend. Auch *Czernich*, wbl 2004, 458 (462).

Registerpfandrechte an Mobilien und besitzlose Pfandrechte an künftigen Sachen und wesentlichen Bestandteilen?

Impulse aus dem deutsch-französischen Rechtsvergleich

Constantin Willems

I. Vorbemerkung

Die Rechtsvergleichung spielt im breiten Werk von *Georgios Gounalakis* eine wichtige Rolle. Dabei wird der Blick zumeist auf die Rechtslage im anglo-amerikanischen Rechtskreis geworfen,¹ aber auch andere Rechtsordnungen wie die französische² werden in die Betrachtung einbezogen; mitunter³ publiziert der Jubilar auch auf Französisch. Vor diesem Hintergrund soll auch der folgende dem Jubilar zugedachte Beitrag einen Rechtsvergleich mit unserem westlichen Nachbarland zum Gegenstand haben. Inhaltlich stammt der Beitrag aus dem Bereich des Kreditsicherungsrechts, dem sich der Jubilar bereits seit den Anfängen seiner knapp dreißigjähri-

-
- 1 Etwa *G. Gounalakis/S. Röß*, Cross media ownership – A comparison of the legal framework of Australia and Germany, in: *G. Gounalakis/G. Taylor* (Hrsg.), *Media Diversity Law*, Frankfurt 2016, S.13; *G. Gounalakis/H. Rösler*, Ehre, Meinung und Chancengleichheit im Kommunikationsprozeß. Eine vergleichende Untersuchung zum englischen und deutschen Recht der Ehre, Baden-Baden 1998; *G. Gounalakis*, Die Haftung des „solicitor“ und „barrister“ – ein deutsch-englischer Vergleich, in: *M. Heinze/J. Schmitt* (Hrsg.), *Festschrift für Wolfgang Gitter*, Wiesbaden 1995, S.295; *G. Gounalakis*, Kabelfernsehen im Spannungsfeld von Urheberrecht und Verbraucherschutz. Zur urheberrechtlichen Problematik der Einspeisung von Rundfunksendungen in Kabelanlagen aus nationaler, internationaler und rechtsvergleichender Sicht, Baden-Baden 1989.
 - 2 Etwa *G. Gounalakis*, Medienpersönlichkeitsrechte in rechtsvergleichender Sicht, *AfP* 2001, 271 (273 f.); *G. Gounalakis*, Kameras im Gerichtssaal. Rechtsvergleichende Überlegungen zu einem Pilotprojekt „Gerichtsfernsehen“, in: *H.-D. Assmann/T. Brinkmann/G. Gounalakis/H. Kohl/R. Walz* (Hrsg.), *Wirtschafts- und Medienrecht in der offenen Demokratie: Freundesgabe für Friedrich Kübler*, Heidelberg 1997, S.173 (180-183); *G. Gounalakis*, Kabelfernsehen im Ausland aus urheberrechtlicher Sicht (Teil I: Schweiz, Österreich, Belgien, Niederlande, Frankreich), *ZUM* 1988, 488.
 - 3 *G. Gounalakis*, La loi allemande relative aux documents de la Stasi – entre protection de la personnalité et liberté de la presse, in: *O. Werner/P. Häberle/Z. Kitagawa/I. Saenger* (Hrsg.), *Brücken für die Rechtsvergleichung: Festschrift für Hans G. Leser*, Tübingen 1998, S.258.

gen Zeit als Professor an der Philipps-Universität Marburg widmete, sei es in Publikationen,⁴ sei es etwa im Rahmen der von ihm angebotenen Vorlesung „Sachenrecht II (Sicherungsrechte)“, zum Beispiel im Sommersemester 1997, immer montags von 13 bis 16 Uhr.⁵

II. Zum Standort des Pfandrechts im Kreditsicherungsrecht

Das Kreditsicherungsrecht wird mitunter – und das zu Recht – mit einem Strategiespiel verglichen.⁶ Ein Instrumentarium an Optionen, eine ausstehende Forderung durch die Möglichkeit des Zugriffs auf verschiedene Haftungssubjekte und/oder -objekte absichern zu können, erhöht das Vertrauen – „Kredit“ im eigentlichen Wortsinne⁷ –, welches der Gläubiger in seinen Schuldner setzen kann, und fördert somit letztlich die Bereitschaft zur Kreditvergabe, steht also im Interesse nicht nur des Gläubigers, sondern auch des Schuldners⁸.

Eine der wichtigsten Realsicherheiten, die dem Schuldner den Zugriff auf ein bestimmtes Haftungsobjekt ermöglichen, ist seit alters her das Pfandrecht. Bereits im römischen Recht stellte das *pignus* ein wichtiges Instrument der Kreditsicherung durch in-Haftung-Gabe einer bestimmten beweglichen Sache dar.⁹ Auf die Wurzeln im römischen Recht gehen sowohl die einschlägigen Regeln im französischen Code civil von 1804¹⁰ als auch die Vorschriften im deutschen BGB von 1900¹¹ zurück. Während

4 Etwa G. Gounalakis/C. Heuel, Handelsrechtlicher gutgläubiger Erwerb, in: T. Pfeiffer (Hrsg.), Das Recht der Handelsgeschäfte, Köln 1999, S. 379 (401 f.) zum Pfandrecht.

5 Vgl. Philipps-Universität Marburg – Fachbereich Rechtswissenschaften (Hrsg.), Kommentiertes Vorlesungsverzeichnis des Fachbereichs Rechtswissenschaften, Sommersemester 1997, S. 14 f.

6 So etwa D. Legeais, Droit des sûretés et garanties du crédit, 15. Aufl., Paris 2022, S. 17.

7 Siehe nur J. Grimm, Deutsches Wörterbuch, Bd. 2, Leipzig 1860, Sp. 639, s.v. Credit: „credit, fides, glaube, vertrauen, nach dem franz. crédit, it. credito“.

8 Vgl. dazu C. Herresthal, Das Recht der Kreditsicherung, in: C. Herresthal/R. Magnus/M. Stoffers (Red.), Staudinger, BGB: Eckpfeiler, Berlin 2022, Rn. L 1 und L 5.

9 Vgl. dazu nunmehr nur D. Schanbacher, § 87 – Klage aus Verpfändung (*actio pignoratitia*), in: U. Babusiaux/C. Baldus/W. Ernst/F.-S. Meissel/J. Platschek/T. Rüfner (Hrsg.), Handbuch des Römischen Privatrechts, Tübingen 2023, Bd. 2, S. 2501 ff. m.w.N.

10 Vgl. etwa Legeais, Sûretés (Fn. 6), S. 21.

11 Vgl. nur F. Schäfer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., München 2023, § 1204 Rn. 3; W. Wiegand, in: C. Herresthal (Red.), Staudinger, BGB, Berlin 2019, Vorbemerkung zu §§ 1204 ff., Rn. 3-6.

aber die Vorschriften zum Pfandrecht an beweglichen Sachen im BGB nahezu unverändert seit 1900 Bestand haben und alternative Wege der Kreditsicherung an Mobilien wie die Sicherungsübereignung nur mittelbar im Gesetz angelegt sind¹² und in ihrer vollen Tragweite *praeter legem* von der Rechtspraxis herausgearbeitet wurden, haben im französischen Kreditsicherungsrecht in letzter Zeit größere und einschneidende Reformen¹³ stattgefunden: Auf ein erstes großes Reformprojekt mit Ordonnance vom 23 März 2006,¹⁴ das mitunter als die „Große Pfandrechtsreform“ („la grande réforme du gage“) bezeichnet wird,¹⁵ folgte gut 15 Jahre später die zweite große Kreditsicherungsrechtsreform mit Ordonnance vom 15. September 2021,¹⁶ welche in den Artt. 7–11 modifizierte Vorschriften über die Mobiliarsicherheiten vorsieht („dispositions relatives aux sûretés sur les meubles“). Gerade auf dem Gebiet des Pfandrechts („gage“) wird auch diese zweite Reform als besonders prägnant und innovativ wahrgenommen: „S’il est une partie de l’ordonnance n° 2021-1192 qui répond pleinement aux objectifs de simplification, de clarification et de modernisation, c’est bien la réforme du gage“.¹⁷

Dieser Beitrag möchte die aktuellen Reformen des französischen Kreditsicherungsrechts auf dem Gebiet des Pfandrechts zum Anlass nehmen, auf mögliche Innovationspotenziale im deutschen Kreditsicherungsrecht

-
- 12 Die Väter des BGB gehen in den Motiven (Mot. III, 335 = Mugdan III, 186) im Rahmen der Vorbemerkungen zu den Vorschriften des rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerbs an beweglichen Sachen bezüglich des Erwerbs vermittels Besitzkonstitut (heute §§ 929, 930 BGB) darauf ein, dass sich hinter dieser Möglichkeit „Pfandgeschäfte ohne körperliche Übergabe verstecken können“; dazu etwa knapp *Herresthal*, Kreditsicherung (Fn. 8), Rn. L 230, ausführlicher *M. Brinkmann*, Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen: eine materiell-, insolvenz- und kollisionsrechtliche Studie des Rechts der Mobiliarsicherheiten vor dem Hintergrund internationaler und europäischer Entwicklungen, Tübingen 2011, 106 ff.
 - 13 Zur Vorgeschichte knapp *Legeais*, Sûretés (Fn. 6), S. 24–27.
 - 14 Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés. Hierzu knapp *E.M. Kieninger*, Die Zukunft des deutschen und europäischen Mobiliarkreditsicherungsrechts, AcP 208 (2008), 182 (199–202).
 - 15 So *C. Séjean-Chazal*, Le gage du Code civil retrouve ses lettres de noblesse, La Semaine Juridique – Édition Générale (JCP G), Supplement zu n° 43–44 vom 25.10.2021, 40: „L’ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 restera dans les mémoires comme la grande réforme du gage“.
 - 16 Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés. Vgl. hierzu, bezogen auf das Pfandrecht, etwa *L. Aynes*, La réforme du gage, Recueil Dalloz 2022, 242.
 - 17 So treffend *P. Simler*, La réforme du droit des sûretés: commentaire article par article, Paris 2022, S. 77.

einzuweichen, für die das reformierte französische Recht Impulse liefern könnte.¹⁸

III. Impulse aus Frankreich

Impulse aus dem reformierten französischen Recht, denen im Rahmen dieses Beitrags nachgegangen werden soll, betreffen zunächst generell die Schaffung einer einheitlichen *sedes materiae* des Kreditsicherungsrechts in der Privatrechtskodifikation, sodann speziell die Fragen eines Nebeneinanders von Faustpfand und Registerpfandrecht, der Möglichkeit eines Pfandrechts an künftigen Gegenständen sowie des Pfandrechts auch an wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks, was letztlich das Verhältnis von Mobiliar- und Immobiliarsicherheiten berührt.

1. Generell: Einheitliche *sedes materiae* des Kreditsicherungsrechts

Die geschriebenen Regeln zum Kreditsicherungsrecht befinden sich im BGB an verschiedenen Standorten, sei es im Schuld- (etwa Eigentumsvorbehalt, § 449 BGB, und Bürgschaft, §§ 765 ff. BGB) oder im Sachenrecht (etwa Pfandrechte, §§ 1204 ff. BGB, Hypothek, §§ 1113 ff. BGB, oder Grundschuld, §§ 1191 ff. BGB). Der französische Gesetzgeber hat mit den Reformen von 2006 und 2021 nun in Abweichung von der historisch ebenfalls verstreuten Regelungssituation eine gebündelte *sedes materiae* für das Kreditsicherungsrecht geschaffen: Dieses ist nunmehr in einem eigenen Buch des Code Civil, nämlich dessen viertem („Des sûretés“, Artt. 2284 ff.), verankert.¹⁹ Frankreich hat sich damit im Rahmen der Reformen für ein

18 Vgl. etwa für entsprechende Einflüsse auf dem Gebiet des Schuldrechts U. Babusiaux, *Influences du droit français sur le droit allemand des obligations*, in: P. Cossalter/C. Witz (Hrsg.), 60 ans d'influences juridiques réciproques Franco-Allemands, Paris 2016, S. 45-90. Für eine eingehende rechtsvergleichende Analyse der belgischen Neuordnung des Kreditsicherungsrechts durch loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, Moniteur Belge vom 2.8.2013, vgl. A. Scholl, Die Reform des belgischen Mobiliarkreditsicherungsrechts: eine rechtsvergleichende Betrachtung unter besonderer Berücksichtigung der Registerpublizität, Würzburg 2018.

19 Vgl. dazu nur F. Niggemann/N. Kömpf, Reform der Kreditsicherheiten und des Insolvenzrechts in Frankreich, IWRZ 2022, 99 ff. (99); J.-F. Riffard, The Reform of the French Law on Security Interests (Droit des sûretés): A Second and Final Season?, ZEuP 2022, 565 (566).

kodifikatorisches Gegenmodell zum deutschen Kreditsicherungsrecht entschieden.

Gleichwohl ist auch das französische Kreditsicherungsrecht selbst nach der Reform nicht an einem einheitlichen Standort geregelt, da weiterhin neben die gesetzlich geregelten Sicherungsmittel (die sogenannten „sûretés nommées“) auch nicht ins Gesetz aufgenommene Sicherungsmittel (sogenannte „sûretés innommées“) treten.²⁰ Ferner wird hervorgehoben, dass die Reform zwar die Autonomie des Kreditsicherungsrechts als solches betone, gleichzeitig aber natürlich eine gewisse Abhängigkeit etwa zum Vertragsrecht bestehe, namentlich insofern es sich bei den einzelnen Kreditsicherungsmitteln um besondere typisierte Verträge handle.²¹

Es zeigt sich somit, dass es den Königsweg einer Regelung des Kreditsicherungsrechts nicht gibt. Aufgrund der breiten Palette an unterschiedlichen Kreditsicherungsmitteln, die sich aus dem Werkzeugkasten des allgemeinen oder besonderen Schuld- und/oder Sachenrechts bedienen, erscheint eine einheitliche Verortung des Kreditsicherungsrechts ebenso wenig indiziert wie eine abschließende Normierung dieses lebendigen Rechtsgebietes möglich.

2. Faustpfand und Registerpfandrecht

In Tradition des römischen Rechts²² war das französische Pfandrecht ursprünglich ein Realvertrag („contrat réel“), dessen Zustandekommen die Übergabe der Pfandsache an den Pfandgläubiger oder einen Dritten voraussetzte.²³ Insbesondere aufgrund dieser Anknüpfung an den Besitz erwies sich das französische Pfandrecht als unpassend für die modernen

20 Vgl. Riffard, ZEuP 2022, 566.

21 Dazu L. Andreu, Les incidences de la réforme sur le droit des sûretés, in: R. Mortier (Hrsg.), Les incidences de la réforme du droit des contrats sur les contrats d'affaires, Paris 2017, S. 29.

22 Siehe etwa A. Wegmann Stockebrand, Obligatio re contracta: Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im römischen Recht, Tübingen 2017, S. 209 ff.

23 Vgl. J.-J. Ansault/Y. Picod, Droit des sûretés, 4. Aufl., Paris 2022, S. 381 und S. 389 f.; M. Cabrillac/C. Mouly/S. Cabrillac/P. Pétel, Droit des sûretés, 11. Aufl., Paris 2022, S. 581 f.; Niggemann/Kömpf, IWRZ 2022, 101 mit Fn. 37; P. Simler/P. Delebecque, Droit des sûretés et de la publicité foncière, 8. Aufl., Paris 2023, S. 664 f.; W. Faber, Entwicklungslinien und Entwicklungsperspektiven im Mobiliarsicherungsrecht, Wien 2023, S. 307 f.

Bedürfnisse an ein Sicherungsmittel, das Übergabeerfordernis als wenig hilfreicher „Bremsklotz“.²⁴

Ein ähnlicher Befund lässt sich auch für das deutsche Recht konstatieren. Auch hier wird in der Praxis vielfach nicht auf die von den Vätern des BGB angelegten Regelungen zum Pfandrecht zurückgegriffen, die ob des Besitzerfordernisses den praktisch-wirtschaftlichen Bedürfnissen nicht entsprechen, sondern es wird von alternativen Sicherungsmitteln Gebrauch gemacht, namentlich von der Sicherungsübereignung.²⁵

Das französische Recht schlug diesbezüglich im Rahmen der Reformen des 21. Jahrhunderts einen anderen Weg ein und brach bewusst zugunsten von Flexibilität und Pragmatismus mit der romanistischen Rechtstradition:²⁶ Bereits seit 2006 ist das französische Pfandrecht an körperlichen Sachen („gage“) in zwei Ausprägungen möglich: Neben das althergebrachte „Faustpfand“²⁷ trat das zivilrechtliche Registerpfandrecht des Art. 2337 C.civ., bei dem die Pfandsache in den Händen des Sicherungsgebers verbleibt, sodass dieser vermittels der Pfandsache weiterhin ökonomischen

24 *Legeais*, Sûretés (Fn. 6), S. 335: „Le droit de gage [...] était devenu inadapté aux exigences contemporaines du crédit“; *Ansault/Picod*, Sûretés (Fn. 23), S. 390: „le traditionnel caractère réel du gage constituait un frein considérable à son développement“; *Cabrillac/Mouly/Cabrillac/Pétel*, Sûretés (Fn. 23), S. 593: „il est, surtout, inopportun d’immobiliser entre les mains d’un gagiste, pour en tirer crédit, des meubles corporels que le débiteur doit pouvoir utiliser (matériel, véhicules) ou aliéner facilement (stocks d’une entreprise)“.

25 Siehe etwa BGH 20.3.1963 – VIII ZR 130/61, NJW 1963, 1200: „Eine praktisch noch größere Bedeutung [...] hat das von der deutschen Rechtsprechung an Stelle des Pfandrechts zugelassene Institut der Sicherungsübereignung mittels Besitzkonstituts erlangt. Die Rechtsprechung trug dabei der Tatsache Rechnung, daß das BGB mit seinem Prinzip des Faustpfandrechts ein berechtigtes Kreditsicherungsbedürfnis weiter Wirtschaftskreise unbefriedigt gelassen hatte. Sie hat auf diese Weise das Prinzip des Faustpfandrechts praktisch außer Kraft gesetzt und den entsprechenden Bestimmungen des BGB nur noch einen verhältnismäßig unbedeutenden Anwendungsbereich belassen“. Aus der neueren Literatur etwa *W. Lücke*, Sachenrecht, 4. Aufl., München 2018, Rn. 647 f.; *Schäfer* (Fn. 11), § 1204 Rn. 4; *M. Wellenhofer*, Sachenrecht, 38. Aufl., München 2023, § 15 Rn. 1 und § 16 Rn. 5.

26 Vgl. *Ansault/Picod*, Sûretés (Fn. 23), S. 381: „La réforme du droit des sûretés de 2006, rompant avec la tradition, privilège la souplesse et le pragmatisme“.

27 Zur etymologischen Fragwürdigkeit der Herleitung des Pfandes (*pignus*) von Faust (*pugnis*) im Lateinischen etwa *C. Willems*, Graeci ἐτυμολογίαν appellant, [...] nos autem [...] notationem appellamus (Cic. top. 35): Das etymologische Argument in Ciceros Topica, in: *W. Buchwitz/M. Ehmer* (Hrsg.), Ciceros Topica und sein Programm De iure civili in artem redigendo, Berlin 2023, S. 181 (184 f.).

Nutzen ziehen kann;²⁸ zudem ist weder der Besitzerwerb des Pfandnehmers noch die Registrierung Voraussetzung für das Entstehen eines Pfandrechts,²⁹ sondern beides betrifft lediglich die Frage, ob das Pfandrecht Dritten entgegengehalten werden kann (die sog. „opposabilité aux tiers“).³⁰

Wie bereits zuvor – und auch in Deutschland – bei Immobiliarsicherheiten das Publizitätserfordernis traditionell³¹ im Wege von Registerpublizität erbracht werden konnte, ist dies seit der Reform von 2006 in Frankreich nunmehr auch für Mobiliarsicherheiten möglich. Geführt wird das Register in digitaler Weise bei den Handelsgerichten durch den *greffier du tribunal de commerce*.³² Mit der Reform von 2021 wurde nun – mit Dekret vom 29. Dezember 2021 und mit Wirkung ab dem 1. Januar 2023³³ – ein einheitliches Pfandrechtsregister geschaffen, in das neben den schon genannten Registerpfandrechten auch Eigentumsvorbehalte („*réserve de propriété*“), besondere besitzlose verbriefte Pfandrechte im Sinne von „Pfandscheinen“³⁴ an landwirtschaftlichem Gerät, Erträgen oder Vieh (sog. „*warrant agricole*“),³⁵ „Schiffshypotheken und Leasinggeschäfte eingetragen

28 Vgl. Niggemann/Kömpf, IWRZ 2022, 101; Legeais, Sûretés (Fn. 6), S. 337; Cabrillac/Mouly/Cabrillac/Pétel, Sûretés (Fn. 23), S. 579 f.; Ansault/Picod, Sûretés (Fn. 23), S. 390; Faber, Entwicklungslinien (Fn. 23), S. 318 f.

29 Nach Art. 2336 C.civ. gilt vielmehr: „Le gage est parfait par l'établissement d'un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature“ – das Pfandrecht entsteht also bereits, wenn Schuld und Pfandsache(n) schriftlich fixiert wurden, womit das Pfand zu einem formgebundenen Rechtsgeschäft wird. Simler, Réforme (Fn. 17), S. 79, wirft dieser Neuregelung vor, dass hier unstatthaft das Zustandekommen bzw. die Wirksamkeit des Pfandes mit Beweisfragen vermengt werden: „L'ordonnance n° 2021-1192 n'a pas dissipé l'ambiguïté congénitale de cette disposition, qui paraît mélanger ‚perfection‘, donc validité du gage, et mode de preuve“.

30 Vgl. etwa Simler, Réforme (Fn. 17), S. 80; Ansault/Picod, Sûretés (Fn. 23), S. 390; Cabrillac/Mouly/Cabrillac/Pétel, Sûretés (Fn. 23), S. 582 und S. 595.

31 Zur historischen Entwicklung des Grundbuchrechts etwa F. Hess, Grundbuch, in: A. Cordes/H. Lück/D. Werkmüller/C. Bertelsmeier-Kierst (Hrsg.), Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte, 2. Aufl., Berlin 2012, Sp. 569 ff., zuletzt auch C. Willems, Joachim von Exter und die Rezeption der actio Pauliana im hamburgischen Stadtrecht, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 91 (2023), 170 (187 f.).

32 Vgl. Kieninger AcP 208 (2008), 200; Ansault/Picod, Sûretés (Fn. 23), S. 392; Legeais, Sûretés (Fn. 6), S. 349; Cabrillac/Mouly/Cabrillac/Pétel, Sûretés (Fn. 23), S. 594; Simler/Delebecque, Sûretés (Fn. 23), S. 748.

33 Vgl. Ansault/Picod, Sûretés (Fn. 23), S. 382 und 392; Legeais, Sûretés (Fn. 6), S. 350.

34 So Faber, Entwicklungslinien (Fn. 23), S. 311 f.

35 Zu diesem 1898 geschaffenen und heute im Code rural geregelten besonderen Regime der Kreditsicherung etwa Cabrillac/Mouly/Cabrillac/Pétel, Sûretés (Fn. 23), S. 601-605, Legeais, Sûretés (Fn. 6), S. 357-359; Ansault/Picod, Sûretés (Fn. 23),

[werden,] ebenso wie die in der Praxis wichtigsten ‚privilèges‘ des Fiskus und der Sozialversicherung³⁶; lediglich für die schon länger existenten³⁷ Registerpfandrechte an Automobilen und deren Anhängern („gage portant sur un véhicule terrestre à moteur ou une remorque immatriculés“) besteht weiterhin ein Sonderregister (Art. 2338 Abs. 2 C.civ.).³⁸ Das neue Register soll über ein zentrales nationales Online-Portal die dezentrale Abfrage der Eintragungen ermöglichen und somit die Registerpublizität sicherstellen:³⁹ Das neue Registerpfandrecht wird gegenüber Dritten durch die Veröffentlichung im Register wirksam; zudem soll aufgrund der Registereintragung – analog zum für Mobilien geltenden Prinzip „possession vaut titre“ (Art. 2276 C.civ.) – die Vermutung gelten, dass ein Dritter vermittle des Registers Kenntnis vom Pfandrecht hatte, sodass ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb ausscheidet (vgl. Art. 2337 Abs. 3 C.civ.).⁴⁰ Eine mehrfache sukzessive Verpfändung ist ebenfalls möglich, wobei sich die Rangfolge der Sicherungsnehmer – wie im Grundbuchrecht – nach dem Zeitpunkt ihrer jeweiligen Eintragung bestimmt (vgl. Art. 2340 Abs. 1 C.civ.).⁴¹

Abrufbar ist das nunmehr in Art. R. 521-1 ff. C.com. reglementierte Register als „fichier national des gages sans dépossession“ mittlerweile über

S. 408 f.; *Simler/Delebecque*, Sûretés (Fn. 23), S. 750-753; *Faber*, Entwicklungslinien (Fn. 23), S. 311 f.

36 *Niggemann/Kömpf*, IWRZ 2022, 102.

37 Zurückgehend auf ein Gesetz vom 29. Dezember 1934, später ersetzt durch ein Dekret vom 30. September 1953, vgl. dazu etwa *Ansault/Picod*, Sûretés (Fn. 23), S. 406 f. und *Simler/Delebecque*, Sûretés (Fn. 23), S. 754 f.; aus der deutschen Literatur etwa *E. Mezger*, Zur neuesten Entwicklung des kaufmännischen Registerpfandrechts in Frankreich, ZHR 115 (1952), 150; *J. Féblot/E. Mezger*, Eigentumsvorbehalt und Rücktrittsklausel bei Lieferungen nach Frankreich, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 20 (1955), 662 (663 Fn. 3).

38 *A. Hontebeyrie*, Le nouveau droit commun du gage dans la réforme des sûretés, La Semaine Juridique – Notariale et Immobilière (JCP N) 2021, n° 47 vom 26. November 2021, 1331, 29 (29) und (32); *Simler*, Réforme (Fn. 17), S. 77; *Legeais*, Sûretés (Fn. 6), S. 349; *Cabrillac/Mouly/Cabrillac/Pétel*, Sûretés (Fn. 23), S. 599; *Niggemann/Kömpf*, IWRZ 2022, 102; *Faber*, Entwicklungslinien (Fn. 23), S. 323.

39 *Ansault/Picod*, Sûretés (Fn. 23), S. 292: „assurera la publicité du gage sans dépossession, étant entendu qu’un portail national accessible par réseau internet permettra la consultation des informations inscrites dans les registres des sûretés mobilières tenus localement par chaque greffier“; ferner *Legeais*, Sûretés (Fn. 6), S. 550, *Niggemann/Kömpf*, IWRZ 2022, 102.

40 Vgl. *Niggemann/Kömpf*, IWRZ 2022, 101; *Simler*, Réforme (Fn. 17), S. 80; *Ansault/Picod*, Sûretés (Fn. 23), S. 292; *Faber*, Entwicklungslinien (Fn. 23), S. 325.

41 Dazu *Legeais*, Sûretés (Fn. 6), S. 348; *Ansault/Picod*, Sûretés (Fn. 23), S. 293; *Simler/Delebecque*, Sûretés (Fn. 23), S. 664 und S. 748.

das Internetportal „Infogreffe“⁴²; aufgebaut ist es nach dem sogenannten „Personalfoliensystem“⁴³: Bezüglich des Sicherungsgebers („type de constituant“) kann gesucht werden nach juristischen Personen und Personengesellschaften, ob im Handelsregister (RCS – „Registre de Commerce et des Sociétés“) eingetragen oder nicht, nach Kaufleuten („commerçant“) oder nach anderen natürlichen Personen, wobei exemplarisch Künstler oder Angehörige der Freien Berufe genannt werden („artisan, agent commercial, profession libérale, particulier, ...“); bei der Recherche sind der Name des Unternehmens und bei registrierten Gesellschaften deren Identifikationsnummer bzw. Vor- und Nachname sowie Geburtstag und -ort der natürlichen Person sowie bei Kaufleuten zusätzlich deren Identifikationsnummer Pflichtangaben. Zudem ist die Kategorie anzugeben, der das Sicherungsgut angehört; hier stehen etwa verschiedene Kategorien von Wertgegenständen (Münzen, Kunstwerke oder Uhren und Schmuck) zur Auswahl, aber auch Musikinstrumente, Sportgeräte und sogar Tiere.⁴⁴ Dies heißt, wie *Wolfgang Faber* zu Recht moniert, dass „immer nur zu einem bestimmten Schuldner und einer bestimmten Kategorie“ recherchiert werden kann (vgl. Art. R. 521-32 C.com.), während man nicht nach „einem bestimmten, beispielsweise durch eine Seriennummer individualisierbaren Gegenstand“ suchen kann, „was in punkto Benutzerfreundlichkeit in vielen Fällen wohl nicht optimal ist“.⁴⁵

Dafür, dass ein solches Registerpfandrecht an Mobilien für das deutsche Recht nicht gänzlich inakzeptabel ist, lässt sich etwa auf eine Entscheidung des BGH⁴⁶ aus dem Jahr 1963 rekurrieren, die die Wirksamkeit eines nach französischem Recht wirksam entstandenen Registerpfandrechts an einem LKW betrifft. Der BGH stellte – der heute einschlägige Art. 43

42 Vgl. <https://www.infogreffe.fr/services/recherche-gage-sans-depossession>, zuletzt abgerufen am 29.1.2024.

43 Vgl. *Faber*, Entwicklungslinien (Fn. 23), S. 323.

44 Vgl. hierzu auch *Faber*, Entwicklungslinien (Fn. 23), S. 324 Fn. 1262.

45 *Faber*, Entwicklungslinien (Fn. 23), S. 326.

46 Vgl. BGH 20.3.1963 – VIII ZR 130/61, NJW 1963, 1200; dazu aus neuerer Zeit *J.-H. Seifer*, Ausländische Mobiliarkreditsicherungsrechte im inländischen Rechtsverkehr: Eine kollisionsrechtliche, rechtsvergleichende und unionsrechtliche Untersuchung am Beispiel schwedischer Kreditsicherungsrechte, Tübingen 2020, S. 80; *E.-M. Kieninger*, Kreditsicherheiten im grenzüberschreitenden Verkehr, Rechtsangleichung und Harmonisierung, in: M. Gehrlein/D. Graewe/J. Wittig (Hrsg.), Das Recht der Kreditsicherung, 11. Aufl., Berlin 2023, S. 1031 (1038 f.).

Abs. 2 EGBGB gilt erst seit der Neufassung von 1999⁴⁷ – fest, dass das Faustpfandprinzip des BGB keinesfalls „international zwingendes Recht“ darstelle, welches den dieses statuierenden Sachnormen im Verhältnis zum ausländischen Recht generell den Vorzug gebe: „Unter diesem Gesichtspunkt spielt die Tatsache eine Rolle, daß das deutsche Recht in einer größeren Anzahl von Sonderregelungen selbst dieses Prinzip aufgegeben hat (so: Ges. über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken v. 15.11.1940; Ges. über Rechte an Luftfahrzeugen v. 25.2.1959; KabelpfandG v. 31.3.1925; PachtkreditG v. 5.8.1951; Ges. zur Sicherung der Düngemittel und Saatgutversorgung v. 19.1.1949). Das ist immerhin ein Indiz dafür, daß die deutsche Gesamtrechtsordnung das Prinzip des Faustpfandrechts nicht als ein unverzichtbares Grundprinzip des deutschen Rechts ansieht.“⁴⁸

Auch ist in Deutschland in den vergangenen Jahren Bewegung in das Registerrecht gekommen; neben traditionelle Register wie das Grundbuch, das Vereins- oder das Handelsregister sind zahlreiche neue Register getreten, etwa das Musterfeststellungsklage-⁴⁹ bzw. seit Oktober 2023 nunmehr Verbandsklageregister, das Zentrale Testamentsregister⁵⁰ oder das Wertpapierregister⁵¹; auch die Digitalisierung des Registerwesens⁵² schreitet immer weiter voran, was die Transaktionskosten einer Registerrecherche erheblich

47 Vgl. dazu und zum konkreten Fall etwa A. Spickhoff, Die Restkodifikation des Internationalen Privatrechts: Außervertragliches Schuld- und Sachenrecht, NJW 1999, 2209 (2214).

48 So BGH 20.3.1963 – VIII ZR 130/61, NJW 1963, 1200, wo der BGH in der Folge auch einen Verstoß gegen den deutschen ordre public verneint.

49 Dazu etwa V. Keller-Engels/V. Kaiser, Praxisbericht zu den beim Bundesamt für Justiz geführten Registern, in: M. Schmoeckel (Hrsg.), Das Registerrecht aus vergleichender Perspektive, Baden-Baden 2023, S. 13 ff.

50 Dazu etwa D. Siegel, Das Zentrale Testamentsregister – Herzstück des Deutschen Nachlasswesens, in: M. Schmoeckel (Hrsg.), Das Registerrecht aus vergleichender Perspektive, Baden-Baden 2023, S. 29 ff.

51 Dazu etwa M. Habersack, Zentrales Register und Kryptowertpapierregister, in: S. Omlor/F. Möslin/S. Grundmann (Hrsg.), Elektronische Wertpapiere, Tübingen 2021, S. 83 ff.; J. Lieder, Eintragung und Publizität elektronischer Wertpapiere, in: ebenda, S. 103 ff.; M. Sikora, Das Handelsregister und seine Geschwister – Verlässlicher Nachweis von Existenz und Vertretungsbefugnis von Rechtsträgern, in: M. Schmoeckel (Hrsg.), Das Registerrecht aus vergleichender Perspektive, Baden-Baden 2023, S. 55 ff.

52 Vgl. etwa S. Omlor/T. Blöcher, DiRUG-Neuerungen im Beurkundungs- und Registerrecht, DStR 2021, 2352 ff.; perspektivisch auch S. Omlor/M. Spies, Gegenwart und digitale Zukunft der GmbH-Gesellschafterliste, in: M. Anton (Hrsg.), Liber Discipulorum für Michael Martinek, Saarbrücken 2021, S. 493 (S. 508 f.).

senkt⁵³. Insofern könnte sich auch ein Registerpfandrecht an Mobilien in Deutschland künftig als eine gangbare Option erweisen, zumal, wenn nach einer möglichen Reform⁵⁴ auf ein digital geführtes und niederschwellig einsehbares Register zurückgegriffen werden könnte. Ein Vorteil gegenüber der Sicherungsübereignung könnte hierbei in der Registerpublizität liegen,⁵⁵ die die Sicherheit für den Sicherungsnehmer erhöhen und einen gutgläubigen Eigentumserwerb eines Dritten – man denke an Konstellationen wie den ominösen „Fräsmaschinenfall“⁵⁶ – ausschließen würde. Auch könnte ein Registerpfandrecht die sukzessive mehrfache Verpfändung einer Sache ermöglichen, wie dies in Frankreich nunmehr möglich ist.

Gleichwohl sind natürlich bereits a limine anderweitige Probleme erkennbar: Während etwa beim Kauf von Kraftfahrzeugen eine Registerabfrage möglich und geboten erscheinen könnte, etwa unter Rückgriff auf die individuelle siebzehnstellige Fahrzeug-Identifikationsnummer (FIN), über die jeder Pkw und jedes Motorrad verfügt und die im Fahrzeugschein und am Fahrzeug selbst zu finden ist, erscheint es bei anderen Pfandobjekten weniger klar und indiziert, ob und wie eine Registerabfrage im Falle eines Erwerbsvorgangs geboten erscheint und wie eine solche erfolgen kann, wenn Gegenstände nicht über ein klares numerisches Identifikationsmerk-

53 So J. Armour, The Law and Economics Debate About Secured Lending: Lessons For European Lawmaking?, in: H. Eidenmüller/E.-M. Kieninger (Hrsg.), The Future of Secured Credit in Europe, Berlin 2008, S. 3 (26).

54 Zu den Schwierigkeiten *de lege lata* etwa J. von Buttlar/S. Omlor, Tokenisierung von Eigentums-, Benutzungs-, Zutritts- und Pfandrechten, ZRP 2021, 169 (172): „Bewegliche Sachen werden nach §§ 1204 ff. BGB verpfändet, im Wesentlichen analog der Übertragung des Eigentums an Mobilien. Entsprechend eingeschränkt sind dingliche Formen der Tokenisierung. Rechtsgeschäftliche Hilfskonstruktionen stehen zudem vor der Hürde des § 1206 BGB“.

55 Vgl. insofern bereits BGH 20.3.1963 – VIII ZR 130/61, NJW 1963, 1200 (1201): „Das deutsche Recht hätte sich vielmehr (bei der Sicherungsübereignung mittels Besitzkonstituts) mit einem Sicherungsrecht ohne jede Publizität genügt [sic!], während das französische Registerpfandrecht immerhin die Register-Publizität hat“.

56 BGHZ 50, 45.

mal benennbar sind.⁵⁷ Auch ein nach Personen geführtes Register,⁵⁸ organisiert nach dem Prinzip des sogenannten „notice filing“,⁵⁹ kann hier kein Königsweg sein: Sollte etwa die in Deutschland so ominöse Fräsmaschine unter Verwendung eines anderen Terminus Technicus als verpfändet registriert worden sein, womöglich von einer anderen Person als von der, von der nunmehr ein Erwerb in Frage steht, bleibt unklar, ob und wie die Registerpublizität auch in der Praxis gewahrt werden kann.⁶⁰ Hier mag womöglich ein Rückgriff auf die französische Registerpraxis künftig für Klarheit sorgen; nach lediglich einem guten Jahr Nutzungspraxis des zum 1. Januar 2023 kreierte neuen Zentralregisters dürfte der Erfahrungsschatz möglicher Probleme und Lösungen jedoch noch zu gering sein.

3. Pfandrecht an künftigen Gegenständen

Eine weitere, bereits 2006 eingeführte Neuerung des französischen Pfandrechts betrifft das Pfandrecht an künftigen Gegenständen. Ein solches war vor der Reform von 2006 „difficile d’organiser“⁶¹ und grundsätzlich ob des Erfordernisses der Übergabe der Pfandsache nicht als „droit réel“, sondern nur als „droit personnel“ im Sinne eines Pfandversprechens bezüglich

57 Vgl. insofern zur Rechtslage in Frankreich *Faber*, Entwicklungslinien (Fn. 23), S. 324 Fn. 1261: Für die Bezeichnung des Sicherungsguts „standen im erwähnten Formblatt (FN 1259) in der ursprünglichen pdf-Version knappe vier Zeilen zur Verfügung. An höhergradig komplexe Beschreibungen ist hier also offenkundig nicht gedacht. Die mittlerweile gegebene Verfügbarkeit von Word-Versionen entschärft die damit vorprogrammierten praktischen Schwierigkeiten. Auf eine Änderung des gesetzlichen Leitbilds zum Detailgrad von Identifizierungsangaben kann hieraus allerdings nicht geschlossen werden. Die Rechtsgrundlagen sind ja dieselben geblieben“.

58 Vgl. *Kieninger* AcP 208 (2008), 212: „bewegliche Vermögensgegenstände unterliegen der Fluktuation und sind darüber hinaus vielfach gar nicht mit Unterscheidungskraft zu beschreiben, so dass das Register nicht nach Gegenständen, sondern nach Sicherungsgebern geordnet sein muss“.

59 Dazu detailliert *E.M. Kieninger*, Gestalt und Funktion einer „Registrierung“ von Mobiliarsicherungsrechten, RNotZ 2013, 216; ferner *E.M. Kieninger*, Mobiliarkreditsicherheiten in Europa, ZEuP 2016, 201 (210 f.) und *Faber*, Entwicklungslinien (Fn. 23), S. 327.

60 Auf derartige Probleme zur Rechtslage in Frankreich hinweisend *Ansault/Picod*, Sûretés (Fn. 23), S. 392. Zur rechtsökonomischen Dimension der Transaktionskosten bei der Registerrecherche etwa *Armour*, Debate (Fn. 53), S. 26. In Belgien wurde etwa ein personenbasiertes Register eingeführt, vgl. *Scholl*, Reform (Fn. 18), S. 46 und S. 50 f.; ein solches kommt konsequent bei Transaktionen durch Dritte an seine Grenzen.

61 So *Legeais*, Sûretés (Fn. 6), S. 335.

einer künftigen Sache denkbar.⁶² Auch dies änderte sich dadurch, dass die Übergabe ihren für das Pfandrecht konstitutiven Charakter verlor.⁶³ Seit 2006 sieht Art. 2333 C.civ. vor, dass „biens mobiliers corporels, présents ou futurs“, Gegenstand eines Pfandrechts sein können, also nicht nur bereits existierende, sondern auch künftige bewegliche Sachen, die noch zu erschaffen oder herzustellen sind.⁶⁴ Voraussetzung ist nur aufgrund des sachenrechtlichen Spezialitätsprinzips, welches auch in Frankreich gilt, dass die künftige Pfandsache hinreichend im Sinne des Art. 2336 C.civ. bestimmbar ist.⁶⁵ Diese Neuregelung baut ersichtlich auf der Reform auf, dass Pfandrechte in Frankreich nunmehr auch besitzlos begründet werden können.⁶⁶ Wird somit ein Pfandrecht bezüglich einer – natürlich genau zu spezifizierenden – künftigen Sache bestellt, so ist die Sache, sobald diese entsteht oder ins Eigentum des Verpfänders gelangt, mit dem Pfandrecht belastet.⁶⁷ *Philippe Simler* konstatiert hierzu: „On ne pouvait ouvrir plus largement le potentiel périmètre du gage, pouvant porter sur des biens futurs garantissant des créances futures“.⁶⁸

Während nach § 1204 Abs. 2 BGB ein Pfandrecht auch für eine künftige Forderung bestellt werden kann, gilt im deutschen Recht weiterhin, dass eine Pfandrechtsbestellung nur an bereits existenten Sachen möglich ist. Allerdings kann die dingliche Einigung über die Pfandrechtsbestellung vorweggenommen werden mit der Folge, dass – bei Fortbestehen der Einigung – der Pfandgläubiger später durch Besitzergreifung der dann entstandenen Sache das Pfandrecht erwirbt;⁶⁹ die Konstruktion entspricht somit im Wesentlichen der in Frankreich vor der Reform möglichen, da

62 *Legeais*, Sûretés (Fn. 6), S. 338; *Cabrillac/Mouly/Cabrillac/Pétel*, Sûretés (Fn. 23), S. 583; *Ansault/Picod*, Sûretés (Fn. 23), S. 387.

63 Vgl. *Ansault/Picod*, Sûretés (Fn. 23), S. 387.

64 Vgl. etwa *L. Aynès/O. Crocq/A. Aynès*, Droit des sûretés, 16. Aufl., Paris 2022, S. 332: „une chose [...] inexistante (à construire, à extraire, à façonner...), mais à naître“; ferner *Ansault/Picod*, Sûretés (Fn. 23), S. 386; *Simler/Delebecque*, Sûretés (Fn. 23), S. 663.

65 Vgl. *Ansault/Picod*, Sûretés (Fn. 23), S. 387 („le principe de spécialité doit être respecté: la chose doit être identifiée dans l'acte constitutif, par sa nature ou son espèce ainsi que par sa quantité“).

66 *Aynès/Crocq/Aynès*, Sûretés (Fn. 64), S. 332.

67 *Aynès/Crocq/Aynès*, Sûretés (Fn. 64), S. 332: „La validité du gage signifie que dès l'instant où le meuble futur entre dans le patrimoine du constituant ou vient à exister, il est grevé du gage, sans nouvelle formalité“. Siehe auch *Cabrillac/Mouly/Cabrillac/Pétel*, Sûretés (Fn. 23), S. 583.

68 *Simler*, Réforme (Fn. 17), S. 77.

69 *Schäfer* (Fn. 11), § 1204 Rn. 33.

nach deutschem Recht weiterhin noch die Besitzergreifung durch den Sicherungsnehmer erfolgen muss. Auch hier könnte die Einführung eines Registerpfands an Mobilien in Deutschland (siehe soeben unter 3.) sich erleichternd auswirken, wobei das oben geäußerte *caveat* bezüglich der konkreten Ausgestaltung eines Registers auch hier angebracht werden muss.

4. Pfandrecht auch an wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks

Pfandrechte können nur an beweglichen Sachen bestehen. Ein Problem stellt sich freilich hinsichtlich solcher beweglicher Sachen, „die in ein Bauwerk/Grundstück eingebaut und dessen wesentlicher Bestandteil werden“.⁷⁰ Das französische Recht bezeichnet derartige Mobilien, die gleichsam „immobilisiert“ werden – *Jean-Jacques Ansault* und *Yves Picod* sprechen insofern treffend von einem „*actif mobilier immobilisé*“⁷¹ –, als „*immeubles par destination*“ (Art. 524 C.civ.). Nach der Reform von 2006, die auf das Besitzerfordernis verzichtet, kann nun auch an solchen Gegenständen ein (besitzloses) Pfandrecht bestellt werden (vgl. den neuen Art. 2334 C.civ.).⁷² Die Bestellung eines solchen Pfandrechts ist nicht nur vor, sondern sogar auch nach Einbau der Sache in Haus bzw. Grund noch möglich.⁷³ *Jan Felix Hoffmann* bemerkt diesbezüglich, dass in diesem Fall somit zu beobachten sei, „dass funktional kreditsicherungsrechtliche Lösungen für sachenrechtlich präeterminiert erklärt werden.“⁷⁴

Konfliktpotenzial ergibt sich dabei in Hinblick auf möglicherweise widerstreitende Sicherungsinteressen eines Hypothekars, da auch in Frankreich die Hypothek ebenfalls diese „*immeubles par destination*“ umfasst (Art. 2397 i.V.m. Art. 524 C.civ.).⁷⁵ Ein denkbarer und besonders praxisrelevanter Anwendungsfall betraf in jüngerer Zeit Solar- oder Windkraftanla-

70 *Niggemann/Kömpf*, IWRZ 2022, 101.

71 *Ansault/Picod*, *Sûretés* (Fn. 23), S. 386.

72 *Hontebeyrie*, JCP N 2021, n° 47, 1331, 29 (29); *Riffard*, ZEuP 2022, 577; *Cabril-lac/Mouly/Cabril-lac/Pétel*, *Sûretés* (Fn. 23), S. 594; detaillierter *C. Leveneur*, *La réforme des sûretés et le gage d'immeuble par destination*, *Juris-Classeur Périodique*, Edition Notariale 2021, n° 47, 26.10.2021, 1332.

73 *Séjean-Chazal*, JCP G 2021, Suppl. n° 43-44, 40 (41); *Legeais*, *Sûretés* (Fn. 6), S. 339; *Niggemann/Kömpf*, IWRZ 2022, 101.

74 *J.F. Hoffmann*, *Kreditsicherheiten und Sachbestandteile: Zum Verhältnis von Kreditsicherungsrecht und Sachenrecht im Europäischen Privatrecht*, ZEuP 2022, 913 (940).

75 *Niggemann/Kömpf*, IWRZ 2022, 101; *Riffard*, ZEuP 2022, 577.

gen, die vermehrt kreditfinanziert angeschafft wurden, sodass eine explizite Regelung als opportun erachtet wurde.⁷⁶ Der Auflösung des Konflikts ist nunmehr Art. 2419 C.civ. gewidmet, auf den Art. 2334 Abs. 2 C.civ. verweist: Es gilt der historisch bewährte⁷⁷ Prioritätsgrundsatz, d.h. das früher veröffentlichte Recht geht dem später publizierten vor, sodass je nach Eintragungszeitpunkt der Hypotheken- oder der Pfandgläubiger den Vorzug erhält.⁷⁸ Während die Regelung auf erste Sicht angesichts der langen Tradition des Prioritätsprinzips durchaus plausibel erscheint, ergeben sich praktische Probleme aufgrund der Tatsache, dass Hypotheken und Pfandrechte in voneinander unabhängigen Registern verzeichnet werden: Dies erschwert es Sicherungsnehmern, sich des Rangs des ihnen eingeräumten Kreditsicherungsmittels zu vergewissern.⁷⁹ *Jean-François Riffard* regt vor diesem Hintergrund nachvollziehbar eine künftige Schnittstelle bzw. Verbindung zwischen beiden Registern an.⁸⁰

Auch nach deutschem Recht sind Konflikte zwischen Mobiliarsicherheiten und Grundpfandrechten denkbar. Dies gilt insbesondere, da sich Hypotheken nach § 1120 BGB auch auf Bestandteile und Zubehör des Grundstücks erstrecken. Die in Frankreich den Anlass zur Reform gebenden Windkraftanlagen werden vom BGH, jedenfalls wenn vom Mieter oder Pächter auf einem gemieteten bzw. gepachteten Grundstück errichtet, sachenrechtlich im Sinne einer „tatsächlichen Vermutung“ nur als Scheinbestandteile i.S.v. § 95 BGB eingeordnet, wobei selbst die Tatsache, dass „die Sache für ihre gesamte (wirtschaftliche) Lebensdauer auf dem Grundstück

76 Dies betont *Riffard*, ZEuP 2022, 577. Vgl. auch *Ansault/Picod*, Sûretés (Fn. 23), S. 386: „le législateur offre des outils juridiquement mieux adaptés à certains financements, notamment des parcs d'éoliennes ou des panneaux photovoltaïques“. Siehe ferner *Séjean-Chazal*, JCP G 2021, Suppl. n° 43-44, 40 (41 mit Fn. 16); *Legeais*, Sûretés (Fn. 6), S. 339; *Niggemann/Kömpf*, IWRZ 2022, 101; *Cabrillac/Mouly/Cabrillac/Pétel*, Sûretés (Fn. 23), S. 594; *Simler/Delebecque*, Sûretés (Fn. 23), S. 661.

77 Vgl. *Séjean-Chazal*, JCP G 2021, Suppl. n° 43-44, 40 (41): „Le choix de l'ordre des inscriptions pour régler un conflit de préférences est tout à fait classique“. Zur Geschichte des Prinzips etwa *A. Wacke*, Wer zuerst kommt, mahlt zuerst – Prior tempore potior iure, JA 1981, 97.

78 *Séjean-Chazal*, JCP G 2021, Suppl. n° 43-44, 40 (41); *Hontebeyrie*, JCP N 2021, n° 47, 1331, 29 (33); *Legeais*, Sûretés (Fn. 6), S. 339; *Niggemann/Kömpf*, IWRZ 2022, 101; *Simler*, Réforme (Fn. 17), S. 78; *Simler/Delebecque*, Sûretés (Fn. 23), S. 662.

79 *Riffard*, ZEuP 2022, 578.

80 *Riffard*, ZEuP 2022, 578: „An interconnection between the registers should be envisaged in the future“.

verbleiben soll“, zu keiner anderen Einordnung führt;⁸¹ Zubehör können sie in diesem Fall konsequent auch nicht sein.⁸² Gleichzeitig sollen aber – namentlich außerhalb der geschilderten Sonderkonstellation der Errichtung durch den Mieter oder Pächter – Windräder und Freiland-Photovoltaikanlagen im Fall einer festen Verbindung mit dem Erdboden wesentlicher Bestandteil des Grundstücks sein.⁸³ Alternativ kommt die Schaffung sonderrechtsfähiger Bestandteile eines Grundstücks durch Dienstbarkeiten in Betracht.⁸⁴ Ob es zu einem Konflikt zwischen (ob des Übergabeerfordernisses nicht Pfandgläubiger, sondern in der Praxis vor allem etwa) Sicherungs- oder Vorbehaltseigentümer und Hypothekengläubiger kommen kann, hängt also von der konkreten Ausgestaltung des Falles und dem nach außen manifestierten Willen der die Anlage errichtenden Personen ab. Bei bloßen Scheinbestandteilen würde vorbehaltenes oder Sicherungseigentum fortbestehen und die Anlage nicht von einer Hypothek erfasst. Wenn eine zur Sicherung übereignete oder unter Eigentumsvorbehalt erworbene Anlage jedoch dergestalt mit einem Grundstück verbunden wird, dass sie wesentlicher Bestandteil wird, scheidet eine künftige gesonderte Verpfändung ebenso aus wie ein bereits bestehendes Mobiliarsicherungsrecht erlischt.⁸⁵

Während im deutschen Recht im Konfliktfall mit anderen Sicherungsrechten grundsätzlich ebenfalls der Prioritätsgrundsatz (vgl. etwa § 1209 BGB für das Pfandrecht) Anwendung findet und auch gegenüber anderen Belastungen, etwa Hypotheken, gelten soll,⁸⁶ ergibt sich in den dargestellten Fällen nach deutschem Recht kein Wettstreit der Sicherungsnehmer, was zugleich die „erheblich[e] Tragweite“ verdeutlicht, die die Qualifikation als wesentlicher Bestandteil oder als bloßer Scheinbestandteil nach deutschem Recht in ökonomischer Hinsicht nach sich zieht.⁸⁷ Die französische Lösung, die ein Nebeneinander von Pfandrecht und Hypothek ermöglicht und für die Verwertung auf das Prioritätsprinzip abstellt, könnte demge-

81 Vgl. BGH 7.4.2017 – V ZR 52/16, NJW 2017, 2099, 2100 f.; Schäfer (Fn. 11), § 1204 Rn. 21; H.-P. Mansel, in: Jauernig: BGB-Kommentar, 19. Aufl., München 2023, § 95 Rn. 2.

82 Vgl. C. Stresemann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., München 2021, § 95 Rn. 17 und § 97 Rn. 8.

83 So etwa Stresemann (Fn. 82), § 94 Rn. 14 und 17.

84 Vgl. hierzu neuerdings P. Meier, Die Schaffung sonderrechtsfähiger Bestandteile eines Grundstücks durch Dienstbarkeiten, in: M. Schmoeckel (Hrsg.), Das Sachenrecht vor modernen Herausforderungen, Baden-Baden 2023, 67-86.

85 Vgl. Stresemann (Fn. 82), § 94 Rn. 39 i.V.m. § 93 Rn. 20.

86 So Berger, in: Jauernig: BGB-Kommentar, 19. Aufl., München 2023, § 1209 Rn. 2.

87 Stresemann (Fn. 82), § 94 Rn. 39.

genüber eine erhöhte Flexibilität bieten und die kreditsicherungsrechtliche Valenz von Mobiliarsicherheiten erhöhen. Gleichzeitig stellen sich jedoch auch hier die oben geschilderten Probleme beim Registerzugriff, zu denen sich im Falle des Verhältnisses zum im Grundbuch eingetragenen Sicherungsrechten noch die Problematik der Interoperabilität verschiedener Register und sogar Registertypen (personen- oder grundstücksorientiert) gesellt.

IV. Fazit

„Das deutsche Recht beschreitet“ – wie *Eva-Maria Kieninger* zu Recht betont – „mit der publizitätslosen Sicherungsübereignung“ als Alternative zum im BGB kodifizierten Pfandrecht „seit jeher einen Sonderweg“.⁸⁸ In Zeiten zunehmender Internationalisierung der Rechtsverhältnisse ist insofern der Blick ins Ausland besonders opportun. Für das in den letzten Jahren gleich doppelt reformierte französische Recht der Sicherheiten ist auf dem Gebiet der Pfandrechte zu konstatieren, dass nunmehr eine moderne, in sich schlüssige alternative Systematik vorgelegt wurde, bei der insbesondere die Schaffung eines allgemeinen Registers als „wichtiger Fortschritt“⁸⁹ hervorzuheben ist. Durch die Einführung eines allgemeinen Pfandrechtsregisters wird nicht nur – wie bei der deutschen Sicherungsübereignung – die fortgesetzte ökonomische Nutzbarkeit des Sicherungsobjekts für den Sicherungsgeber möglich gemacht, sondern darüber hinaus auch die mehrfache Verpfändung ein und derselben Sache „im Stufenverhältnis“ rechtssicher ermöglicht, was nicht nur bei Prioritätskonflikten⁹⁰ von Nutzen ist.⁹¹ Natürlich ist die Debatte um die Einführung eines Registerpfandrechts in Deutschland nicht neu – schon 1926 wurde im Reichstag die Einführung eines solchen Registerpfandrechts vorgeschlagen, der Vorschlag jedoch letztlich abgelehnt.⁹² Die mittlerweile möglich gewordenen digitalen Register erleichtern die Einsichtnahme in praktischer Hinsicht jedoch erheblich und

88 *Kieninger AcP* 208 (2008), 209.

89 *Niggemann/Kömpf, IWRZ* 2022, 104.

90 Vgl. zu solchen, aber auch zu nachrangigen Pfandrechten am selben Sicherungsgut *Kieninger AcP* 208 (2008), 214–220.

91 Vgl. dazu auch *Ansault/Picod, Sûretés* (Fn. 23), S. 390 und S. 393.

92 Vgl. RT-Drucks., III. Wahlperiode 1924/26, Nr. 1811; dazu *Kieninger AcP* 208 (2008), 210 mit weiteren Nachweisen in Fn. 133.

reduzieren die anfallenden Transaktionskosten signifikant.⁹³ Sollte es gelingen, verschiedene Register und Registertypen funktionell über Schnittstellen zu verknüpfen, könnten sich hierdurch Innovationspotenziale ergeben, die auch für das deutsche Recht künftig den Blick nach Westen lohnen. Die hier vorgestellten ersten Ansätze in diese Richtung finden hoffentlich das Interesse des mit dieser Festschrift geehrten Jubilars, der sich ja nicht zuletzt der rechtsvergleichenden Forschung zum im Zusammenhang mit der Digitalisierung notwendigen Anpassungsbedarf bezüglich des Rechts verschrieben hat.

93 Vgl. *Kieninger AcP* 208 (2008), 211 f.

3. Rundfunk und Werbung

40 Jahre duale Rundfunkordnung

Alexander Natt und Eva Oster

I. Einleitung

Seit nunmehr 40 Jahren prägt die sog. duale Rundfunkordnung maßgeblich die Medienlandschaft Deutschlands. Der Begriff beschreibt das Nebeneinander von öffentlich-rechtlichem und privatem Rundfunk. Öffentlich-rechtliche Sender wie die Landesrundfunkanstalten der ARD, das ZDF und das Deutschlandradio auf der einen Seite erfüllen einen Programmauftrag im öffentlichen Interesse – und werden aus diesem Grunde zunächst aus Rundfunkgebühren, inzwischen aus Rundfunkbeiträgen finanziert. Private Rundfunkveranstalter agieren demgegenüber auf kommerzieller Basis und finanzieren sich primär durch Werbung. Hier steht die eigenwirtschaftliche Betätigung im Vordergrund, wenngleich auch für den privaten Rundfunk seit jeher – gegenüber der öffentlich-rechtliche „Säule“ jedoch deutlich abgeschwächte – Vorgaben zur programmlichen Vielfalt und Qualität gelten. Diese Struktur und publizistische Konkurrenz ermöglichen eine breite Vielfalt an Programmen und Meinungen und sind ein wesentliches Merkmal des deutschen Rundfunksystems, das auch im europäischen sowie internationalen Vergleich als „best practice“ gilt.

Keineswegs ist diese duale Ordnung jedoch am Reißbrett entstanden. Sie hat sich vielmehr über Jahrzehnte entwickelt: Lange standen technische, aber auch politische Hürden im Weg. Am 1. Januar 1984 ereignete sich dann der „Urknall“ des privaten Rundfunks – im rheinland-pfälzischen Ludwigshafen. Ab diesem Zeitpunkt traten die privaten Rundfunkveranstalter erstmals in den Wettbewerb mit dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk. Auch danach konnte aber von einem echten „dualen System“ mit zwei gleichmäßig anerkannten Säulen noch keine Rede sein. Von den Anfängen, geprägt durch langjährige Auseinandersetzungen um die Zulassung privater Fernsehveranstalter, über die Einführung der Kabelpilotprojekte bis zur heutigen, von technologischem Fortschritt und gesellschaftlichem Wandel geprägten Zeit, hat sich das Rundfunksystem in Deutschland stetig weiterentwickelt zu dem Vorzeigemodell, das es heute ist.

Doch in Anbetracht der aktuellen Herausforderungen stellt sich die Frage: Wie geht es weiter? Wie können die duale Rundfunkordnung und ihre beiden Säulen – öffentlich-rechtlicher und privater Rundfunk – weiterhin erfolgreich neben- und miteinander bestehen, gerade auch im Wettbewerb mit neuen Akteuren?

Dabei stellen sich nach wie vor entscheidende Fragen für das „Innenverhältnis“ – also zwischen öffentlich-rechtlichem und privatem Rundfunk. Aber gerade auch das „Außenverhältnis“ wirft zunehmend Fragen auf: Gilt es allein den Platz „des Rundfunks“ in der Mediendemokratie neu auszuloten, wie dies die Länder zum Beispiel in § 84 Abs. 3 Satz 1 des Medienstaatsvertrages mit der sog. Rundfunkkachel getan haben? Oder lösen sich die tradierten Grenzen auch regulatorisch inzwischen so weit auf, sodass sich die bisherige „Sonderrolle“ des Rundfunks für den demokratischen Meinungsbildungsprozess nicht länger nur auf diesen beschränkt und deshalb eine echte duale Medienordnung in den Blick genommen werden muss? Und wenn ja, wer gehört dazu? Der Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland, die letzten Revision der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (AVMD-Richtlinie)¹ und auch das erst jüngst verabschiedete Europäische Medienfreiheitsgesetz (EMFA) haben das Spielfeld bereits erheblich erweitert. Video-On-Demand-Anbieter, die Online-Angebote der Presseverlage und vor allem auch Plattformen rücken stärker in den Fokus. Und was bedeutet das alles für die Medien-, Inhalte- und Technikregulierung, die zunehmend verschwimmt, sodass sich ganz neue – für den Gesetzgeber auch kompetenzuelle – Fragen im Zusammenspiel der verschiedenen Normgeber ergeben? Diese Fragen führen zu Überlegungen über mögliche Handlungsspielräume und -verpflichtungen. Welche Möglichkeiten bieten sich für eine konstruktive Zusammenarbeit? Wo könnten auch Kooperationen die Qualität und Vielfalt stärken? Welche Erwartungen darf die Gesellschaft künftig an „die Medien“ im und für den demokratischen Meinungsbildungsprozess haben?

Dieser Beitrag kann nicht auf alle diese Fragen eine zufriedenstellende Antwort geben. Jubiläen und damit auch dieser Beitrag zu Ehren von Professor Georgios Gounalakis bieten jedoch immer eine gute Gelegenheit für einen Blick zurück, um das Entstandene in seinen Ursprüngen und

1 Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) (ABl. L 95 vom 15. 4.2010, S. 1), die durch die Richtlinie (EU) 2018/1808 (ABl. L 303 vom 28.11.2018, S. 69) geändert worden ist.

seiner Entwicklung besser zu begreifen. Im Idealfall lassen sich aus diesem Blick zurück einige grundlegende und abstrahierungsfähige Überlegungen ableiten, die beim Finden der Antworten für die Zukunft hilfreich sind – in ähnlicher Weise, wie auch Georgios Gounalakis stets Vordenker bei neuen technischen Möglichkeiten und Phänomenen ist.

II. Nachkriegszeit sowie Gründung der ARD (1950) und des ZDF (1961)

Nach dem Zweiten Weltkrieg erlebte Deutschland eine tiefgreifende Neuordnung seines Rundfunksystems. Die Alliierten, insbesondere die Amerikaner und Briten, spielten dabei eine entscheidende Rolle, indem sie die Staatsunabhängigkeit des Rundfunks in Form selbständiger öffentlich-rechtlicher Anstalten – gemäß dem Vorbild der BBC – einführten.² Der Rundfunk sollte als Instrument zur Demokratisierung und zur politischen Bildung dienen. Gleichzeitig wurde die Zuständigkeit für die Regulierung des Rundfunks auf die Länder übertragen: Eine föderale und damit dezentrale Rundfunkorganisation war die Folge.

Bereits 1945 entstanden in den westlichen Besatzungszonen die ersten provisorischen Radiosender, die von den Alliierten kontrolliert wurden. Diese Sender sollten der Bevölkerung demokratische Prinzipien und Informationen vermitteln. Die Grundlagen für den Aufbau eines demokratischen und damit eindeutig wertebasierten Rundfunksystems wurden gelegt.

Mit der Gründung der Bundesrepublik Deutschland im Jahr 1949 nahm die Entwicklung des Rundfunks eine neue Wendung. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk etablierte sich als tragende Säule. Die politische und mediale Landschaft Westdeutschlands wurde von der Gründung der Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (ARD) am 9. Juni 1950 geprägt. Die Entwicklung der ARD spiegelt die Entwicklungen im deutschen Rundfunk nach dem Zweiten Weltkrieg wider. Durch die Gründung der ARD sollte eine koordinierte Zusammenarbeit zwischen den Landesrundfunkanstalten gewährleistet werden, um die Qualität und Unabhängigkeit des Rundfunks sicherzustellen. Zudem wurde ab 1952 ein gemeinsames Fernsehprogramm ausgestrahlt. Die weiterhin föderale Struktur der ARD ermöglichte es, die

2 Vgl. T. Gardemann, in: HK-RStV, B 1, Rn. 1.

kulturelle und regionale Vielfalt in der Berichterstattung und Programmgestaltung zu bewahren.

Trotz der Pluralität und bis heute bestehenden weitgehenden Eigenständigkeit der Landesrundfunkanstalten der ARD begannen im Jahr 1959 die Entwicklungen für weitere bundesweite Programme in Deutschland langsam Gestalt anzunehmen, auch da die technischen Möglichkeiten dafür erkennbar wurden. Im September desselben Jahres wurde ein Entwurf für ein Bundesrundfunkgesetz präsentiert, das die Grundlage für die Regulierung des Rundfunks in der Bundesrepublik Deutschland bilden sollte. Parallel dazu wurden auch Weichen für die internationale Rundfunklandschaft gestellt. Das Bundesgesetz über die Gründung der Deutschen Welle sowie des Deutschlandfunks wurde vom Deutschen Bundestag am 26. Oktober 1960 verabschiedet, um Deutschland im Ausland zu repräsentieren und Informationen über das Land zu verbreiten sowie um den Bedarf für ein nationales Hörfunkprogramm in Deutschland zu decken.

Innerhalb dieser Entwicklung kam es immer wieder zu kompetenzrechtlichen Streitigkeiten zwischen Bund und Ländern, wie etwa bei der Gründung der „Deutschlandfernsehen-GmbH“ durch den Bund, die sich im Ergebnis als verfassungswidrig herausstellte.³ Als Reaktion auf dieses Urteil gründeten die Länder das ZDF mit Staatsvertrag vom 6. Juli 1961. Dieser ZDF-Staatsvertrag ebnete damit den Weg für ein zweites bundesweites Fernsehprogramm, das schließlich die Vielfalt und den Wettbewerb im deutschen Rundfunkmarkt förderte.

All diese Maßnahmen und Initiativen zeigten das frühe Bestreben, die Rundfunklandschaft in Deutschland zu diversifizieren und Elemente einer Dualität – wenn auch zunächst allein öffentlich-rechtlich organisiert – zu schaffen.

III. Der Weg zum Privaten Rundfunk

Bis in die siebziger Jahre herrschte in Deutschland ein stetiger Aufbau der öffentlich-rechtlichen Rundfunklandschaft. Allerdings gab es schon seit dem Bestehen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks Kritik an diesem System und Bemühungen, eine zweite Säule zu etablieren: den privaten Rundfunk.⁴ Sowohl der Staat als auch verschiedene Wirtschaftsakteure, darun-

3 BVerfGE 12, 205 ff. – sog. 1. Fernsehurteil.

4 Vgl. *Bomas*, Heft 206, 2005, S. 7.

ter Presseverlage⁵ und Markenartikelhersteller, strebten Zugang zum Rundfunk an. Das Aufkommen des Fernsehens als wirksames Werbemedium weckte das Interesse der Wirtschaft und insbesondere der Zeitungsverleger an einem Zugang zum Rundfunk, um ihre Anzeigengeschäfte zu schützen. Es entstanden erste Initiativen für privaten Rundfunk, wie zum Beispiel das DENA-Projekt der „Deutschen Nachrichten AG“ (DENA) in den 1950er Jahren.⁶ Diese Initiativen sahen vor, private Hörfunk- und später auch Fernsehsender zur Ausstrahlung von Werbesendungen zu etablieren.

Die Bestrebungen für privaten Rundfunk stießen jedoch auf politischen Widerstand von verschiedenen Parteien sowie der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten. Zwischen 1978 und 1982 gab es zahlreiche medienpolitische Auseinandersetzungen über Art und Umfang der Veranstaltung privaten Rundfunks – es herrschte eine breite Skepsis über Inhalt und Qualität privater Rundfunkangebote vor, die in Teilen der Debatte bis heute nicht ganz verschwunden ist. Mit der Aufhebung der Frequenzknappheit, dem weiten Verständnis des Rundfunkbegriffs sowie der Kabelpilotprojekte war jedoch eine Öffnung für private Rundfunkveranstalter die logische und unvermeidliche Konsequenz:

Der „Urknall“ ereignete sich in Ludwigshafen in Rheinland-Pfalz: Die erste private Radiostation, die im Rahmen eines Kabelpilotprojektes sendete, war Radio Weinstraße, das am 1. Januar 1984 seinen Sendebetrieb aufnahm. Der erste Privatfernsehsender in Deutschland war Sat.1, der am 1. Januar 1984 auf Sendung ging – am 2. Januar 1984 folgte RTLplus aus Luxemburg. Radio 4 in Ludwigshafen war am 30. April 1986 der erste landesweite private UKW-Radiosender. Mit dem Rundfunkstaatsvertrag von 1987 wurden dann auch bundesweit die rechtlichen Grundlagen für private Rundfunkveranstalter geschaffen.

In vielen Ländern führten diese Entwicklungen zu einem Boom an neuen privaten Sendergründungen. Diese neuen Sender boten oft alternative Perspektiven und Inhalte im Vergleich zu den öffentlich-rechtlichen Sendern. Dieser Wandel stellt auch den Beginn der Kommerzialisierung des Rundfunks dar. Private Sender begannen, Werbung zu nutzen, um damit Einnahmen zu generieren. Dies führte zu einem Wettbewerb um Zuschauer und Werbekunden.

Heute ist der private Rundfunk fester Bestandteil der Medienlandschaft. Er bietet eine Vielzahl an Programmen und Inhalten für diverse Zielgrup-

5 Vgl. Gardemann, in: HK-RStV, B 1, Rn. 7.

6 Vgl. Bomas, Heft 206, 2005, S. 8.

pen an und spielt eine wichtige Rolle bei der Informationsverbreitung und Unterhaltung.

IV. Rundfunkurteile des Bundesverfassungsgerichts

Neben den wirtschaftlichen Aspekten und den politischen Debatten rund um die Entstehung der dualen Rundfunkordnung darf das Bundesverfassungsgericht als entscheidender Akteur nicht übersehen werden. Über die Jahre wurden Fragen zur dualen Rundfunkordnung nicht nur vor dem Bundesverfassungsgericht in ihrer rechtlichen Dimension geklärt. Vielmehr wurde diese Ordnung immer wieder maßgeblich durch die Urteile des Bundesverfassungsgerichts geformt und mitgestaltet.

Die besondere Bedeutung des Rundfunks als Medium und Faktor für den demokratischen Meinungsbildungsprozess und damit seine spezifische Aufgabe in diesem Prozess betonte das Bundesverfassungsrecht bereits in seiner ersten Rundfunkentscheidung am 28. Februar 1961.⁷ Schon in dieser Entscheidung stellte das Gericht ausdrücklich fest, dass die Veranstaltung privatrechtlich organisierten Rundfunks denkbar und mit der Verfassung vereinbar sei, „wenn sie nach ihrer Organisationsform hinreichende Gewähr bietet, daß in ihr in ähnlicher Weise wie in der öffentlich-rechtlichen Anstalt alle gesellschaftlich relevanten Kräfte zu Wort kommen, und die Freiheit der Berichterstattung unangetastet bleibt.“⁸ Diese Anforderungen sollten in den späteren Entscheidungen weiter ausgeformt werden.

Das sog. „FRAG-Urteil“ des Bundesverfassungsgerichts vom 16. Juni 1981⁹ –also noch vor dem Ludwigshafener Urknall – markiert als drittes der sog. Rundfunkurteile einen weiteren wichtigen Meilenstein in der Geschichte der deutschen Rundfunklandschaft. Hierbei ging es um die Ablehnung der beantragten Konzession der „Freien Rundfunk Aktiengesellschaft“ (FRAG) als privater Rundfunkveranstalter durch die saarländische Landesregierung. Die Ablehnung erfolgte zum Schutz des Saarländischen Rundfunks, weil dieser bei Zulassung privater Rundfunkveranstalter durch zu erwartende Verluste an Werbeeinnahmen in ernste Existenzschwierigkeiten geraten würde.

7 Vgl. BVerfGE 12, 205 (260).

8 BVerfGE 12, 205 (262).

9 Vgl. BVerfGE 57, 295.

Das Bundesverfassungsgericht entwickelte hier die zentrale dogmatische Figur der Rundfunkfreiheit als „dienender Freiheit“. Sie diene der Aufgabe, freie und umfassende Meinungsbildung durch den Rundfunk zu gewährleisten.¹⁰ In der Folge und in weiterer Ausgestaltung der im ersten Rundfunkurteil erarbeiteten Grundvoraussetzungen für privaten Rundfunk (siehe oben) erhielten auch die Modelle des Binnen- und Außenpluralismus erhebliche Bedeutung: Binnenpluralismus bedeutet, dass sich die Vielfalt der Meinungen insbesondere in der Zusammensetzung der Kontrollorgane innerhalb eines Rundfunkveranstalters widerspiegeln soll; beim außenpluralistischen Modell hingegen wird die Meinungsvielfalt durch die Vielfalt an Rundfunkveranstaltern erreicht.

Diese Grundannahmen hatten und haben massive Auswirkungen auf die Gestaltungsspielräume des Rundfunkgesetzgebers: Er hat zwar Spielräume dabei, wie Vielfalt erreicht wird – über einen binnenpluralen oder außenpluralen Ansatz oder eine Mischung. „Vielfalt“ bleibt aber in jedem Fall das unverrückbare Ausgestaltungsziel. Aufgrund der damals noch herrschenden Frequenzknappheit bedeutete dieser Befund erhebliche Hindernisse für ein außenpluralistisches Modell.¹¹

Im sog. „Niedersachsen-Urteil“ vom 4. November 1986 wurden weitere grundlegende Leitplanken für die duale Rundfunkordnung formuliert und endgültig der Weg für privaten Rundfunk in Deutschland geebnet: Das Bundesverfassungsgericht hatte auf Antrag des Bundestages die Verfassungsmäßigkeit des Niedersächsischen Rundfunkgesetzes zu prüfen, in dem gesetzliche Grundlagen für Privatrundfunk festgelegt wurden. Bemängelt wurde hier von den Antragstellern, dass die gebotene Vielfalt im privaten Rundfunk nicht festgeschrieben werde. Das Bundesverfassungsgericht stellte hier klar, dass inhaltliche Defizite im privaten Rundfunk hinnehmbar seien, soweit der öffentlich-rechtliche Rundfunk die „Grundversorgung“ gewährleiste. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk sei nicht in gleicher Weise wie private Veranstalter auf hohe Einschaltquoten angewiesen, mithin zu einem inhaltlich umfassenden Programmangebot in der Lage, mithin zur Grundversorgung verpflichtet. Insofern sei es dann auch hinnehmbar, dass an den privaten Rundfunk geringere Anforderungen hinsichtlich der Breite des Angebotes und der Vielfaltssicherung gestellt werden, solange der Grundversorgungsauftrag gewährleistet ist.¹²

10 Vgl. BVerfGE 57, 295 (320).

11 Vgl. BVerfGE 57, 295 (325).

12 Vgl. BVerfGE, 73, 118 (157f.).

Nach der dogmatischen Grundlagenarbeit im ersten Rundfunkurteil und im „FRAG-Urteil“ lässt sich das „Niedersachsen-Urteil“ gewissermaßen als Anerkennung der Realitäten verstehen: Es schafft in der Folge eine innere Verbindung der beiden Säulen des dualen Systems und macht diese gewissermaßen zu kommunizierenden Röhren, die in ihren Rollen in einer Beziehung zueinander stehen. Dadurch, dass sich diese Wechselbeziehung damals sicher vornehmlich daraus speiste, die mit dem Privatrundfunk verbundenen (vermeintlichen) Risiken für Qualität und Vielfalt zu minimieren, geht indes eine andere, positive Dimension der Wechselwirkung zwischen privatem und öffentlich-rechtlichen Rundfunk etwas unter: Die Innovationskraft des Wettbewerbs und damit potentiell auch ein Gewinn an Vielfalt.

V. Digitalisierung

Die digitale Revolution im Rundfunk begann in den späten 1990er und frühen 2000er Jahren mit dem Übergang von analogen zu digitalen Übertragungstechnologien. Die Einführung digitaler Rundfunkstandards wie DAB (Digital Audio Broadcasting) und DVB (Digital Video Broadcasting) ermöglichte eine verbesserte Signalqualität und Effizienz in der Übertragung von Rundfunksignalen. Diese Technologien erlaubten es den Rundfunkanstalten, eine breitere Palette von Kanälen und Diensten anzubieten. Ein weiterer bedeutender Meilenstein in der Entwicklung war die Einführung von Online-Mediatheken und Streaming-Diensten. Die erste Mediathek wurde 2001 von der ARD eingeführt – deutlich bevor mit Netflix und YouTube die heutigen Platzhirsche im Streamingmarkt starteten. Streaming in Form der Mediatheken ermöglichte den Zuschauern, verpasste Sendungen online anzusehen oder Radioprogramme nachträglich anzuhören. Dies markierte den Beginn einer neuen Ära des On-Demand-Zugangs zu Rundfunkinhalten.

Mit dem Aufkommen des Internets und der Verbreitung von Breitbandverbindungen gewannen Streaming-Plattformen, sowie die Möglichkeit, Angebote über Apps zu verbreiten, an Popularität. Auch die öffentlich-rechtlichen sowie die privaten Rundfunkveranstalter begannen, ihre Inhalte über diese Plattformen sowie eigene Apps anzubieten, was den Zugang zu Rundfunkinhalten weiter diversifizierte und die traditionelle lineare Rundfunknutzung ergänzte.

Die Digitalisierung lässt die tradierten Grenzen medialer Darstellungsformen, wie Bild, Ton und Text verschwimmen. Ähnliches gilt – spätestens seit dem Siegeszug der sozialen Netzwerke – für die altbekannten Rollen von Sender und Empfänger und auch das Verhältnis von Inhalteersteller und Inhaltevertreiber.

Diese neuen Nutzungs- und Verbreitungsmöglichkeiten stellen das Binnenverhältnis von öffentlich-rechtlichem zu privatem Rundfunk erneut vor Herausforderungen. Immer wieder fordern die privaten Rundfunk- und hier insbesondere die Radioveranstalter ein Werbeverbot oder zumindest eine Werbebeschränkung im öffentlich-rechtlichen Hörfunkprogramm. Und neue Konfliktherde kommen hinzu: Die Verleger sehen in den neuen Distributionswegen der öffentlich-rechtlichen Inhalte über Plattformen und Apps eine Wettbewerbsverzerrung, insbesondere, wenn – aus ihrer Sicht – die Textanteile in den öffentlich-rechtlichen Angeboten zu hoch sind.

Auch die Gesetzgeber tun sich auf allen Ebenen schwer damit, diese Entwicklung in zeitgemäßer Regulierung abzubilden:

Auf europäischer Ebene versucht der Gesetzgeber mit Begriffsschöpfungen, wie „Video-Sharing-Plattform-Diensten“¹³ und „Online-Plattformen“ und „-Suchmaschinen“¹⁴ den Veränderungen Herr zu werden. Seit dem 17. Februar 2024 gilt in Gänze das Gesetz über digitale Dienste, eine EU-Verordnung, bei der erstmalig die Kommission gemeinsam mit den nationalen Behörden die europäischen Regelungen gegenüber digitalen Diensten durchsetzen will. Was zunächst sinnvoll und effizient klingt, muss sich in der Praxis erst noch beweisen: Die ersten Schreiben des Kommissars Breton gegenüber großen Plattformen, wie etwa „X“ wirkten demgegenüber eher wie PR-Maßnahmen.

Die Medienregulierung in Deutschland hält mit dem Streit um das sog. Verbot der Presseähnlichkeit ein besonders anschauliches Beispiel für die regulatorischen Herausforderungen bereit: Zum Schutz der Presseverlage, wurde der heutige § 30 des Medienstaatsvertrages (damals § 11d des Rundfunkstaatsvertrages) hinsichtlich der Frage ergänzt, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang sendungs- und nicht-sendungsbezoge-

13 Vgl. Artikel 1 Abs. 1 lit. a) Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) (ABl. L 95 vom 15. 4.2010, S. 1).

14 Vgl. Artikel 3 lit. i) und j) der Verordnung (EU) 2002/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste).

ne Inhalte der Rundfunkanstalten in Textform angeboten werden dürfen. Die gerichtliche Auseinandersetzung folgte auf dem Fuße: Zeitungsverlage reichten Klage vor der Wettbewerbskammer des Landgerichts Köln ein. Ihr Hauptvorwurf lautete, dass die „Tagesschau“-App zu textlastig sei und dadurch den Wettbewerb verzerre, was den Vorgaben des § 30 Abs. 7 des Medienstaatsvertrages widerspräche. Im Ergebnis entschied das OLG Köln im September 2016, dass die „Tagesschau“-App rechtswidrig sei.¹⁵ Diese Entscheidung wurde im folgenden Jahr vom Bundesgerichtshof bestätigt, der keine weitere Revision zuließ.¹⁶ Der NDR kündigte daraufhin im Januar 2018 eine Verfassungsbeschwerde an, die jedoch abgelehnt wurde.¹⁷ Andere Verfahren – wie etwa jüngst verschiedener Zeitungsverleger gegen die App „Newszone“ des SWR hatten die gleiche Zielrichtung.¹⁸ Weder diese Gerichtsverfahren, noch das im Jahr 2019 eingeführte Schlichtungsverfahren waren indes in der Lage das Verhältnis der Beteiligten zu klären.

VI. Veränderte Medienlandschaft – veränderter Regulierungsbedarf?

Nach dieser historischen Betrachtung des dualen Rundfunksystems und seiner Herausforderungen stellt sich zum 40. Geburtstag des dualen Rundfunksystems die Frage: Wie geht es weiter? Und ist es nicht zu kurz gegriffen, noch vom „Rundfunksystem“ zu sprechen, wo die Linearität eine immer kleinere Rolle im Medienkonsum spielt? Handelt es sich nicht vielmehr um ein Mediensystem, das eine starke öffentlich-rechtliche Säule hat, in der aber gerade die großen internationalen Tech-Plattformen eine mächtige Meinungsmacht haben und viel stärker in Konkurrenz zu den öffentlich-rechtlichen aber auch privaten deutschen Qualitätsmedien in Rundfunk und Presse stehen?

Durchaus mit guten Argumenten stellt sich zudem die Frage, ob auch der Gesetzgeber die verschwimmenden Realitäten einer digitalen Mediendemokratie anerkennen muss und sein regulatorisches Denken in „Mediengattungen“ aufgeben sollte. Aber wenn er dies täte: Was wäre dann sein Koordinatensystem? Wem oblägen welche Pflichten und mit welchen Zielen?

15 Vgl. OLG Köln, Urteil vom 30.9.2016 – 6 U 188/12 (LG Köln).

16 Vgl. BGH 14.12.2017 - I ZR 216/16.

17 Vgl. BVerfG 23-02-2022 - 1 BvR 717/18 -, Rn. 1-1.

18 Vgl. LG Stuttgart, Urteil vom 21.10.2022 – 53 O 177/22, nachfolgend OLG Stuttgart, Urteil vom 28.06.2023 – 4 U 31/23.

Die Umwälzungen, die das Aufkommen des privaten Rundfunks im vergangenen Jahrhundert hervorgebracht hat, als vergleichbar disruptiv zu bezeichnen, wie die durch die Digitalisierung erzeugten Veränderungen wäre sicher falsch. Gleichwohl zeigt beispielsweise die Beschäftigung mit den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur dualen Rundfunkordnung, dass auch hier das Finden einer Balance und das Zuteilen der Rollen ein tastender Prozess war. In der Rückbetrachtung hat sich jedoch das Herausarbeiten von Grundprinzipien und unveränderlicher Zielsetzungen als außerordentlich hilfreich erwiesen, um den einzelnen Entwicklungsschritten – jedenfalls aus heutiger Perspektive – geradezu einen roten Faden zu verleihen. Erst dieses Besinnen auf für die Demokratie notwendige Grundanforderungen an ein Mediensystem hat es erlaubt, nicht lediglich nach Lösungen für viele Einzelprobleme zu suchen, sondern die grundlegenden Zusammenhänge nachhaltig zu adressieren. So kann es auch keine Überraschung sein, wenn das Bundesverfassungsgericht – bezogen auf die Rolle öffentlich-rechtlicher Medien – in seiner Entscheidung zum Rundfunkbeitrag vom 18. Juli 2018¹⁹ auch online eine besondere Rolle und sogar Notwendigkeit für beitragsfinanzierte Angebote sieht. Ein solches Ergebnis ist in der klaren „Wenn/Dann“-Logik des Gerichts nur folgerichtig.

Hieraus aber den Schluss zu ziehen, die aktuellen, mediendemokratischen Herausforderungen könnten nur durch einen „starken“ öffentlich-rechtlichen Rundfunk beantwortet werden, der überall präsent ist, wäre zu kurz gegriffen:

Elementar für das deutsche Mediensystem ist seine demokratische und damit eindeutig wertebasierte Verankerung, die über eine reine wirtschaftliche Betätigung der einzelnen Akteure hinausgeht. Dieser Befund gilt – trotz der rechtlich abgesenkten Anforderungen – gerade auch für die private Säule der dualen Ordnung. Gerade dieses besondere (Selbst-)Verständnis droht verloren zu gehen, wenn Medien- und Vielfaltsregulierung zunehmend lediglich als Hindernis für freie Märkte wahrgenommen werden.

Und vielleicht wäre es deshalb auch an der Zeit, das Konzept der kommunizierenden Röhren, also die oben dargestellte, im „Niedersachsen-Urteil“ erdachte innere Verbindung der beiden Säulen des dualen Systems neu zu denken und auch die private Säule partnerschaftlich stärker für den Dienst an der Demokratie einzubinden. Wenn eine Gesellschaft bis an den Rand der Atomisierung zu zerfasern droht, ist es möglicherweise zu wenig, es einem einzelnen Akteur zu überlassen, die Gesellschaft auf ein

19 BVerfGE 149, 222 – 293.

gemeinsames (Werte-)Fundament zusammenzuführen. Vielleicht ist es an der Zeit, über eine gemeinsame Verantwortung öffentlich-rechtlicher und privater Medien nachzudenken, den gesellschaftlichen Diskurs zu moderieren. Dies wäre ein Beitrag, den die Medienregulierung zu den aktuellen Herausforderungen für den Erhalt der Demokratie leisten könnte und der auch in der Zukunft neben einer starken öffentlich-rechtlichen Säule ein ebenso starkes privates Gegenstück braucht.

Der dynamische Rundfunkbegriff im digitalen Zeitalter. Für eine mutige Entwicklung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks – ein Zwischenruf

Simone Schelberg

Seit 1945 der neue Nordwestdeutsche Rundfunk für die britische Besatzungszone ausgebaut wurde oder die Amerikaner 1948 mit dem Bayerischen Rundfunk und dem Hessischen Rundfunk einen wichtigen Schritt hin zu einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkorganisation machten hat sich der Rundfunkbegriff entscheidend verändert:

Zunächst also war „Rundfunk“ nur das Radio per Mittelwelle mit einem Programm je Anstalt. In der Folge gab es die Entwicklung zum Ausbau der Ultrakurzwelle und dann zum UKW-Empfang, der zum Standard wurde und die Empfangsmöglichkeiten für die Anstalten deutlich steigerte, bevor 1953 der Fernsehvertrag zur Gründung des „Deutschen Fernsehens“ vom NWDR unterschrieben wurde. Das tägliche Schwarz-Weiß-Programm wurde unter den Anstalten aufgeteilt, ein Grundsatz, der sich bis heute innerhalb der ARD hält. 1954 startete dann das Deutsche Fernsehen flächendeckend in ganz Deutschland. 1961 folgte der Staatsvertrag über das „Zweite Deutsche Fernsehen“, das zunächst als ein zweites ARD-Programm auf Sendung ging. Parallel entstanden die Dritten Programme mit der bis heute für diese charakteristischen Landesidentität, bzw. Regionalität. Das Fernsehen deckte die Abende ab, während sich das Hörfunkmedium Anfang der Siebziger ebenfalls neu erfand und durch zahlreiche verfügbare UKW-Ketten regionalisieren konnte. Die Zielgruppe hier war nun verstärkt auch die jüngere Klientel, die das Radio als Begleitmedium - im Gegensatz eben zum Fernsehen - überwiegend tagsüber nutzt. 1987 entstand als Folge der seit dem Ludwigshafener Kabelpilotprojekt 1984 erfolgten Markttöffnung für private Veranstalter mit der Unterzeichnung des „Staatsvertrags zur Neuordnung des Rundfunkwesens“ die duale Rundfunkordnung. Die nächste gravierende Umwälzung ist dann durch das Heranwachsen des Internets auf Basis immer stärkerer Mobilfunknetze und der Glasfasertechnik gekennzeichnet, das bis in die Gegenwart reicht: Das orts- und zeitunabhängige Abrufen von Bild und Ton, das Angebot von Streamingdiensten und Mediatheken, Onlinediensten und Social-Media-Kanälen entwickelte

sich zu den neuesten technischen Errungenschaften für öffentlich-rechtliche und private Rundfunkanbieter.

Diese Rundfunkgeschichte¹ zeigt die dynamische Entwicklung und Ausprägung eines Rundfunkbegriffs, der sich immer wieder an die technischen Möglichkeiten und gesellschaftliche Nutzungsgewohnheiten angepasst hat. Bis heute entwickeln sich die Medien rasant und umfangreich; das digitale Zeitalter nimmt seinen Lauf - die Folgen für die gesamte Medienlandschaft sind buchstäblich vielfältig. In diesem Kontext wachsen die Diskussionen rund um den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, dessen Notwendigkeit und Umfang weiter an. Seine gesellschaftliche Rolle wird zunehmend hinterfragt².

Die dazu kursierenden Argumente in gesamtgesellschaftlichen Auseinandersetzungen und Rechtspolitik, die sich gegen Bestand und Entwicklung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks richten, setzen bei seiner Beauftragung an: Diese sei ausreichend, wenn er Information, Kultur und Bildung anbiete; das sei der klassische Grundversorgungsauftrag – gleichermaßen der Kernauftrag – und das allein rechtfertige der Anspruch auf Gebühren.³ Unterhaltung entspreche dem nicht.⁴ Die privaten Rundfunkanbieter müssten sich schließlich aus Werbung finanzieren und deshalb auf massenattraktive Unterhaltungsprogramme setzen.⁵ Umgekehrt seien Sport und Unterhaltung im öffentlich-rechtlichen Rundfunk zunächst nicht von der Gebührenfinanzierung gedeckt.⁶ Angeführt wird zusätzlich, die zur Information hinführende Funktion von Unterhaltung unterliege einem Bedeu-

1 K. Dussel, *Deutsche Rundfunkgeschichte*, Köln 2022.

2 Vgl. dazu grundsätzlich: H. Roetermund, *Nach dem Rundfunk. Die Transformation eines Massenmediums zum Online-Medium*, Köln 2021.

3 R. Robra, *Beim öffentlich-rechtlichen Rundfunk ist der Wurm drin*, faz.net, 22.8.2022, faz.net/aktuell/politik/die-gegenwart/rbb-skandal-um-patricia-schlesinger-wirft-licht-auf-reform-bedarf-18259025.html; J. Otto, *Die alten Monopolisten stecken in der Krise*, FAS, 5.2.1999, Nr.5, S.4; R. Haseloff im BILD-Interview, 20.8.2023, H.-J. Vehlewald, E. Sedlmayr, *Sachsen-Anhalt-Chef lästert über ARD*, <https://www.bild.de/politik/inland/politik-inland/haseloff-über-die-ard-wenn-ich-die-tagesschau-sehe-denke-ich-85109358.bild.html>.

4 R. Haseloff ebenda; R. Haseloff im ZEIT-Interview, 10.5.2023, A. Hahnig, M. Machowecz, *Schon wieder Krimi*, <https://www.zeit.de/2023/20/ard-reiner-haseloff-krimis-rundfunkbeitrag/komplettansicht>.

5 J. Otto, *Die alten Monopolisten stecken in der Krise*, FAS, 05.02.1999, Nr.5, S.4.

6 R. Haseloff im BILD-Interview, 20.8.2023, H.-J. Vehlewald, E. Sedlmayr, *Sachsen-Anhalt-Chef lästert über ARD*, <https://www.bild.de/politik/inland/politik-inland/haseloff-über-die-ard-wenn-ich-die-tagesschau-sehe-denke-ich-85109358.bild.html>; Joachim Otto ebenda.

tungsverlust.⁷ Dieser würde letztlich dazu führen, die Unterhaltung aus dem Kernbereich des öffentlich-rechtlichen Auftragsportfolio auszunehmen. Nach dieser Argumentation würde dies insbesondere im Zuge der Digitalisierung und der anschwellenden Masse an Medienangeboten gelten: Je größer nämlich, so die Konsequenz, das Angebot an Inhalten wird, umso weniger besteht demnach die Notwendigkeit eines vom öffentlich-rechtlichen Rundfunk vorgehaltenen umfassenden Programmangebots. Durch das Internet wäre nach dieser Lesart die Vielfalt ausreichend gewährleistet, massenattraktive Inhalte wie Unterhaltung wären durch die mediale Flut an Angeboten ausreichend gesichert und sollen nicht auch noch von den allgemeinfinanzierten öffentlich-rechtlichen Anstalten vorgehalten werden, die Fokussierung auf einen „Kernbereich Information“ wäre anzustreben. In Kauf genommen würde demnach, den öffentlich-rechtlichen Anbietern die Unterhaltung abzuschneiden und sie damit in eine Nische zu führen⁸. Wenn sich also ARD und ZDF darauf berufen, die Erreichbarkeit der Menschen in Deutschland nicht den Algorithmen mehrheitlich amerikanischer und chinesischer Unternehmen zu überlassen, und ein gemeinsames Streaming-Netzwerk gründen, das auf Basis eines umfassenden Angebots funktioniert und Information wie Unterhaltung zur Erreichbarkeit vor allem auch der Jüngeren einsetzt⁹, dann wird die Frage bedeutsam, wie breit der Rundfunkbegriff in dieser aktuellen Entwicklung tatsächlich auszulegen ist, um der Dynamik in der Medienwelt gerecht zu werden.

Eine Antwort ist im Lichte der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der demokratischen Grundwerte unserer Verfassung zu suchen: Stichwort und Fundament für den Schutz eines umfassenden Medienangebots des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist die Rundfunkfreiheit als dienende Freiheit, bzw. die dienende Funktion der Rundfunkfreiheit für die Demokratie!¹⁰ Abgestellt wird hier auf die umfassend informierten Bürgerinnen und Bürger, was eben den politischen Rufen nach einem auf Informationsangebote festgelegten (nur) Restversorger ent-

7 R. Robra, Beim öffentlich-rechtlichen Rundfunk ist der Wurm drin, faz.net, 22.08.2022, faz.net/aktuell/politik/die-gegenwart/rbb-skandal-um-patricia-schlesinger-wirft-licht-auf-reform-bedarf-18259025.html.

8 C. Strobl im ZEIT-Interview, 10.5.2023, A. Hahnig, M. Machowecz, Schon wieder Krimi, <https://www.zeit.de/2023/20/ard-reiner-haseloff-krimis-rundfunkbeitrag/komplettansicht>.

9 K. Gniffke und B. Schausten in: CDU, Mehr Tempo und Mut bei der ÖRR Reform: <https://www.cdu.de/artikel/mehr-tempo-und-mut-bei-der-oerr-reform>.

10 BVerfGE 57, 295 (319); 83, 238 (295), 87, 181 (197); 158, 389 (416ff).

gegensteht. Natürlich ist es richtig, dass zunächst die Menge an Inhalten sich durch die multimediale Verbreitung insgesamt verzig-facht, damit einher geht jedoch gerade nicht eine selbstverständliche Vielfaltssicherung an Inhalten, vielmehr eine Konfusion, ein Mangel an Eindeutigkeit der Inhalte: Genannt seien hier Phänomene wie Echokammern und Filterblasen, damit verbundene Entfremdungstendenzen, Hass- und Hetze-Kommentare, die festzustellende Fragmentierung der Gesellschaft, das Verfälschen von Mehrheitsmeinungen durch Algorithmen und social bots... Phänomene, die die Zuverlässigkeit allein einer größer werdenden Masse an Inhalten mindestens relativieren und umso mehr nach Bestand und vor allem Entwicklung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks rufen, um das Medienangebot - im Digitalen - umfassend zu gewährleisten ¹¹.

In der aktuellen Gebührendiskussion und der damit verbundenen gesamten Debatte darum, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk neu, bzw. umzustrukturieren, die Reichweite des Rundfunkbegriffs zu aktualisieren, Einsparungen zu erwägen und umzusetzen und seine Funktion und seinen Auftrag zu überprüfen, muss immer klar sein, dass der Gesetzgeber die Pflicht hat, die demokratische Aufgabenerfüllung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gerade in der digitalen Gegenwart und Zukunft zu sichern: „Um der Bestands- und Entwicklungsgarantie für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk im Rahmen eines solchen (dualen) Systems gerecht zu werden und die Erfüllung seines Funktionsauftrags zu ermöglichen, muss der Gesetzgeber vorsorgen, dass die hierfür erforderlichen technischen, organisatorischen, personellen und finanziellen Vorbedingungen bestehen. Da das Programmangebot auch für neue Inhalte, Formate und Genres sowie für neue Verbreitungsformen offen bleiben muss, der Auftrag also dynamisch an die Funktion des Rundfunks gebunden ist, darf der öffentlich-rechtliche Rundfunk nicht auf den gegenwärtigen Entwicklungsstand in programmlicher, finanzieller und technischer Hinsicht beschränkt werden.“¹²

Mit dieser vorerst letzten, anlässlich der vom Landtag Sachsen-Anhalts verweigerten Abstimmung zur Rundfunkbeitragserhöhung, 2021 ergangenen Entscheidung zur Beitragsfestsetzung positioniert sich das höchste deutsche Gericht ein weiteres Mal und eindeutig gegen oben bereits angedeutete Bestrebungen hin zu einem Marktmodell. Dieses Modell geht davon aus, dass der Markt, also private Rundfunk- bzw. Telemedienan-

11 BVerfGE 158, 389 (417).

12 BVerfGE 158, 389 (420); dazu auch schon BVerfGE 136, 9 (30).

bieter dem Auftrag im oben beschriebenen Sinne genauso nachkommen (können) wie der öffentlich-rechtliche Rundfunk. Dann würde die ökonomische Freiheit der privaten Anbieter höher zu bewerten sein als der bisherige Funktionsauftrag der Öffentlich-Rechtlichen, die dann nur noch dann zum Zuge kämen, wenn der Markt versagen würde.¹³ Sie wären dann im Wesentlichen nur noch für Informations-, Bildungs- und teilweise Kulturangebote zuständig. Unterhaltung und Sport kommen in solchen Konzepten dann nicht oder nur noch rudimentär vor. Zuletzt hat z.B. die CDU Anfang 2024 ein Papier verabschiedet, das sich grundsätzlich von diesem Ansatz leiten lässt.¹⁴ Das Marktmodell erkennt aber fundamental das Regel-Ausnahmeverhältnis. Nur wenn der öffentlich-rechtliche Rundfunk seinem Grundversorgungsauftrag nachkommen kann und – das ist mit Blick auf die Akzeptanz besonders wichtig – im publizistischen Wettbewerb mit den privaten Anbietern bestehen kann, ist das duale System verfassungskonform¹⁵. Warum? Weil die privatwirtschaftlich finanzierten Angebote sehr stark ökonomischen Anreizen folgen, wie in der Praxis in Deutschland auch ohne weiteres zu beobachten ist. Deshalb hat das Bundesverfassungsgericht den privaten Anbietern auch weniger strenge Anforderungen zur Vielfaltssicherung zugebilligt. Voraussetzung dafür ist aber ein starker, reichweitenwirksamer öffentlich-rechtlicher Rundfunk als Gegengewicht zu den privaten Anbietern, der infolge einer anderen Entscheidungsrationaltät die Grundversorgung in der demokratischen Gesellschaft in seinen Angeboten abbilden kann.¹⁶ Und dazu zählt das Gericht wie seit langem auch in dieser Entscheidung ausdrücklich ebenfalls die Unterhaltung.¹⁷ Schon im Lebach-Urteil hat es formuliert: „Information und Meinung können ebensowohl durch ein Fernsehspiel oder eine Musiksendung vermittelt werden wie durch Nachrichten oder politische Kommentare.“¹⁸ Das kann man bereits beim vielzitierten Beispiel der sonntäglichen Tatorte in der ARD stu-

13 Vgl. zum Ganzen *M. Eifert* in: Kommentar zum RStV, 4. Auflage, München 2018, Rn. 26f zu § 11 RStV alt.

14 Beschluss des Bundesvorstandes der CDU: Den öffentlich-rechtlichen Rundfunk effizient, zukunftsfest und transparent gestalten, Heidelberg vom 12./13.01.2024, https://table.media/wp-content/uploads/2024/01/10192554/Beschlussvorlage-Heidelberger-Erklärung-12._13.01.2024.pdf.

15 BVerfGE 158, 389 (420); BVerfGE 119, 181 (218) m.w.N.

16 Dazu grundsätzlich S. Sanftenberg, „Klasse statt Masse!“ Stärkung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten als Mittel zur nationalen Vielfaltssicherung im Rahmen grenzüberschreitender Programmangebote in Europa, Frankfurt a.M. 1998.

17 BVerfGE 158, 389 (420).

18 BVerfGE 35, 202 (222).

dieren. Besonders in der massenattraktiven Unterhaltung sind in der Praxis zum Teil beträchtliche Niveauunterschiede zwischen öffentlich-rechtlichem und privatem Angebot ohne Weiteres zu beobachten. Das Bundesverfassungsgericht stellt dann in seiner 2021er Entscheidung zu Recht fest, dass sich das Problem durch die Angebote von professionellen und sonstigen Angeboten im Internet nicht etwa verringert, sondern verschärft hat. Die Angebotsstrategie internationaler Konzerne wurde oben schon angedeutet und wird vom Gericht ebenfalls zur Kenntnis genommen. Die Netz- und Plattformökonomie des Netzes, einschließlich der sozialen Netzwerke befördern Konzentrations- und Monopolisierungstendenzen. Darüber hinaus werden einseitige Interessen, bestimmte politisch indoktrinierende Inhalte in der Verbreitung befördert. Das führt zunehmend zu Schwierigkeiten, zwischen Fakten und Meinung, Inhalt und Werbung unterscheiden zu können.¹⁹ Entgegen der Verfechter des Marktmodells sinkt also die Bedeutung der Öffentlich-Rechtlichen im Netz nicht, sondern sie steigt. Durch sorgfältig produzierte, authentische Inhalte, die die Wirklichkeit nicht verzerrt darstellen und das Sensationelle nicht in den Vordergrund rücken, haben sie ein vielfaltsicherndes und Orientierungshilfe gebendes Gegengewicht zu bilden.²⁰

Dazu passen die „dynamischen“ Umwidmungen der Gelder, die die öffentlich-rechtlichen Anstalten in die digitalen Angebote stecken und Technik, Personal und natürlich Programm für zusätzliche Verbreitungswege seit einiger Zeit und nun verstärkt bereitstellen. Damit kommen sie ihrem dynamischen Auftrag nach und entwickeln sich folgerichtig schrittweise weg vom rein linearen Radio- und Fernsehveranstalter eben in die digitale Welt. Dieser Schritt entspricht somit in der Praxis dem in der Verfassungsrechtsprechung vorgezeichneten Bild, das sich in der Entwicklungsgarantie für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk konkretisiert.

Der Gesetzgeber muss nun seinerseits darauf achten und gewährleisten, dass öffentlicher und politischer Druck nicht dazu führen, Maßnahmen zu erwägen, die aus der Diskussion entspringen, den inhaltlichen Bestand im Sinne des Marktmodells quasi von hinten abschneiden und ein reines Informationsangebot als übrig gebliebener öffentlich-rechtlicher Auftrag

19 BVerfGE 158, 289 (419).

20 BVerfGE 158, 289 (420); BVerfGE 149, 222 (262).

in der digitalen Angebotsflut installieren zu wollen.²¹ Eine solche Nischenversorgung allein mit Nachrichten und Bildungsangeboten steht der verfassungsgerichtlichen Herleitung entgegen, wonach der öffentlich-rechtliche Rundfunk mit seinen Inhalten in der vorgegebenen Breite - also neben Information auch Unterhaltung und Kultur²² - bestehen und seinen Vollversorgungsauftrag²³ erfüllen können muss und dazu eben folgerichtig auch neue inhaltliche Formen entstehen können, die in der digitalen Welt funktionieren und Erfolg haben und in Ansprache und Machart innovative, auch unterhaltende Angebote wachsen lassen.

Hier steht die Programmautonomie der Rundfunkanstalten der Notwendigkeit der gesetzlichen Beschreibung des Rundfunkauftrags gegenüber: Der Gesetzgeber muss auf der einen Seite der Entwicklungsgarantie nachkommen und den Auftrag entsprechend dynamisch für solche modernen digitalen Angebotsformen formulieren - das Festschreiben des Programmangebots auf bestimmte Inhalte oder Verbreitungsformen würde den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht entsprechen. Der Gesetzgeber kann die Funktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks also nur in abstrakter Weise festlegen und damit auch den Finanzbedarf umgrenzen.²⁴ Der Genauigkeit dieser gesetzgeberischen Vorgaben sind allerdings durch die Programmfreiheit der Rundfunkanstalten Grenzen gesetzt. In der Art und Weise, wie die Rundfunkanstalten ihren gesetzlichen Funktionsauftrag erfüllen, sind sie frei. Die Bestimmung dessen, was die verfassungsrechtlich vorgegebene und gesetzlich näher umschriebene Funktion aus publizistischer Sicht erfordert, steht ihnen auf Grund der Gewährleistung des Art. 5, Abs.1, S.2 GG zu.²⁵

Die staatlichen Vorgaben dürfen, unabhängig davon, ob dies überhaupt praktisch möglich wäre, bereits von Grundrechts wegen nicht so detailgenau sein, dass sich daraus die Rundfunkgebühr dem Betrag nach ableiten ließe. Weder kann genau bestimmt werden, welches Programm und welchen Programmumfang die Erfüllung der Funktion des öffentlich-rechtli-

21 Dazu C. Strobl und R. Haseloff im ZEIT-Interview, 10.5.2023, A. Hahnig, M. Machowecz, Schon wieder Krimi, <https://www.zeit.de/2023/20/ard-reiner-haseloff-krimis-rundfunkbeitrag/komplettansicht>.

22 BVerfGE 158, 389 (420).

23 BVerfGE 136, 9 (30).

24 Vgl. BVerfGE 90, 60 (95); dazu G. Gounalakis/C. Wege, Öffentlich-rechtlicher Rundfunk hat seinen Preis – Das Karlsruher Gebührenurteil vom 11.9.2007, NJW 2008, 805.

25 BVerfGE 90, 60 (91).

chen Rundfunks erfordert, noch ist exakt im Voraus festzustellen, welcher Mittel es zur Finanzierung der erforderlichen Programme bedarf. Exakte Maßstäbe für die Berechnung der erforderlichen Mittel würden überdies eine Festlegung der Art und Weise der Funktionserfüllung voraussetzen, die nicht mehr Gebrauch einer Freiheit, sondern Vollzug eines vorgegebenen Programms wäre.²⁶

Diese grundlegenden Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts sind nicht nur wegen der von ihm hervorgehobenen Programmautonomie folgerichtig, sondern auch wegen der sonst unausweichlichen, an individuellen Geschmacksbefindlichkeiten im politischen und gesellschaftlichen Raum orientierten Auftrags- und Funktionsdebatte, die potentieller Manipulation Tür und Tor öffnen würde. Das ist sicherlich auch der Rundfunkkommission der Länder bewusst, die sich derzeit über weitere Konkretisierungen des Auftrags im Medienstaatsvertrag beugt. Sie tut sich aus den vorgenannten Gründen bereits seit vielen Jahren schwer, zu Konkretisierungen zu kommen. So beschlossen die Länder 2022 für den § 26 Abs.1 MStV beispielsweise nicht, wie zum Teil schon damals gefordert wurde, Unterhaltung aus dem Auftrag herauszunehmen, sondern sie haben, wie es in Satz 7 heißt, den Unterhaltungsauftrag insoweit konkretisiert, als er einem öffentlich-rechtlichen Angebotsprofil zu entsprechen habe. Das wiederum ist im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine „Binse“, kann also nicht mehr als eine ohnehin vorausgesetzte qualitative Abgrenzung von Angeboten privater Anbieter sein. Dieses Beispiel zeigt, wie heikel und diffizil Änderungen am Auftrag im Medienstaatsvertrag sind. Zwar haben die Länder ausdrücklich einen weiten Gestaltungsspielraum, der aber seinerseits durch die Bestands- und Entwicklungsgarantie begrenzt ist. Das ist auch der Rundfunkkommission der Länder bewusst, weswegen sie gewissermaßen laviert und immer wieder die Rundfunkanstalten selbst zu Reformanstrengungen drängt. Das hat sie auch bei einer Klausur Ende Januar 2024 getan, wo sie den nächsten, für Herbst 2024 angekündigten Medienänderungsstaatsvertrag vorbereitet hatte.²⁷ Im Übrigen möchte sie neben einer stärkeren Sichtbarkeit des regionalen Auftrags der ARD und

26 BVerfGE 119, 181 (222); BVerfGE 90,60 (95).

27 T. Niemeier, Länder rüffeln die ARD und bringen Reformen auf den Weg, DWDL, 26.1.2024, <https://m.dwld.de/a/96564>; dazu noch: H. Hartung, Ein Zuckerli für die Anstalten, FAZ, 24.01.2024, <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/rundfunkkommission-will-mit-oerr-reform-beginnen-19468814/grosser-wurf-roger-de-weck-19461301.html>.

der Verankerung von Qualitätsmaßstäben eine stärkere Ausrichtung an der jungen Zielgruppe und mehr Ressourcen im Digitalen.²⁸ Das sind die vom Bundesverfassungsgericht als zulässig erachteten abstrakten Auftragsregelungen („dagegen sind prozentuale Vorgaben wie die von Bayern vorgeschlagenen 60 Prozent Information an der Sendezeit von ARD, ZDF und Dritten Programmen im Lichte der Programmfreiheit unzulässig und untauglich²⁹).

Die Anstalten müssen auf der anderen Seite, um umfassend und vielfältig im Sinne der Verfassungsrechtsprechung, aber auch der geplanten Konkretisierungen des Auftrags zu sein, denselben beherzt umsetzen und inhaltlich und technisch in die digitale Zukunft - über die bewährten linearen Formate hinaus - gehen. Insofern ist die Verteilung der Ressourcen, bzw. die Umverteilung von Personal, Finanzen, technischem Aufwand und inhaltlicher Entwicklung vom Linearen ins Digitale die einzig konsequente Antwort auf die Dynamik der medialen Gegenwart und Zukunft. Aus der digitalen Angebotsflut eine Minimierung der öffentlich-rechtlichen Angebote schlusszufolgern, bzw. Beitragsgelder seien nicht für digitale Produkte zu verwenden, ist im Ergebnis verfassungsrechtlich nicht haltbar. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk muss sich weiter entwickeln: trotz und wegen der digitalen Vielfalt!

So wie es demnach geboten ist, die Tätigkeit der Anstalten im Digitalen zu entwickeln, so folgt daraus schrittweise ein dynamisches Umorganisieren der Ressourcen zulasten der Linearität. Weder sind dabei großflächig lineare Hörfunk- und Fernsehangebote einzustellen, wie unter anderem Anfang 2024 von Bayerns Ministerpräsident Markus Söder gefordert³⁰, da Millionen Zuschauer und Hörer diese linearen Produkte nutzen, noch wäre der umfassende Funktionsauftrag in der gegenwärtigen medialen Realität richtig erfasst, wenn er allein auf digitale Produkte abstellen würde. Die Dynamik der Bestands- und Entwicklungsgarantie verlangt das Eingehen auf das tatsächli-

28 Ebenda.

29 Protokollerklärung des Freistaats Bayern zu den von der Rundfunkkommission am 25./26. Januar 2024 verabschiedeten Eckpunkten, <https://rundfunkkommission.rlp.de/rundfunkkommission-der-laender/beschluesse-der-rundfunkkommission>.

30 Ebenda; Redaktion Digital Fernsehen.de, 18.01.2024, Söder will mindestens 14 Radioprogramme streichen, <https://www.digitalfernsehen.de/news/medien-news/politik/soder-fordert-eindampfung-des-oeffentlich-rechtlichen-rundfunks-1108765>; T. Frasch, faz.net, 17.1.2024, Muss Florian Silbereisen Angst vor Markus Söder haben?, https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/was-markus-soeder-vom-oeffentlich-rechtlichen-rundfunk-verlangt-19455450.html?utm_campaign=Bundle&utm_medium=referral&utm_source=Bundle.

che Mediennutzungsverhalten der Gesamtgesellschaft und somit das Anbieten beider Angebotsformen für alle Rezipienten, für lineare und digitale Nutzung.

Das beschriebene Umschichten von Ressourcen folgt dieser Verlagerung von Interessen. Es reicht dementsprechend nicht aus, allein die Ausspielwege zu verändern und um digitale zu ergänzen oder die Infrastruktur einer öffentlich-rechtlichen Streaming-Plattform zu schaffen; es müssen diesen digitalen Ausspielwegen entsprechende Inhalte, Formate und Aufbereitungsformen erdacht und produziert werden. Damit erklärt sich die fundamentale Umorganisation bei ARD und ZDF, die über eine technische Erweiterung hinausgeht – und ist auch aus verfassungsrechtlicher Sicht zu begrüßen. Sie entspricht der geforderten Angebotsdynamik, der Entwicklungsnotwendigkeit und -garantie, wie sie verfassungsrechtlich hergeleitet ist: redaktionelle Kompetenzzentren, die die ARD-Anstalten gemeinsam gründen, um arbeits- und synergetisch zu operieren; technische, verwaltende und inhaltliche Kooperationen, die über Anstaltsgrenzen hinweg geschmiedet werden, um Ressourcen freizusetzen; Zusammenlegung von Programmstrecken und gebündelte Angebote; Überlegungen zu einem gemeinsamen Mantel für die Dritten Programme; Innovationszentren, die jeweils einen Inhalt auf seine lineare und digitale Nutzung hin bearbeiten und damit mehrfach verwenden... Solche Veränderungen in den Angebotsstrukturen setzen die dynamische Veränderung, bzw. die Schwerpunktverlagerung in den Arbeitsabläufen der Anstalten ganz faktisch in Gang – hier treffen sich also verfassungsrechtliche Vorgabe und medienpraktische Realität; der dynamische Rundfunkbegriff wird schrittweise gelebte Praxis, so wie die digitale Welt und das Verfassungsgericht das entwicklungsstrategisch verlangen. In diese Richtung müssen Gesetzgeber und öffentlich-rechtliche Anstalten beherzt weiter gehen, um sich dem digitalen Wandel anzupassen, der eine nie dagewesene Dynamik in der Anwendung des Rundfunkbegriffs notwendig macht und ein breites öffentlich-rechtliches Angebot verlangt.

Das Ziel nicht nur der Rundfunkanstalten selbst, sondern auch der Medienpolitik und der sie letztlich verantwortenden Bundesländer muss also sein, nicht an der Angebotsvielfalt zu „sparen“. Vielmehr, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in seiner Organisation zu straffen, anders aufzustellen, damit er endlich in der Substanz erheblich effektiver arbeiten kann. Das können die Anstalten nicht allein, was die aufgezeigten, in der derzeitigen Struktur richtigen, aber in der Wirkung begrenzten Kooperationsbemühungen innerhalb der ARD, aber auch Ansätze der Kooperation zwischen ARD und ZDF zeigen. Immerhin wurde im Dritten Medienänderungsstaatsvertrag der Auf-

trag insofern flexibilisiert, dass die Anstalten selbst die Zahl der Sparten-sen-der verändern können. Das ist aber nicht genug.

Der Hebel liegt in substantiellen Änderungen der Organisation, um Ressourcen freizubekommen und um das Programm, die Angebotsinhalte zu schonen.

Der im März 2023 von den Ländern berufene „Rat für die zukünftige Entwicklung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks“ (kurz Zukunftsrat) hat denn auch im Januar 2024 recht weitsichtig nicht substantielle Eingriffe in den Auftrag, sondern eben substantielle Änderungen der Organisationsstruktur vorgeschlagen.³¹ Sie betreffen vor allem die ARD, der der Rat Reformwilligkeit zubilligt, die er aber in der jetzigen Struktur als Arbeitsgemeinschaft selbstständiger Rundfunkanstalten als kaum reformfähig ansieht.³² Der Rat schlägt deshalb den Umbau in eine neu zu gründende ARD-Anstalt vor, die Aufgaben von der überregionalen Auftragserfüllung bis zur zentralen Erfüllung bzw. Koordination aller Tätigkeiten in Verwaltung und Produktion übernehmen soll. Daneben sollen die Landesrundfunkanstalten mit modifizierten Intendanzstrukturen erhalten bleiben, um die regionale Grundversorgung sicherzustellen. Diesen Vorschlag hat die Rundfunkkommission ebenfalls im Januar 2024 in einem ersten Schritt postwendend verworfen. Sie möchte stattdessen die Kooperation zwischen den Anstalten verbindlicher regeln und sieht darin „erhebliche Potentiale“.³³ Diese Sicht ist nur mit Blick auf die jeweiligen Standortinteressen der Länder zu erklären. In der Substanz ist mit verbesserter Koordination nur verhältnismäßig wenig zu holen.

Nötig wäre indessen noch ein radikalerer Umbau, als es der Zukunftsrat vorsieht. Die ARD müsste per Staatsvertrag der Länder in eine Konzernstruktur überführt werden als eine öffentlich-rechtliche Anstalt in Form einer Dachgesellschaft mit neun Tochtergesellschaften, den bisherigen Landesrundfunkanstalten. Eine einheitliche Angebotsstrategie, einheitliche Regeln und Verfahrensweisen für alle Verwaltungsbereiche, für Produktion und Distribution, einheitliche Arbeitsbedingungen wären die Folge. Anders als beim Vorschlag des Zukunftsrats würde man also keine zusätzliche Anstalt mit nur beschränkten Kompetenzen neben den bestehenden Landesrund-

31 Der Bericht ist abrufbar unter: <https://rundfunkkommission.rlp.de/rundfunkkommission-der-laender/zukunftsrat>.

32 M. Hanfeld, faz.net, 23.1.2024, Zukunftsrat ist nicht wirklich reformfähig, <https://m.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/zukunftsrat-die-ard-ist-nicht-wirklich-reformfaehig-19466349.html>.

33 T. Niemeier, Länder rüffeln die ARD und bringen Reformen auf den Weg, DWDL, 26.1.2024, <https://m.dwld.de/a/96564>.

funkanstalten schaffen, sondern eine Organisationsstruktur aus einem Guss. Nur dadurch kann man Synergieeffekte erheblichen Ausmaßes durch Abschaffung von jeweils neun Verwaltungs-, Produktions- bzw. Betriebsdirektionen, neun Justizariaten, neun jeweils in unterschiedlicher Komplexität nochmals unterteilten Direktionen im journalistischen Bereich schaffen. Nur dadurch können vielfältigste Regelungen zu vielfältigsten Themenstellungen vereinheitlicht werden. Nur dadurch besteht die Chance, zu einem zeitgemäßen und modernisierten, einheitlichen Tarifsystem zu kommen. Ein Abstimmungsaufwand gigantischen Ausmaßes entfiel. Dienstleistungen könnten zentral organisiert erheblich effektiver erbracht werden. Die journalistische Verantwortung läge bezüglich überregionalen linearen und nonlinearen Angeboten beim Vorstand/Board der Dachgesellschaft, hinsichtlich der regional hergestellten linearen und nonlinearen Angebote beim Vorstand/Board der jeweiligen Tochtergesellschaft. Ich räume ein, um dahin zu kommen, sind enorme Anstrengungen, gewaltige Veränderungsprozesse, komplizierte Neuverhandlung von Regelungsinhalten notwendig. Die Umgestaltung wird Jahre dauern. Die Effekte werden sich erst langfristig einstellen, zumal es Besitzstandsregelungen geben dürfte. Aber es ist der einzige Weg, um Einschnitte in die Substanz der publizistischen Angebote zu vermeiden. Ein Vorbild gibt es: Die BBC. Sie ist ebenfalls zentral strukturiert, hat aber auch einen sehr regional bezogenen Auftrag. Und sie ist ein Vollanbieter. Beides unterscheidet sie vom ZDF. Mit dem ZDF zusammen könnte diese neue ARD aber in der Tat, wie der Zukunftsrat vorschlägt, die digitale Technologie als Grundlage einer nachhaltigen publizistischen Relevanz im Netz vorantreiben. Dann könnte auch die Aussage von Georg Gounalakis in der NJW zum Rundfunkgebührenurteil 2007 endlich in einem etwas anderen Licht und weniger alternativlos erscheinen: „Ein den Zielen der Verfassung und den Bedürfnissen der demokratischen Gesellschaft entsprechendes öffentlich-rechtliches Rundfunksystem lässt sich in seiner Programmgestaltung rechtlich nicht extern steuern. Da dies auch eine nur begrenzte Steuerbarkeit der Finanzierung der Anstalten bedeutet, lässt sich plastisch formulieren, dass öffentlich-rechtlicher Rundfunk schlichtweg seinen Preis hat.“³⁴

34 Georgios Gounalakis/Christoph Wege, Öffentlich-rechtlicher Rundfunk hat seinen Preis – Das Karlsruher Gebührenurteil vom 11.9.2007, NJW 2008, 805.

Die Bedeutung inhaltlicher Defizite des öffentlich-rechtlichen Rundfunks für die Rechtmäßigkeit der Beitragserhebung

Christian von Coelln

I. Einleitung

Der öffentlich-rechtliche Rundfunk hat eine Sonderstellung in der Medienlandschaft. Nur für seine Finanzierung muss der Staat selbst Sorge tragen – und nur für ihn muss jedermann unabhängig von der eigenen Nutzung oder dem eigenen Bezugswillen zahlen. Der Grund für diese Besonderheiten ist die Bedeutung, die dem Rundfunk im Allgemeinen und dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk im Besonderen für die freie Meinungsbildung und damit letztlich für die Demokratie zukommt. Zwar würde die Einordnung als „Demokratieabgabe“ abgabenrechtlich zur Rechtfertigung der Zahlungspflicht noch nicht genügen. Insofern bedarf es zusätzlich eines individuellen Vorteils, der in der Möglichkeit liegt, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu nutzen.¹ Das macht die Einordnung² – man mag sie mögen oder nicht – aber nicht falsch.

Das hat Konsequenzen: Demokratie gibt es nicht umsonst – und den sie ermöglichenden und stabilisierenden öffentlich-rechtlichen Rundfunk auch nicht: „Öffentlich-rechtlicher Rundfunk hat seinen Preis.“ Auf diese knappe Formel brachte *Georgios Gounalakis* gemeinsam mit seinem Mitarbeiter *Christoph Wege* einen Beitrag³ zur Entscheidung des BVerfG zur Rundfunkfinanzierung aus dem Spätsommer 2007.⁴ Der einleitende Befund, Rund-

1 BVerfGE 149, 222 (259 Rn. 75).

2 Der Begriff der Demokratieabgabe geht wohl zurück auf *J. Schönenborn*, der diesen erstmals am 27.12.2012 in einem nicht mehr zur Verfügung stehenden Text auf der Internetseite des WDR verwendet haben soll. Vgl. dazu *U. Clauß*, Weihnachtlicher „Shitstorm“ gegen WDR-Chef, welt.de v. 30.12.2012, abrufbar unter <https://www.welt.de/politik/deutschland/article112310172/Weihnachtlicher-Shitstorm-gegen-WDR-Chef.html> (zuletzt abgerufen am 22.7.2024).

3 *G. Gounalakis/C. Wege*, NJW 2008, 800 ff.

4 BVerfGE 119, 181 ff. Die Entscheidung bezog sich noch auf das mittlerweile abgelöste Modell der gerätebezogenen Rundfunkgebühr. Im Übrigen aber sind ihre Aussagen zum Verfahren der Festsetzung der den Einzelnen treffenden Belastung unverändert aktuell.

funkpolitiker könnten einem fast schon leid tun,⁵ ist heute mindestens so richtig wie damals. Mit der Erfüllung des grundrechtlich abgesicherten Finanzierungsanspruchs der Anstalten lässt sich politisch zumindest im Fall einer anstehenden Beitragserhöhung wenig gewinnen. Das Argument, die Verfassung lasse keine andere Wahl, scheint auch bei Repräsentanten solcher Parteien, die nicht im Verdacht einer prinzipiellen Gegnerschaft zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk stehen, in bedenklicher Weise an Gewicht zu verlieren.⁶ Politisch zugute halten muss man ihnen freilich, dass sie mit ihrer skeptischen Haltung eine je nach Land unterschiedlich deutliche, letztlich aber nirgendwo zu übersehende Position vieler Beitragszahler aufgreifen. Rechtlich macht dies einen bewusst in Kauf genommenen Verfassungsbruch – nichts anderes wäre die Nichtbefolgung der KEF-Entscheidung ohne eine verfassungsrechtlich tragfähige Begründung –⁷ freilich nicht besser.

Trotz einer nach wie vor hohen Akzeptanz und eines großen Vertrauens in seine Angebote lässt sich feststellen, dass der Rückhalt des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und seiner Beitragsfinanzierung in Gesellschaft und Politik tendenziell kleiner wird.⁸ Über die Gründe für dieses in seiner Dimension vielleicht nicht völlig ausgelotete, dem Grunde aber nicht seriös negierbare Phänomen lässt sich trefflich streiten. Kritisiert werden u.a. die Größe des Systems, konkret die Zahl der Anstalten und ihrer

5 G. Gounalakis/C. Wege, NJW 2008, 800.

6 S. bspw. Heike Raab im Interview mit H. Hartung in der FAZ v. 27.2.2024, Nr. 49, S. 13. Zur vorsorglich – deutlich vor der für den Februar 2024 erwarteten KEF-Empfehlung zur Beitragshöhe ab 2025 – verlautbarten Position der Unionsfraktionen, eine Beitragserhöhung sei nicht vermittelbar, s. zeit.de vom 27.6.23, abrufbar unter <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2023-06/union-bundeslaender-gegen-erhoehung-rundfunkbeitrag> (zuletzt abgerufen am 22.7.2024). Zum (erneuten) Votum der CDU-Fraktion im Landtag Sachsen-Anhalt gegen einen höheren Rundfunkbeitrag, vgl. mdr.de v. 18.1.2024, abrufbar unter <https://www.mdr.de/nachrichten/sachsen-anhalt/landespolitik/cdu-keine-erhoehung-rundfunkbeitrag-100.html> (zuletzt abgerufen am 22.7.2024). Zur Ablehnung einer Beitragserhöhung durch die Brandenburger Landesregierung und eine Mehrheit der dortigen Landtagsabgeordneten, vgl. SZ v. 22.2.2024, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/medien/medien-potsdam-brandenburg-gegen-moeglichen-hoeheren-rundfunkbeitrag-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-240222-99-85023> (zuletzt abgerufen am 22.7.2024).

7 Zur Möglichkeit einer Abweichung von der KEF-Empfehlung nur aus Gründen, die vor der Rundfunkfreiheit Bestand haben, BVerfGE 90, 60 (103); 119, 181 (223 f.); 158, 389 (425 Rn. 96).

8 S. etwa dlF.de v. 14.9.2023, abrufbar unter <https://www.deutschlandfunk.de/oeffentlich-rechtlicher-rundfunk-hat-weiter-hohes-vertrauen-100.html> (zuletzt abgerufen am 22.7.2024).

Programme, die nicht automatisch für Vielfalt sorgen, sondern auch „Mehr vom Gleichen“ zu schaffen drohen,⁹ überhöhte Gehälter¹⁰ und nicht ausgeschöpfte Sparpotenziale.¹¹ Immer wieder aber werden auch Zweifel daran laut, ob der öffentlich-rechtliche Rundfunk seinen Auftrag erfüllt. Wären diese Zweifel berechtigt, würde dies aus Sicht des einzelnen Beitragszahlers bedeuten, dass er nicht bekommt, was er bezahlt. Der Gedanke, in einer solchen Situation von einem bestimmten Punkt an auch von der eigenen Leistungspflicht entbunden zu sein, scheint bei unbefangener Betrachtungsweise nicht vollkommen fernzuliegen. Im System des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist dafür bisher kein Platz. Eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gibt jedoch Anlass zu der Überlegung, ob es dabei bleiben muss: Sie betrifft die Frage, ob der einzelne Beitragsschuldner die Zahlung im Fall unzureichender Auftragserfüllung verweigern dürfte oder ob das von vornherein ausgeschlossen ist.

II. Die Pflicht zur Zahlung des Rundfunkbeitrags

Die Zahlungspflicht des Einzelnen ergibt sich für den privaten Bereich aus § 2 I RBeitrStV, für den nicht privaten Bereich aus § 5 I 1 RBeitrStV. Beitragsschuldner sind die Inhaber von Wohnungen bzw. von Betriebsstätten. Ob die Inhaber der Wohnung bzw. Betriebsstätte, weitere Bewohner oder Mitarbeiter die Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks tatsächlich

-
- 9 So nach Kritik von *Rainer Haseloff* im Interview mit *Bild* am Sonntag (*T. Block/L. Rosenfelder*, Keinen weiteren Cent mehr für ARD und ZDF!, *bild.de* v. 3.6.2023, abrufbar unter <https://www.bild.de/politik/inland/politik-inland/ministerpraesident-haseloff-keinen-weiteren-cent-mehr-fuer-ard-und-zdf-84163898.bild.html>, zuletzt abgerufen am 22.7.2024) auch der sog. Zukunftsrat: Vgl. den Bericht des Rates für die zukünftige Entwicklung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 18.1.2024, S. 17, abrufbar unter https://rundfunkkommission.rlp.de/fileadmin/rundfunkkommission/Dokumente/Zukunftsrat/ZR_Bericht_18.1.2024.pdf (zuletzt abgerufen am 22.7.2024).
- 10 Dazu ARD und ZDF bei Topgehältern im oberen Drittel, *welt.de* v. 4.3.2024, abrufbar unter <https://www.welt.de/wirtschaft/article250299338/ARD-ZDF-Gehaelter-der-Fuehrungskraefte-belaufen-sich-pro-Kopf-auf-250-000-Euro.html> (zuletzt abgerufen am 22.7.2024).
- 11 Mit den Einsparpotenzialen befasst sich die KEF in ihrem neusten Bericht auf 14 Seiten im Unterabschnitt zur Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, vgl. diesbezüglich Kommission zur Überprüfung und Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (KEF), 24. KEF-Bericht, Februar 2024, S. 158 ff., abrufbar unter https://kef-online.de/fileadmin/kef/Dateien/Berichte/24._KEF-Bericht.pdf (zuletzt abgerufen am 22.7.2024).

nutzen (wollen), spielt für die Beitragspflicht grundsätzlich keine Rolle.¹² Faktisch wird die Möglichkeit des Rundfunkempfangs unwiderlegbar vermutet.¹³ Die Zahlungspflicht lässt sich allenfalls in eher exotischen Situationen vermeiden.¹⁴ Klagen gegen die Beitragspflicht, die mit fehlendem Nutzungswillen oder fehlenden Empfangsgeräten begründet werden, haben jedenfalls von vornherein keine Aussicht auf Erfolg.¹⁵

III. Die Irrelevanz von Mängeln bei der Auftragserfüllung nach der bisherigen Rechtsprechung

Ebenfalls a priori ungeeignet für die Abwehr der Zahlungspflicht ist – zumindest bisher – der Hinweis auf Defizite bei der Erfüllung des Auftrags, der dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk obliegt.

1. Der Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks

Nach § 26 I 1 MStV haben die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten den Auftrag, durch die Herstellung und Verbreitung ihrer Angebote als Medium und Faktor des Prozesses freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung zu wirken und dadurch die demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft zu erfüllen. Bei der Erfüllung ihres Auftrags sind sie der verfassungsmäßigen Ordnung und in besonderem Maße der Einhaltung journalistischer Standards, insbesondere zur Gewährleistung einer unabhängigen, sachlichen, wahrheitsgemäßen und umfassenden Information und Berichterstattung wie auch zur Achtung von Persönlichkeitsrechten verpflichtet (§ 26 II 1 MStV). Darüber hinaus sollen

12 Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelung BVerfGE 149, 222 (266 f. Rn. 89 ff.).

13 *W. Lent*, in: H. Gersdorf/B. Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht, 42. Edition Stand 1.11.2023, § 2 RBeitrStV Rn. 1.

14 Zur str. Frage, ob die Verweigerung der Nutzung aus religiösen Gründen einen besonderen Härtefall darstellt, in dem nach § 4 VI 1 RBeitrStV auf Antrag von der Beitragspflicht zu befreien ist, *W. Lent*, in: H. Gersdorf/B. Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht, 42. Edition Stand 1.11.2023, § 4 RBeitrStV Rn. 12.6; s. auch OVG Koblenz, Beschl. v. 16.11.2015 – 7 A 10455/15.OVG, BeckRS 2015, 55200, Rn. 17.

15 Vgl. diesbezüglich u.a. VG Köln (6. Kammer), Urt. v. 14.12.2021 – 6 K 6831/20, BeckRS 2021, 43586 Rn. 30; OVG Hamburg (5. Senat), Beschl. v. 18.2.2022 – 5 Bf 488/19.Z, BeckRS 2022, 5630 Rn. 10; VG Oldenburg NVwZ-RR 2023, 555 (557 Rn. 38). Verwiesen wird in allen Urteilen auf die Rechtsprechung des BVerfG, s. BVerfGE 149, 222 (266 Rn. 90).

sie nach § 26 II 2 MStV die einem öffentlich-rechtlichen Profil entsprechenden Grundsätze der Objektivität und Unparteilichkeit achten und in ihren Angeboten eine möglichst breite Themen- und Meinungsvielfalt ausgewogen darstellen.

Dabei handelt es sich nicht etwa um eine lediglich tradierte Aufgabe mit schwindender oder gar geschwundener Bedeutung. Im Gegenteil: Vor dem Hintergrund der Entwicklungen der modernen Medienwelt – ausgewählte Stichworte sind die Verbreitung von Informationen über das Internet, das umfangreiche Angebot privater Rundfunkveranstalter, die Werbefinanzierung privater Angebote, die Tendenz zu Konzentration und Monopolisierung, der Einsatz von Algorithmen, die Orientierung an Zugriffszahlen und die nicht aufbereitete bloße Weitergabe von Informationen – konstatiert zumindest das BVerfG zunehmende Schwierigkeiten, zwischen Fakten und Meinung, Inhalt und Werbung zu unterscheiden, sowie neue Unsicherheiten hinsichtlich der Glaubwürdigkeit von Quellen und Wertungen. Der einzelne Nutzer müsse die Verarbeitung und die massenmediale Bewertung übernehmen, die herkömmlich durch den Filter professioneller Selektionen und durch verantwortliches journalistisches Handeln erfolge. Angesichts dieser Entwicklung wachse „die Bedeutung der dem beitragsfinanzierten öffentlich-rechtlichen Rundfunk obliegenden Aufgabe, durch authentische, sorgfältig recherchierte Informationen, die Fakten und Meinungen auseinanderhalten, die Wirklichkeit nicht verzerrt darzustellen und das Sensationelle nicht in den Vordergrund zu rücken, vielmehr ein vielfaltsicherndes und Orientierungshilfe bietendes Gegengewicht zu bilden“.¹⁶

2. Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung

Der Hinweis auf tatsächliche oder vermeintliche Mängel bei der Erfüllung dieses Auftrags ist nach der bisherigen oberverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung nicht geeignet, die Rechtmäßigkeit der Beitragserhebung in Frage zu stellen.

Begründet wird diese Konzeption damit, die Sicherung von Programmqualität und Programmvietalt sei durch den gesetzlichen Auftrag gewährleistet. Wegen der Rundfunkfreiheit, die insbesondere Programmfreiheit sei, dürfe der Rundfunk selbst aufgrund seiner professionellen Maßstäbe bestimmen, was der gesetzliche Rundfunkauftrag in publizistischer Hin-

16 BVerfGE 158, 389 (418 ff. Rn. 79); ähnlich BVerfGE 149, 222 (261 f. Rn. 79 f.).

sicht verlange. Es sei nicht Aufgabe der Gerichte, qualitative Einschätzungen über öffentlich-rechtliche Programminhalte in die Entscheidung rundfunkbeitragsrechtlicher Rechtsfragen einzubringen.¹⁷ Zudem verweisen die Gerichte auf die Möglichkeit der Programmbeschwerde¹⁸ bzw. der Anrufung der Rechtsaufsicht.¹⁹

Auf die Frage, ob die von den Klägern jeweils vorgetragenen Mängel bei der Auftragserfüllung tatsächlich vorliegen, kommt es nach dieser Konzeption im Streit über die Pflicht zur Zahlung von Beiträgen vor den Verwaltungsgerichten nicht an.²⁰ Die angerufenen Verwaltungsgerichte müssen sich nicht mit der Frage befassen, ob Einzelverstöße z.B. gegen Programmgrundsätze²¹ oder umfassende Defizite bei der Auftragserfüllung²² vorliegen.

Das BVerwG hat im Rahmen der Ablehnung einer Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision gegen eine Entscheidung des OVG Münster²³ darauf hingewiesen, schon die seinerzeit noch erhobene Rundfunkgebühr habe nicht zu Zwecken der Programmlenkung eingesetzt werden dürfen.²⁴ Und weiter: Die Möglichkeit, dass der Einzelne die Zahlung der Rundfunkabgabe verweigern dürfe, wenn er der Auffassung sei, die Programminhalte der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten verstießen gegen Anforderungen des Grundgesetzes, bestehe „offensichtlich nicht“.²⁵

17 OVG Koblenz, Beschl. v. 16.11.2015 – 7 A 10455/15.OVG, BeckRS 2015, 55200 Rn. 21; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 15.2.2021 – OVG II N 95.19, BeckRS 2021, 2420 Rn. 12; OVG Münster, Beschl. v. 7.2.2022 – 2 A 2949/21, BeckRS 2022, 1696 Rn. 5 f. Zum letztgenannten Aspekt s. auch in anderem Kontext OVG NRW DVBl. 2015, 705 (709).

18 OVG Koblenz, Beschl. v. 16.11.2015 – 7 A 10455/15.OVG, BeckRS 2015, 55200 Rn. 21; VGH München, Beschl. v. 30.3.2017 – 7 ZB 17.60, BeckRS 2017, 107886 Rn. 9; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 15.2.2021 – OVG II N 95.19, BeckRS 2021, 2420 Rn. 12.

19 Darauf verweist OVG Münster, Beschl. v. 7.2.2022 – 2 A 2949/21, BeckRS 2022, 1696 Rn. 7, neben der Möglichkeit der Programmbeschwerde.

20 S. etwa VGH München, Beschl. v. 30.3.2017 – 7 ZB 17.60, BeckRS 2017, 107886 Rn. 9: Die vorgetragenen Einwände seien nicht geeignet, die Rechtmäßigkeit des Rundfunkbeitrags in Zweifel zu ziehen.

21 Zu einem solchen Fall OVG Koblenz, Beschl. v. 16.11.2015 – 7 A 10455/15.OVG, BeckRS 2015, 55200 Rn. 21.

22 Dazu OVG Münster, Beschl. v. 7.2.2022 – 2 A 2949/21, BeckRS 2022, 1696 Rn. 5.

23 OVG Münster, Urt. v. 11.7.2017 – 2 A 2260/15, BeckRS 2017, 127444.

24 BVerwG, Beschl. v. 4.12.2017 – 6 B 70.17, BeckRS 2017, 135851 Rn. 7.

25 BVerwG, Beschl. v. 4.12.2017 – 6 B 70.17, BeckRS 2017, 135851 Rn. 10.

IV. Die jüngere verfassungsgerichtliche Rechtsprechung

Bis vor kurzem sprach viel dafür, dass es bei dieser Rechtsprechung bleiben würde. Vor dem Hintergrund der jüngeren verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ist das zumindest nicht mehr so sicher, wie man noch zu Beginn des Jahres 2023 hätte annehmen können.

1. Der Kammerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 24.4.2023

a) Der Sachverhalt und die Entscheidung

Im April 2023 entschied das BVerfG, eine Verfassungsbeschwerde gegen eine Entscheidung des VG Oldenburg, mit der eine Klage gegen die Heranziehung zu Rundfunkbeiträgen abgewiesen worden war, nicht zur Entscheidung anzunehmen. Der Kläger und Beschwerdeführer hatte argumentiert, der Pflicht, ein ausgewogenes und der Meinungsvielfalt verpflichtetes Programm anzubieten und neutral zu berichten, werde systematisch und bezogen auf die Gesamtstruktur des Programmangebots nicht nachgekommen. Das VG hatte die Klage der Sache nach aus den o.g. Gründen (keine Überprüfung von Programminhalten im Beitragsstreit; Sicherung der Vielfalt durch die Gremien) abgewiesen. Damit hatte es der Kläger fachgerichtlich bewenden lassen; einen Antrag auf Zulassung der Berufung (vgl. § 124a IV VwGO) hatte er nicht gestellt.²⁶

Aus diesem Grund war die gegen die Entscheidung gerichtete Verfassungsbeschwerde mangels Erschöpfung des Rechtswegs (s. § 90 II 1 BVerfGG) unzulässig, so dass sie schon im Annahmeverfahren scheiterte.²⁷

b) Die inhaltlichen Ausführungen

Einer Begründung der Nichtannahme zur Entscheidung hätte es nach § 93d I 3 BVerfGG nicht bedurft. Das schließt eine Begründung jedoch

26 S. näher die Sachverhaltsdarstellung in BVerfG (3. Kammer des Ersten Senats) NVwZ 2024, 55 f. Zusätzlich enthalten in der Entscheidung des VG Oldenburg war ausweislich ihrer Wiedergabe durch die Kammer der Hinweis, der Weg zu den Verfassungsgerichten stehe offen, sofern die Rundfunkgremien ihren Kontrollpflichten nicht oder nur ungenügend nachkämen.

27 BVerfG (3. Kammer des Ersten Senats) NVwZ 2024, 55 f.

nicht aus –²⁸ die die Kammer denn auch liefert:²⁹ Es sei „weder dargelegt noch ersichtlich, dass bereits hinreichend geklärt ist, ob und gegebenenfalls nach welchen Maßstäben unter Berücksichtigung der Rundfunkfreiheit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gem. Art. 5 I 2 GG und der der Vielfaltsicherung dienenden Selbstkontrolle durch plural besetzte anstaltsinterne Aufsichtsgremien [...] vor den Verwaltungsgerichten geltend gemacht werden kann, es fehle an einem die Beitragszahlung rechtfertigenden individuellen Vorteil [...], weil das Programmangebot nach seiner Gesamtstruktur nicht auf Ausgewogenheit und Vielfalt ausgerichtet sei und daher kein Gegengewicht zu den privaten Rundfunkanbietern bilde.“ Zwar hätten einzelne Oberverwaltungsgerichte – insofern verweist die Kammer auf die oben³⁰ zitierten Entscheidungen – „diese Frage bereits dahin entschieden, dass die Rundfunkfreiheit jede gerichtliche Kontrolle der Einhaltung des Funktionsauftrags durch die öffentlich-rechtlichen Anstalten ausschließe“. Das gelte jedoch, „soweit ersichtlich, nicht für das vorliegend zur Entscheidung über den Antrag auf Zulassung der Berufung zuständige OVG (Lüneburg)“. Auch eine abschließende Klärung durch das BVerwG sei nicht dargelegt oder erkennbar. In dessen Aussage, die Rundfunkabgabe dürfe nicht zu Zwecken der Programmlenkung eingesetzt werden,³¹ sei die vom Beschwerdeführer „aufgeworfene und mit Blick auf die aus Art. 19 IV GG erwachsende Verpflichtung zur Gewährung eines effektiven individuellen Rechtsschutzes naheliegende Frage nicht beantwortet, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen vor Gericht gegen die Beitragserhebung geltend gemacht werden kann, der Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, ein der Vielfaltsicherung dienendes Programm anzubieten, werde strukturell verfehlt, so dass es an einem individuellen Vorteil fehle.“³²

28 R. Zuck, in: H. Lechner/R. Zuck, BVerfGG, 8. Aufl. 2019, § 93d Rn. 6; zur Genese der aktuellen Regelung K. Graßhof, in: B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein/H. Bethge, BVerfGG, Loseblatt, Stand 63. EL 2023, § 93d Rn. 4 f.

29 Dazu B. Schneider, NVwZ 2024, 38: Gewöhnliches Schicksal wäre die Erledigung durch einen unbegründeten Nichtannahmebeschluss gewesen.

30 III. 2.

31 BVerwG, Beschl. v. 4.12.2017 – 6 B 70.17, BeckRS 2017, 135851 Rn. 7.

32 BVerfG (3. Kammer des Ersten Senats) NVwZ 2024, 55 f.

2. Der Beschluss des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen v. 17.10.2023

Diesen neuen Impuls hat der VerfGH NRW bereits aufgegriffen. Vorausgegangen war einmal mehr eine erfolglose Klage gegen die Heranziehung zur Zahlung von Rundfunkbeiträgen. An diese schloss sich eine mangels zureichender Begründung³³ unzulässige Verfassungsbeschwerde an. In ihrem Zurückweisungsbeschluss führt die Kammer (s. § 58 II 1 VerfGHG NRW) aus, es bleibe offen, ob den vorangegangenen fachgerichtlichen Entscheidungen ein zutreffendes Verständnis der verfassungsrechtlichen Anforderungen für die Heranziehung zu Rundfunkbeiträgen zugrunde liege. „Insbesondere hat das BVerfG“ – gemeint ist die soeben dargestellte Entscheidung –³⁴ „jüngst darauf abgehoben, dass noch nicht hinreichend geklärt sei, ob und gegebenenfalls nach welchen Maßstäben unter Berücksichtigung der Rundfunkfreiheit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gem. Art. 5 I 2 GG und der der Vielfaltsicherung dienenden Selbstkontrolle durch plural besetzte anstaltsinterne Aufsichtsgremien vor den Verwaltungsgerichten geltend gemacht werden kann, es fehle an einem die Beitragszahlung rechtfertigenden individuellen Vorteil, weil das Programmangebot nach seiner Gesamtstruktur nicht auf Ausgewogenheit und Vielfalt ausgerichtet sei und daher kein Gegengewicht zu den privaten Rundfunkanbietern bilde [...]. Diesem Klärungsbedürfnis muss die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung Rechnung tragen.“³⁵

3. Die Wirkung der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen

Beide Kammerentscheidungen lösen keine relevanten rechtlichen Wirkungen aus. Faktisch müssen sie jedoch zumindest als dringender Appell an die Verwaltungsgerichtsbarkeit verstanden werden, ihre bisherige Konzeption wenn nicht zu ändern, so doch zumindest zu überprüfen.

33 §§ 18 I 2 Hs. 1, 55 I, IV VerfGHG NRW.

34 Oben IV. 1.

35 VerfGH NRW NVwZ 2024, 56 f. Rn. 2.

a) Die fehlende Verbindlichkeit im Rechtssinn

Soweit es um die erste Entscheidung geht, ordnet § 31 I BVerfGG zwar an, dass die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie die Gerichte und Behörden binden. Diese Bindungswirkung dehnt die Wirkung der (materiellen) Rechtskraft auf Hoheitsträger aus, die weder Verfahrensbeteiligte noch deren Rechtsnachfolger sind.³⁶ Die Rechtskraft auch der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts wird damit mindestens zugrunde gelegt.³⁷

Zu unterscheiden ist insofern zwischen formeller Rechtskraft, die sich aus der Unanfechtbarkeit einer Entscheidung ergibt,³⁸ und materieller Rechtskraft, die eine inhaltliche Bindung jedenfalls an den Tenor und ggf. an die tragenden Gründe einer Entscheidung zur Folge hat.³⁹

Die hier betrachtete Kammerentscheidung ist (allein) in formelle Rechtskraft erwachsen. Ihrer sind wegen § 93d I 2 BVerfGG, der die Unanfechtbarkeit u.a. der Entscheidungen nach § 93b BVerfGG anordnet, auch Nichtannahmebeschlüsse fähig.⁴⁰ Materielle Rechtskraft eignet ihr hingegen nicht: In diese können generell nur Sachentscheidungen erwachsen, zu denen ein Nichtannahmebeschluss richtigerweise nicht zählt: Er stellt lediglich verbindlich fest, dass die Voraussetzungen für die Annahme der Verfassungsbeschwerde bezogen auf den angegriffenen Hoheitsakt nicht vorliegen.⁴¹ Daher kommt ihm auch keine Bindungswirkung nach § 31 I BVerfGG zu.⁴²

36 H. Bethge, in: B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein/H. Bethge, BVerfGG, Loseblatt, Stand 63. EL 2023, § 31 Rn. 27, 76.

37 H. Bethge, in: B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein/H. Bethge, BVerfGG, Loseblatt, Stand 63. EL 2023, § 31 Rn. 30.

38 R. Zuck, in: H. Lechner/R. Zuck, BVerfGG, 8. Aufl. 2019, § 31 Rn. 8.

39 R. Zuck, in: H. Lechner/R. Zuck, BVerfGG, 8. Aufl. 2019, § 31 Rn. 8, 11.

40 H. Bethge, in: B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein/H. Bethge, BVerfGG, Loseblatt, Stand 63. EL 2023, § 31 Rn. 40.

41 H. Bethge, in: B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein/H. Bethge, BVerfGG, Loseblatt, Stand 63. EL 2023, § 31 Rn. 48 f. Selbst wenn man mit der Gegenauffassung, die in diesem Befund eine Sachentscheidung sieht, die materielle Rechtskraft bejaht (so etwa S. Rixen, NVwZ 2000, 1364 [1367 Fn. 38]), hätte das rundfunkrechtlich schon deshalb keine relevanten Konsequenzen, weil der Nichtannahmebeschluss weder im Tenor noch in den Gründen inhaltliche Aussagen enthält, nach denen Mängel bei der Auftragserfüllung auf die Rechtmäßigkeit der Beitragspflicht durchschlagen.

42 Zum Fehlen einer Sachentscheidung in Nichtannahmebeschlüssen BVerfGE 92, 91 (107); H. Bethge, in: B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein/H. Bethge, BVerfGG, Loseblatt, Stand 63. EL 2023, § 31 Rn. 83.

Entsprechendes gilt für die Kammerentscheidung des Verfassungsgerichts NRW. Auch sie stellt keine Sachentscheidung, sondern allein eine Prozessentscheidung dar. Materielle Rechtskraft oder Bindungswirkung nach § 26 I VerfGHG NRW kann ihr daher nicht zukommen.

b) Der faktische Impuls zur Überprüfung der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung

Es braucht freilich keine prophetischen Kenntnisse, um vorauszusagen, dass zahlungsunwillige Beitragsschuldner nun Morgenluft schnuppern und speziell den bundesverfassungsgerichtlichen Kammerbeschluss zum Anlass nehmen werden, gegen ihre Heranziehung zur Beitragszahlung zu klagen. Immerhin lässt er sich zumindest als Hinweis verstehen, dass mit den bisherigen fachgerichtlichen Entscheidungen das letzte Wort noch nicht gesprochen sein muss.⁴³

Dass sich das BVerwG bereits einschlägig geäußert hat, ändert daran nichts.⁴⁴ Das BVerfG gibt zwar in seinem Befund, das BVerwG habe die entscheidende Frage noch nicht beantwortet, dessen Rechtsprechung nur unvollständig wieder: Es geht allein auf die Aussage zur unzulässigen Programmlenkung ein, nicht aber auf den (thematisch hier durchaus einschlägigen) Befund, die Möglichkeit, die Zahlung der Rundfunkabgabe zu verweigern, wenn die Programminhalte der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gegen Anforderungen des Grundgesetzes verstießen, bestehe „offensichtlich nicht“.⁴⁵ Darüber, ob das an der spezifisch revisionsrechtlichen Relevanz dieses Befundes liegt oder ob die Aussage des BVerwG vom BVerfG übersehen wurde, lässt sich nur spekulieren.

So oder so: Die Verwaltungsgerichte werden zumindest faktisch nicht umhinkommen, sich vertieft(er) mit der Frage nach der Richtigkeit ihrer bisherigen Rechtsprechung auseinanderzusetzen.⁴⁶ Wenn das BVerfG

43 Jedenfalls insofern *R. Müller*, FAZ v. 31.5.2023, Nr. 124, S. 8, der noch weiter geht mit der Einschätzung, man müsse den Beschluss so verstehen, dass es vor Gericht geltend gemacht werden könne, wenn der öffentlich-rechtliche Rundfunk seinen Auftrag verfehle, ein der Vielfaltssicherung dienendes Programm anzubieten. Dazu sogleich V. 3.

44 Oben IV. 1. b).

45 BVerwG, Beschl. v. 4.12.2017 – 6 B 70.17, BeckRS 2017, 135851 Rn. 10. Dazu oben III. 2.

46 S. auch *B. Schneider*, NVwZ 2024, 38: Das BVerfG habe die Rechtsprechungslinie der Verwaltungsgerichtsbarkeit zur Disposition gestellt.

einen von Gesetzes wegen nicht begründungsbedürftigen Nichtannahmebeschluss mit einer Begründung versieht, kann dies u.a. dazu dienen, die Gerichte des Ausgangsverfahrens auf eine aus Karlsruher Sicht bedenkliche Rechtsanwendung hinzuweisen.⁴⁷ Dass diese Überlegung hier eine Rolle gespielt haben dürfte, nimmt offenbar auch der VerfGH NRW an, wenn er darauf hinweist, die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung müsse dem vom Bundesverfassungsgericht angesprochenen Klärungsbedürfnis Rechnung tragen. Nachdem „sein“ OVG, also das OVG Münster, die Frage bereits beantwortet hatte,⁴⁸ bezieht sich diese Aussage erkennbar nicht nur auf Länder, deren OVG sich noch nicht einschlägig geäußert hatte.

c) Die bislang zurückhaltende Reaktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Ob die Hinweise in der Verwaltungsgerichtsbarkeit aufgenommen werden, bleibt abzuwarten. Erste Reaktionen deuten eher auf fehlenden Änderungs- oder sogar Diskurswillen hin. Der VGH München verweist auf die Bindungswirkung der BVerfG-Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der Beitragspflicht und seine eigene Rechtsprechung sowie die des BVerwG.⁴⁹ Auf den Nichtannahmebeschluss des BVerfG geht er mit einer eher überraschenden Formulierung ein: Die Aussage, die „mit Blick auf die aus Art. 19 Abs. 4 GG erwachsene Verpflichtung zur Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes naheliegende Frage [sei] nicht beantwortet, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen vor Gericht gegen die Beitragserhebung geltend gemacht werden kann, der Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, ein der Vielfalt dienendes Programm anzubieten, werde strukturell verfehlt, sodass es an einem individuellen Vorteil fehle“, sei (allein) im Hinblick auf die Prozessvoraussetzung der fehlenden Erschöpfung des Rechtswegs zu sehen. Die Aussage des BVerfG, insbesondere die Verwendung der Formulierung „naheliegende Frage“, sei nicht als Feststellung zu werten, dass dieses eine verwaltungsgerichtliche Klärung der auf-

47 K. Graßhof, in: B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein/H. Bethge, BVerfGG, Loseblatt, Stand 63. EL 2023, § 93d Rn. 12. Auf diese Kommentierung weist auch B. Schneider, NVwZ 2024, 38, hin. Und er ergänzt (auf S. 41), man könne, dürfe und solle die Auffassung des höchsten deutschen Gerichts auch dort ernstnehmen, wo sie keine formale Bindungswirkung entfaltet.

48 Oben III. 2.

49 VGH München MMR 2023, 883 (883 f. Rn. 14 ff.).

geworfenen Frage für angezeigt hielte.⁵⁰ Das ist eine durchaus sportliche Interpretation⁵¹ an der Grenze zur Rezeptionsverweigerung, die freilich noch im Verfahren selbst korrigiert werden kann: Das BVerwG hat auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin⁵² hin die Revision gegen die Entscheidung des VGH zugelassen.⁵³ Das OVG Bautzen hält in einer zuvor ergangenen Entscheidung die vom BVerfG als klärungsbedürftig angesehene Frage unter Verweis gerade auf die im Nichtannahmebeschluss faktisch kritisierte Rechtsprechung⁵⁴ für hinreichend geklärt.⁵⁵ Sollte die Verwaltungsgerichtsbarkeit bei dieser Linie bleiben, wäre es zumindest keine Überraschung, wenn es das BVerfG bei nächster Gelegenheit – also anlässlich einer zulässigen Verfassungsbeschwerde – nicht bei einem bloßen Hinweis auf weiteren Klärungsbedarf bewenden ließe. Das VG Freiburg immerhin zeigt sich weniger unwillig und hat die vom BVerfG gestellte Frage beantwortet.⁵⁶

V. Die Bewertung der Möglichkeit eines Konnexes zwischen Auftragserfüllung und Beitragspflicht

In der Tat weist die verwaltungsgerichtliche Position sowohl in ihrer Begründung als auch vom Ergebnis her Defizite auf. Richtigerweise können (bestimmte) Mängel der Auftragserfüllung durchaus zur Rechtswidrigkeit der Beitragspflicht führen. Ihre Geltendmachung im Streit um die Beitragspflicht ist daher nicht a priori unerheblich.

50 VGH München MMR 2023, 883 (884 f. Rn. 24).

51 B. Schneider, NVwZ 2024, 38 (41): Eine zumindest gewagte Deutung.

52 S. die redaktionelle Anmerkung im Anschluss an VGH München MMR 2023, 883 ff.

53 BVerwG, Beschl. v. 23.5.2024 – 6 B 70.23, BeckRS 2024, 11605.

54 Dazu kritisch B. Schneider, NVwZ 2024, 38 (41).

55 OVG Bautzen, Urt. v. 5.7.2023 – 5 A 1421/18, BeckRS 2023, 16736 Rn. 28 f.

56 VG Freiburg, Urt. v. 17.5.2023 – VG 9 K 385/23, BeckRS 2023, 12434 Rn. 50 ff. Das konzidiert auch B. Schneider, NVwZ 2024, 38 (41) („Versuch einer Maßstabildung“), der freilich am Vorliegen der von § 6 I 1 VwGO normierten Voraussetzungen für eine Entscheidung durch einen Einzelrichter („keine besonderen Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art“ und „keine grundsätzliche Bedeutung“) zweifelt.

1. Der Zusammenhang zwischen Beitragspflicht und Programmqualität

Schon im Grundansatz erscheint es plausibel – oder zumindest nicht von vornherein unplausibel –, die Rechtmäßigkeit der Beitragspflicht davon abhängig zu machen, dass die Sender ihren spezifisch öffentlich-rechtlichen Auftrag erfüllen. Verfassungsrechtlich gerechtfertigt wird die Beitragspflicht aus dem Vorteil, der für den einzelnen Beitragsschuldner darin liegt, das Programm des öffentlich-rechtlichen Rundfunks empfangen und nutzen zu können.⁵⁷ Dafür reicht es nicht aus, irgendwelche Audio- und Videoangebote konsumieren zu können, solange diese nur von einem öffentlich-rechtlich konstituierten Anbieter hergestellt und verbreitet werden. Der relevante Vorteil liegt vielmehr in der besonderen inhaltlichen Qualität des Programms.⁵⁸ Das macht das BVerfG deutlich, indem es im Kontext des für den Einzelnen bestehenden Vorteils die verfassungsrechtlich vorgegebenen Anforderungen an Vielfalt und Ausgewogenheit des Programms aufzählt.⁵⁹ Damit ist – selbstverständlich – nicht gemeint, dass die bloße Existenz dieser Anforderungen und ihre Aufnahme in rundfunkrechtliche Bestimmungen durch den einfachen Gesetzgeber die Pflicht zur Beitragszahlung rechtfertigen würden. Entscheidend ist vielmehr, ob sie in der Realität erfüllt werden. Insofern macht es sich die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zu leicht, wenn sie die vermeintliche Irrelevanz von Mängeln bei der Auftragerfüllung damit begründet, die Sicherung von Programmqualität und Programmvietalt sei durch den gesetzlichen Auftrag gewährleistet.⁶⁰ Im Grunde ist das eine rundfunkspezifische Ausprägung des Ansatzes, dass nicht sein kann, was nicht sein darf: Dass Qualität und Vielfalt beauftragt sind, ist für die Rechtfertigung der Beitragspflicht erforderlich, aber eben nicht hinreichend. Dafür, dass ein entsprechendes Angebot auch tatsächlich bereitgestellt wird, mag bestenfalls eine Ausgangsvermutung sprechen, die aber zumindest nicht unwiderlegbar ist.⁶¹

Diesen Überlegungen steht nicht entgegen, dass der Einzelne keinen individuellen, klagbaren Anspruch auf ein Programm einer bestimmten

57 BVerfGE 149, 222 (258 ff. Rn. 73 ff.).

58 So auch zu Recht *B. Schneider*, NVwZ 2024, 38 (39).

59 BVerfGE 149, 222 (260 ff. Rn. 77 ff.).

60 Oben III. 2.

61 S. dazu *C. Degenhart*, in: W. Kahl/C. Waldhoff/C. Walter, Bonner Kommentar zum GG, Loseblatt, Stand 222. EL Dezember 2023, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 403: Verpflichtung auf einen besonderen Programmauftrag bietet noch nicht die Gewähr für dessen ausnahmslose Beachtung.

Qualität hat. Die Pflicht der Anstalten zur Erbringung eines solchen Programms besteht in der Tat allein im Interesse der Allgemeinheit.⁶² Aber der Einzelne hat das subjektive Recht, mit einer Beitragspflicht nur dann belastet zu werden, wenn er einen individuellen Vorteil hat. Und gegen eine (mögliche) Verletzung dieses Rechts muss er auf Grund von Art. 19 IV GG gerichtlich vorgehen können.⁶³

2. Die Bedeutung der Rundfunkfreiheit

Der fachgerichtliche Hinweis auf die Rundfunkfreiheit, die dem Rundfunk das Recht gebe, selbst zu bestimmen, was der gesetzliche Rundfunkauftrag in publizistischer Hinsicht verlange,⁶⁴ ist zwar nicht dem Grunde nach falsch, im hier betrachteten Kontext aber nicht ausreichend: Der öffentlich-rechtliche Rundfunk genießt in der Tat grundrechtlich abgesicherte Freiheit bei der Auftragserfüllung. Das macht die Frage, ob der Auftrag erfüllt wird, aber – auch prozessual – weder entbehrlich noch unstatthaft: Grundrechtlich geschützt ist allein die Entscheidung über das Wie, nicht über das Ob der Auftragserfüllung. Wenn sich die Anstalten – um es mit einem bewusst überzeichneten Beispiel zu verdeutlichen – unter Verletzung ihrer grundgesetzlichen und einfach-rechtlichen Pflichten dazu entscheiden sollten, den Sendebetrieb vollständig einzustellen, würden sie ihren Auftrag nicht mehr erfüllen. Zugleich ginge der einzelne Beitragszahler des Vorteils verlustig, der seine Zahlungspflicht rechtfertigt.

Dem Grunde nach würde nichts anderes gelten, wenn die Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks den rechtlichen Vorgaben nicht genügen, weil sie hinreichend gewichtige (!) Mängel hinsichtlich ihrer Ausgewogenheit und Vielfalt aufweisen sollten. Dagegen spricht auch nicht das verwaltungsgerichtliche Argument, es sei nicht Aufgabe der Gerichte, qualitative Einschätzungen über öffentlich-rechtliche Programminhalte in die Entscheidung rundfunkbeitragsrechtlicher Rechtsfragen einzubringen.⁶⁵ Bereits die Tatsache, dass die öffentlich-rechtlichen Anstalten (wenn auch begrenzter) staatlicher Rechtsaufsicht unterstehen, belegt, dass dieser Hinweis staatliche Kontrolle nicht vollständig ausschließt: Soweit staatliche

62 So eingehend VG Freiburg, Urt. v. 17.5.2023 – VG 9 K 385/23, BeckRS 2023, 12434 Rn. 33 ff.

63 Dazu näher B. Schneider, NVwZ 2024, 38 (40).

64 Oben III. 2.

65 Oben III. 2.

Behörden den Rundfunk kontrollieren dürfen, dürfen es auch Gerichte. Und ein Argument dafür, dass dies im Streit um die Beitragspflicht anders sein sollte, ist nicht ersichtlich.⁶⁶

3. Die über den Einzelfall hinausreichende Bedeutung relevanter Mängel bei der Auftragserfüllung

Umgekehrt ist freilich zu bedenken, dass es gravierende Konsequenzen hätte, wenn ein Beitragsschuldner mit dem Argument durchdringen sollte, seine Heranziehung zur Zahlung sei wegen Mängeln in der Aufgabewahrnehmung rechtswidrig. Zwar würde zunächst nur der ihn treffende Bescheid aufgehoben (§ 113 I 1 VwGO), weil der die Zahlungspflicht rechtfertigende individuelle Vorteil – die Möglichkeit der Nutzung öffentlich-rechtlicher Rundfunkangebote in der geforderten Qualität – nicht vorhanden wäre. In der Logik des aktuellen Beitragssystems folgt daraus aber zwingend, dass dieser Vorteil nicht nur für den Kläger, sondern für alle Beitragsschuldner weggefallen wäre. Zwar klingt der Begriff des „individuellen“ Vorteils nach einem Sondervorteil, den nur einzelne haben. So aber liegen die Dinge hier nicht, weil jedermann die Angebote nutzen kann. Das steht einer Beitragspflicht nicht entgegen: Das BVerfG führt aus, auch eine unbestimmte Vielzahl oder gar alle Bürgerinnen und Bürger könnten zu Beiträgen herangezogen werden, sofern ihnen jeweils ein Vorteil individuell-konkret zugerechnet werden könne.⁶⁷ Dieser Vorteil aber ist – da es nicht um die Ausstrahlung eines individuell zugeschnittenen Wunschprogramms geht – für alle identisch. Sobald einem Bürger kein auftragsgemäßes Programm mehr bereitgestellt werden sollte, würde das auch für alle anderen gelten. Zwar wären sie nicht Beteiligte des Prozesses, so dass sich die unmittelbaren Wirkungen der Entscheidung nicht auf sie erstrecken würden.⁶⁸ Jedoch lässt sich sicher voraussagen, dass es in einer solchen Konstellation spätestens nach der Rechtskraft der obsiegenden Entscheidung zu einer solchen Zahl von Zahlungsverweigerungen und Klagen kommen würde, dass die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Anstalten gefährdet wäre.

66 Dazu noch unten V. 4.

67 BVerfGE 149, 222 (259 Rn. 76).

68 Vgl. § 121 VwGO.

Damit aber entstände ein verfassungsrechtlich nicht hinnehmbarer Zustand. Die Existenz und Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sind verfassungsrechtlich gefordert.⁶⁹ Die Rundfunkfreiheit des Art. 5 I 2 GG verbietet es, dass der Staat einem Zusammenbruch des öffentlich-rechtlichen Rundfunks tatenlos zuschaut.

4. Der Blick auf Rechtsaufsicht und Programmbeschwerde

Das daraus entstehende Dilemma lässt sich – um auch dieses Argument der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Blick zu nehmen – nicht mit dem Hinweis auf die Möglichkeit der Programmbeschwerde bzw. der Existenz der Rechtsaufsicht⁷⁰ lösen oder umgehen. Dass Mängel bei der Auftragserfüllung auf diesen Wegen geltend gemacht werden können, ist kein (oder zumindest kein gewichtiges) Argument für die vermeintliche Irrelevanz dieser Mängel im Beitragsstreit. Anders läge es, wenn Programmbeschwerde und Rechtsaufsicht mit Blick auf Mängel in der Auftragserfüllung als abschließende Reaktionsmöglichkeiten konzipiert sein sollten.

Das wird sich in dieser Rigidität nicht vertreten lassen. Immerhin aber lassen sich den anerkannten Grundsätzen zum Umfang der Rechtsaufsicht und zu ihrem Verhältnis zur Programmbeschwerde Anhaltspunkte entnehmen, die auch im hier betrachteten Kontext nutzbar gemacht werden können.

Die Zulässigkeit einer staatlichen Aufsicht über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk ist dem Grunde nach unbestritten.⁷¹ Ausgeschlossen ist freilich eine Fachaufsicht, die sich auf Aspekte der Zweckmäßigkeit erstreckt;⁷² zulässig ist nur – aber immerhin – eine beschränkte Rechtsaufsicht.⁷³

69 Zur Bestands- und Entwicklungsgarantie zuletzt BVerfGE 158, 389 (420 f. Rn. 83); zur den Staat treffenden Finanzierungspflicht und zum korrespondierenden Finanzierungsanspruch der Anstalten zuletzt BVerfGE 158, 389 (414 Rn. 67 ff.).

70 Oben III. 2.

71 C. Hahn, in: R. Binder/T. Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, Anhang zu §§ 11e, 11f Rn. 44.

72 B. Frye, Die Staatsaufsicht über die öffentlich-rechtlichen Anstalten, 2001, S. 124; A. Hesse, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2003, S. 176; C. Hahn, in: R. Binder/T. Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, Anhang zu §§ 11e, 11f Rn. 45.

73 So schon BVerfGE 12, 205 (261); aus der Literatur K. Berendes, Die Staatsaufsicht über den Rundfunk, 1973, S. 217; M. Schuler-Harms, Rundfunkaufsicht im Bundesstaat, 1995, S. 114; D. Dörr, Umfang und Grenzen der Rechtsaufsicht der Deutschen Welle, 2000, S. 52; C. Gotzmann, Die Staatsaufsicht über die öffentlich-rechtlichen

Diese staatliche Rechtsaufsicht ist – auch das ist im Wesentlichen konsentiert – subsidiär gegenüber der anstaltsinternen Aufsicht. Unabhängig davon, ob die jeweilige einfach-gesetzliche Regelung eine solche Bestimmung enthält,⁷⁴ fordert das verfassungsrechtliche Gebot der Staatsferne, dass die internen Gremien ihre Aufgaben (trotz ihnen eingeräumter Korrekturmöglichkeiten) nicht oder zumindest nicht rechtmäßig erfüllen.⁷⁵

Mehr noch: Damit die Rechtsaufsicht nicht doch zu einer (unzulässigen) Fachaufsicht wird, muss dem Rundfunk speziell bei der Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe ein Beurteilungsspielraum zukommen, dessen Ausfüllung durch die Rechtsaufsicht nicht überprüft werden darf. Im Ergebnis muss sich die Rechtsaufsicht daher auf eine Evidenzkontrolle beschränken; sie darf nur bei außergewöhnlichen und gravierenden Verstößen einschreiten.⁷⁶

5. Die Konsequenzen für die Relevanz programmlicher Defizite im Beitragsstreit

Diese Maßstäbe lassen sich auch für die Beantwortung der Frage nutzbar machen, ob bzw. inwiefern es im Streit um die Beitragspflicht auf Mängel bei der Auftragserfüllung ankommen kann. Auch wenn die staatliche Aufsicht über den Rundfunk in mehrfacher Hinsicht limitiert ist, existiert sie doch. Soweit sie reicht, sind die Anstalten staatlichen Ingerenzen nicht entzogen. Dabei kann es sich um Maßnahmen von Rechtsaufsichtsbehörden handeln, aber auch um gerichtliche Entscheidungen, die diese Maßnahmen beurteilen. Es ist nicht ersichtlich, warum das im Streit um die Heranziehung zur Beitragszahlung anders sein sollte.

Aus diesem Grund sind vom Kläger vorgetragene Mängel bei der Auftragserfüllung nicht von vornherein ungeeignet, die Rechtswidrigkeit seiner

Rundfunkanstalten, 2003, S. 161; A. Hesse, *Rundfunkrecht*, 3. Aufl. 2003, S. 176; A. Beater, *Medienrecht*, 2007, § 21 Rn. 1845; C. Degenhart, in: W. Karl/C. Waldhoff/C. Walter, *Bonner Kommentar zum GG*, Loseblatt, Stand 222. EL Dezember 2023, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 404.

⁷⁴ Nur beispielhaft § 54 IV WDR-Gesetz.

⁷⁵ C. Gotzmann, *Die Staatsaufsicht über die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten*, 2003, S. 161; A. Hesse, *Rundfunkrecht*, 3. Aufl. 2003, S. 175; C. Hahn, in: R. Binder/T. Vesting, *Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht*, 4. Aufl. 2018, Anhang zu §§ 11e, 11f Rn. 46; a.A. K. Berendes, *Die Staatsaufsicht über den Rundfunk*, 1973, S. 217.

⁷⁶ C. Hahn, in: R. Binder/T. Vesting, *Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht*, 4. Aufl. 2018, Anhang zu §§ 11e, 11f Rn. 45.

Beitragspflicht zu begründen. Jedoch hängt der Erfolg einer solchen Klage wegen der Beschränkung auf eine Evidenzkontrolle von gravierenden Verstößen ab, die den Auftrag aus rechtlicher Sicht unter Berücksichtigung der Rundfunkfreiheit der Anstalten als nicht erfüllt erscheinen lässt. Einzelverstöße werden dafür nicht ausreichen.⁷⁷ Vielmehr wird man strukturelle Defizite bei der Auftragserfüllung verlangen müssen.⁷⁸

Mit Blick auf die Subsidiarität staatlicher Einwirkungen wird man vom Kläger zudem verlangen müssen, seine Bedenken hinsichtlich der Erfüllung des Auftrags zunächst den anstaltsinternen Gremien vorzutragen, etwa durch die Einlegung von Programmbeschwerden. Sollte dies erfolglos bleiben, können die betreffenden Bedenken auch im Beitragsstreit geltend gemacht werden.

Solange die Anstalten ein Programm bereitstellen, das (unter Berücksichtigung ihrer grundrechtlichen Freiheit) den Auftrag erfüllt, entstehen daraus keine Gefahren für das Gesamtsystem. Sollte das Programm derart gravierende Defizite aufweisen, dass die Pflicht zur Beitragszahlung wegfallen würde, wäre der Staat grundrechtlich ohnehin verpflichtet, die Erfüllung des Auftrags im Wege der Rechtsaufsicht durchzusetzen.

VI. Fazit

Die neuere verfassungsgerichtliche Rechtsprechung legt den Finger in eine Wunde der bisherigen verwaltungsgerichtlichen Konzeption, zu deren Überprüfung sie nun immerhin beizutragen scheint.⁷⁹ Die Berufung auf programmliche Mängel im Beitragsstreit ist womöglich doch nicht von vornherein ausgeschlossen. Zu größeren Problemen für das System öffentlich-rechtlicher Rundfunk muss das nicht führen.⁸⁰ Im günstigsten Fall wird hier einmal mehr ein „Irritationspotenzial“ geschaffen, das die Anstal-

⁷⁷ B. Schneider, NVwZ 2024, 38 (40).

⁷⁸ S. VG Freiburg, Urt. v. 17.5.2023 – VG 9 K 385/23, BeckRS 2023, 12434 Rn. 47 ff., unter Hinweis auf weitere verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zum allgemeinen Beitragsrecht: Gefordert sei ein strukturelles Versagen bzw. Systemversagen, das eine völlige, umfassende Funktionslosigkeit und ein generelles Gesamtversagen voraussetze.

⁷⁹ Zur jüngst erfolgten Zulassung der Revision durch das BVerwG oben IV. 3. c).

⁸⁰ S. aber den Artikel „Alarm für ARD und ZDF“, M. Hanfeld, faz.net v. 12.6.2024, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/rundfunkbeitrag-bundesverwaltungsgericht-will-ard-und-zdf-pruefen-19783691.html> (zuletzt abgerufen am 22.7.2024).

ten zur Auftragserfüllung anhält. Dass dieser Mechanismus dazu beitragen kann, den von der Allgemeinheit finanzierten Rundfunk vor Irrwegen zu bewahren, hat *Georgios Gounalakis* schon 2008 zutreffend festgestellt.⁸¹

81 *G. Gounalakis/C. Wege*, NJW 2008, 800 (805), seinerzeit bezogen auf Bemühungen der Anstalten zur Vermeidung übermäßiger Gebührenerhöhungen.

Spannungsverhältnis zwischen Recht und Ökonomie bei der Vermarktung von Radiowerbung

– oder: ARD Media, RMS und die Medienfreiheit

*Andreas Walter und Luca Schramke**

I. Einleitung

„Das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung ist als unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt (un des droits les plus précieux de l'homme nach Art. 11 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789). Für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ist es schlechthin konstituierend, denn es ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist (BVerfGE 5, 85 [205] = NJW 56, 1393). Es ist in gewissem Sinn die Grundlage jeder Freiheit überhaupt, „the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom“ (Cardozo).“¹

Zunehmend wird es schwieriger sich durch die Informationsvermittlung mittels Massenmedien möglichst breit zu informieren, um eine eigene Meinung immer wieder kritisch zu hinterfragen, zu entwickeln und/oder zu verändern.

Dies einerseits deswegen, weil das unüberschaubare Massenmedienangebot von verschiedenen Gatekeepern nach eigenem Belieben sortiert und individualisiert zugänglich gemacht wird – oder eben nicht. Ein solch primär reichweite- und damit einnahmenerhöhender personalisierter Programmzuschnitt führt letztlich dazu, dass Konsumenten möglichst eng in ihrem Interessen- und Meinungsspektrum bedient werden, also in ihrer sog. Bubble bleiben. Dem Medienanbieter als Meinungskurator kommt in

* Prof. Dr. *Andreas Walter*, LL.M. ist Rechtsanwalt u. Partner im Frankfurter Büro der Anwaltssozietät Schalast Law | Tax und Akademischer Direktor des Master of Banking & Capital Market Law-Studiengangs an der Frankfurt School of Finance & Management.

Luca Schramke ist Rechtsanwalt im Frankfurter Büro der Anwaltssozietät Schalast Law | Tax.

1 BVerfG, in: NJW 1958, 257 (Lüth), 258.

einer überschaubaren Informations- aber auch Medienflut eine wesentliche Rolle zu: er ist es, der Angebote zusammenstellt, also Inhalte so berücksichtigt und andere ausspart, dass die Rezipienten möglichst lange und häufig über sein Gate den Zugang zu Medieninhalten wählen.

Andererseits aber auch, weil es aufgrund mannigfaltiger Zugänglichkeit sowie moderner Technologien zu immer mehr Fragezeichen kommt, welche Inhalte eigentlich – zumindest im Kern – wahr sind und welche nicht. Auch insoweit kommt dem Gatekeeper eine entscheidende Rolle zu. Sein Gate zu Medien entwickelt sich nämlich über den Lauf der Zeit immer mehr zu einem vertrauten und vertrauenswürdigen Zugang zu medialen Inhalten.

Wenn die Entscheidungen des Gatekeepers derart wichtig für Bildung, Evaluierung und Unterhaltung von Meinung und damit der Meinungsfreiheit selbst sind, lohnt es sich, die Gatekeeper ein wenig mehr in den Blick zu nehmen. Wer Gatekeeper ist, ist teilweise offensichtlich, liegt aber häufig, gerade bei flüchtigem Blick, auch im Verborgenen.

Offensichtlich sind Rundfunkanstalten, Zeitungen- und Zeitschriften, Radiosender, Onlinemedien, wie TikTok, Instagram u.a., mediale Gatekeeper im vorstehenden Sinne. Bei einem Blick auf den italienischen Medienmarkt war auch jedem klar, dass die schillernde Person Silvio Berlusconi, der zahlreiche Fernseh- und Radiosender aber auch Printmedien über seine gesellschaftsrechtliche Position kontrollierte, Gatekeeper in diesem Sinne war.

Von den großen europäischen Medienvermarktern, wie beispielsweise die *ARD Media GmbH*² (nachstehend *ARD Media*) oder die *RMS Radio Marketing Service GmbH & Co. KG*³ (nachstehend *RMS*) werden aber die wenigsten Medienkonsumenten je gehört haben.

Menschen mit einem Mindestmaß an Medienkompetenz können das Verhalten vieler primärer Gatekeeper, so sie sie denn als solche erkennen, grob und unscharf immerhin einschätzen. Nutzern von TikTok ist es beispielsweise zumindest im Bewusstsein, dass ihr Medien von einem Gatekeeper gesteuert wird und, dass dieser Gatekeeper primär das Ziel verfolgt, sie möglichst lange und häufig an den Bildschirm „zu fesseln“.

2 Bis Januar 2022 firmierend als *ARD-Werbung SALES & SERVICES GmbH*. Zwischen Oktober 2006 und Januar 2021 war die Radiovermarktung auf die *AS&S Radio GmbH* ausgelagert. Im Folgenden insgesamt: „*ARD Media*“.

3 *Kolonko* in Paschke/Berlit/Meyer/Kröner, *Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht*, 4. Aufl., 2021, A. 54, Rnr. 26.

Problematischer ist es, wenn der Gatekeeper, wie vorstehend bereits beschrieben, im Verborgenen bleibt. Ja selbst mit viel Mühe nicht erkennbar ist. Abgesehen von seinem Vorhandensein haben Mediennutzer nicht den blassesten Schimmer von den Plänen, Zielen und Steuerungsmechanismen des Gatekeepers.

Aus der grundgesetzlich eingeräumten Medienfreiheit ergeben sich für das klassische Massenmedium Rundfunk besondere Anforderungen.⁴ Der Rundfunk gehört ebenso wie die Presse zu den unentbehrlichen modernen Massenkommunikationsmitteln durch die die öffentliche Meinung gebildet und beeinflusst wird.⁵ Er ist Medium und Faktor der öffentlichen Meinungsbildung.⁶ Der Konsument soll sich beim Rundfunk darauf verlassen können, dass eine gewisse Meinungspluralität innerhalb des Senders verhindert, dass sich ein Gatekeeper mit seinen Wünschen, was gesendet wird und was nicht, durchzusetzen vermag.⁷ Gerade dem Rundfunk wird insoweit also besonders viel Vertrauen entgegengebracht. Der Konsument lässt also beim Rundfunk – anders als bei quasi unkontrollierten internationalen Onlinemedien – weniger Vorsichtsmaßnahmen walten, er lässt quasi seine „Schutzmauern“ herunter.

Die großen Rundfunkvermarkter, von denen, wie gesagt, die meisten Konsumenten noch nie gehört haben, entscheiden auf einen Milliarden-Euro-Markt darüber, wer welche Werbung senden darf und wer nicht. Sie entscheiden also, welchen Sendern erhebliche finanzielle Mittel zufließen, welchen weniger und vor allem, welchen gar nichts. Angesichts des Umstandes, dass die Produktion hochwertiger und zeitgemäßer Programme teuer ist, haben die Rundfunkvermarkter es also letztlich in der Hand, welche Sender erfolgreich werden und welche in der sprichwörtlichen Versenkung verschwinden.

Der Bereich der Rundfunkvermarkter als wesentliche Meinungsgatekeeper und damit Meinungsbeeinflusser ist bislang – anders als die von Medienplattformen, Betreiber sog. Benutzeroberflächen und Medienintermediären⁸ – in Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung wenig beachtet.

4 Zum Ganzen schon Gounalakis/Zagouras in: ZUM 2006, 716.

5 BVerfG, in: NJW 1961, 547 (*Deutschland-Fernsehen-GmbH*), 552.

6 BVerfG, in: NJW 1961, 547 (*Deutschland-Fernsehen-GmbH*), 552.

7 So auch die recht detaillierten Regelung in § 59 des Staatsvertrags zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland.

8 Zu diesen drei Kategorien sind im Staatsvertrags zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland bereits umfassende Verhaltensweisen zur Sicherung der Meinungspluralität vorgegeben.

Dieser Aufsatz soll ein wenig Licht auf diese bislang wenig erforschte Spezies lenken.

II. Marktüberblick Hörfunkwerbung – Kennzahlen und Funktionsweise

1. Marktüberblick

86% der 14- bis 69-jährigen Deutschen hörten 2023 wenigstens ab und zu Radio.⁹ Im Durchschnitt etwa 77 Minuten täglich¹⁰ Zum Vergleich: Die durchschnittliche Onlineaktivität betrug im selben Jahr 52 Minuten täglich.¹¹ Radiohören ist, nach Fernsehen und vor Kochen, die zweitbeliebteste Freizeitbeschäftigung in Deutschland lebender Menschen.¹² Obgleich die Hörerzahlen leicht rückläufig sind, ist die Anzahl neuer Radiosender zuletzt sprunghaft gestiegen. Damit ist das Radio auch aktuell das mit Abstand wichtigste Audiomedium in Deutschland. Die Werte des auf dem zweiten Platz folgenden Musikstreamings (Reichweite 68%; 46 Minuten täglicher Nutzungsdurchschnitt¹³) stagnieren seit mehreren Jahren. Es ist also davon auszugehen, dass das Radio auch in absehbarer Zukunft ein bedeutender Faktor in der deutschen Medienlandschaft bleiben wird.

2. Grundsätzliche Funktionsweise und Geschäftsmodell der Vermarkter

Im Gegensatz zum, jedenfalls in großen Teilen, beitragsfinanziertem öffentlichen-rechtlichen Rundfunk, finanziert sich der private Rundfunk fast

9 Forsa, Media Activity Guide 2023 S. 40, abrufbar unter: <https://www.seven.one/documents/20182/8471213/Media+Activity+Guide+2023.pdf/4c2f8efd-299d-8d5c-517b-1b7bccb08373?t=1697624287977>, zuletzt abgerufen am 1. April 2024.

10 Forsa, Media Activity Guide 2023, Fn. 9, S. 40.

11 Forsa, Media Activity Guide 2023, Fn. 9, S. 48.

12 Zahlen für 2018-2021; Statista, abrufbar unter <https://de-statista-com.eul.proxy.openathens.net/statistik/daten/studie/171601/umfrage/mehrmals-pro-monat-ausgeuebte-freizeitaktivitaeten/>, zuletzt abgerufen am 1. April 2024, mit Verweis auf Verbrauchs- und Medienanalyse - VuMA 2022.

13 Forsa, Media Activity Guide 2023, Fn. 9, S. 40.

ausschließlich durch Werbung.¹⁴ Die Bruttoumsätze für Radiowerbung betrugen im Jahr 2023 rund 1,97 Milliarden Euro.¹⁵

Angesichts dieser Summen wird es nicht verwundern, dass der Werbemarkt auch im Bereich des Hörfunks hochprofessionalisiert und spezialisiert ist.¹⁶ Wesentliche Akteure dieses Marktes sind Medienagenturen und Vermarktungsagenturen, die, jedenfalls im überregionalen Bereich, die Bindeglieder zwischen Werbetreibenden und Senderbetreiber sind.

Medienagenturen kreieren und planen die Werbekampagnen im Auftrag der Werbetreibenden. Sie haben die Aufgabe die Kampagnen, beispielsweise durch die Wahl des Mediums, der Werbezeiten und Frequenzen, so zu steuern, dass die Werbung möglichst effektiv bei der zuvor von ihnen bestimmten Zielgruppe ankommt. Die Medienagenturen bestimmen daher den Werbezeitenmarkt auf Nachfrageseite.¹⁷

Was für die Werbetreibenden die Medienagenturen sind, sind für die Senderbetreiber die Vermarktungsagenturen (nachstehend auch Vermarkter). Sie vermarkten deren Werbezeiten in der Regel als Kommissionäre im eigenen Namen für Rechnung der Auftraggeber. Auftraggeber sind Hörfunksender oder Kombinationen von Hörfunksendern, die sich mit dem Ziel der gemeinsamen Vermarktung ihrer Werbezeiten zusammengeschlossen haben. Die Vermarkter bilden aus den Werbezeiten der einzelnen Sender und Senderkombinationen weitere, größere Kombinationen, mit denen beispielsweise bestimmte Hörerzielgruppen oder bestimmte Regionen optimal erreicht werden können. Die Vermarkter übernehmen neben der Einzelvermarktung vor allem die Vermarktung der von ihnen gebildeten Kombinationen.

Für die national Werbetreibenden bzw. die von ihnen beauftragten Medienagenturen hat dies den entscheidenden Vorteil, dass sie nicht mit jedem Senderbetreiber einzeln verhandeln müssen, sondern über einen Ansprech-

14 Bericht der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) über die Entwicklung der Konzentration und über Maßnahmen zur Sicherung der Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk, Berlin, 2022 (KEK 2022), S. 107.

15 Nielsen. (21. Februar, 2024). Entwicklung der Bruttowerbeaufwendungen für Radiowerbung in Deutschland von Dezember 2020 bis Januar 2024 (in Millionen Euro) [Graph]. In Statista, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/182700/umfrage/bruttoumsaetze-mit-radiowerbung-monatszahlen/>, letzter Abruf am 1. April 2024.

16 Kuhlmann, Mediaagenturen und Werbevermarkter, München, 2020, S. 34.

17 Hierzu und zu den ebenfalls problematischen Einflüssen der Medienagenturen auf die Meinungspluralität im privaten Rundfunk eingehend: Kuhlmann, Fn. 16.

partner und zu einem einheitlichen Preis Werbung im gesamten Bundesgebiet schalten können. Zugleich können durch die größeren Volumen entsprechende Mengenrabatte ausgehandelt werden.¹⁸

3. Die Gatekeeperstellung der Vermarkter und die daraus folgenden Probleme

a) Gatekeeperstellung

Nahezu der gesamte Markt der nationalen Werbevermarktung befindet sich, das zweigliedrige Rundfunksystem widerspiegelnd, in der Hand zweier Vermarktungsagenturen, Dabei handelt es namentlich um die bereits angesprochenen großen Vermarkter ARD Media und RMS.

ARD Media steht im Eigentum der Vermarktungsgesellschaften der Landesrundfunkanstalten. Vermarktet werden nahezu ausschließlich Sender des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und lediglich einzelne, wenige Privatsender. Mit ihrer ARD Media Deutschland-Kombi werden aktuell an Wochentagen (Mo. – Fr.) durchschnittlich 3.467.000 Hörer im Alter zwischen 14 und 49 Jahren pro Stunde erreicht.¹⁹ Dies entspricht 35% der Hörer insgesamt.²⁰

Bei RMS handelt es sich nach eigenen Angaben um den führenden Vermarkter im deutschen Audiowerbemarkt.²¹ Vermarktet werden ausschließlich Privatsender. Nahezu alle der von RMS vermarkteten Sender gehören (zumindest mittelbar) den Gesellschaftern der RMS. Mit ihrem Premiumprodukt, der RMS SUPER KOMBI werden an Wochentagen (Mo. – Fr.) durchschnittlich 4.876.000 Hörer der genannten Zielgruppe pro Stunde erreicht, was einer Quote von rund 50% aller Hörer entspricht.²²

Der Gesellschafterkreis der RMS setzt sich im Wesentlichen aus den großen Radio-Rundfunkbetreibern zusammen. Hinter diesen stehen im Kern große Verlagshäuser. Die Print-Verleger wurden nämlich bei Einführung des privaten Rundfunks mit ihrem Argument, dass bei Verbreiterung des Rundfunkangebots (durch Zulassung von privatem Rundfunk) Printmedien über kurz oder lang sterben, jedenfalls einen signifikanten Bedeutungs-

18 Kuhlmann, Fn. 16, S. 117.

19 Ma 2024 Audio I.

20 Ma 2024 Audio I.

21 RMS Eigendarstellung, abrufbar unter <https://rms.de/daten-und-fakten>, zuletzt abgerufen am 1. April 2024.

22 Ma 2024 Audio I.

verlust erleiden würden, privilegiert. Wie wir heute positiv wissen, war diese Argumentation schlicht unzutreffend. Die Marktbeherrschung der RMS geht letztlich also auf eine staatliche Privilegierung bei der Senderzulassung zurück, die auf einem bekanntermaßen unzutreffenden Argument basiert.

4. Folgen für die Meinungspluralität im Hörfunk

a) Strukturelle Folgen

Überregionale Werbung wird nahezu ausschließlich über die beiden Vermarkter gebucht. Eine Direktvermarktung über die einzelnen Sender findet auf nationaler und überregionaler Ebene so gut wie nicht statt.²³ Der Zugang zum nationalen Werbemarkt hängt für die einzelnen Sender also im Ergebnis ausschließlich davon ab, ob sie Teil einer der großen Senderkombinationen der beiden Vermarktungsagenturen ist.

Ob die Sender in die Vermarkterkombinationen aufgenommen werden oder nicht ist für diese nicht selten eine, wenn nicht gar *die* Frage von existenzieller Bedeutung. Von hoher Relevanz für die jeweiligen Sender ist aber auch die Frage, ob eine Vermarktung durch ARD Media oder durch RMS erfolgt. Weil ARD Media weit überwiegend Sender des öffentlich-rechtlichen Rundfunks vermarktet deren Werbezeiten rechtlich eng begrenzt sind, ist eine Vermarktung durch RMS für die Privatsender finanziell deutlich attraktiver. Für die Senderbetreiber ist eine Vermarktung durch ARD Media daher keine Alternative zu einer Vermarktung durch RMS.²⁴

Ob ein Sender in eine der Kombinationen aufgenommen wird, entscheiden alleine die Vermarkter. Hierbei verwenden sie mehr oder weniger transparente Kriterien, die sie – wie die wenige einschlägige Rechtsprechung zeigt – nicht immer einheitlich und diskriminierungsfrei anwenden.²⁵

23 Bericht der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) über die Entwicklung der Konzentration und über Maßnahmen zur Sicherung der Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk 2018 (KEK 2018), S. 86.

24 *BKartA*, Beschl. d. 6. BA, v. 15.8.2001, Az. B 6 – 92202 – TX - 127/99, zitiert nach BeckRS 2014, 11088 Rnr. 52.

25 *BGH*, in: GRUR 2021, 631 (*Aufnahme in das Vertriebssystem eines marktbeherrschenden Unternehmens*), Rnr. 44.

Öffentlich einsehbar scheint dabei nur der von RMS aufgestellte Kriterienkatalog²⁶ zu sein. Die von RMS aufgestellten Kriterien zielen dabei darauf ab, Sender mit kleinerer Reichweite von der Vermarktung auszuschließen. Voraussetzung für eine Vermarktung durch RMS sind unter anderem, dass die Sender als 24-Programm zulässig sind, und über eine landesweite Rundfunklizenz verfügen bzw. nachweislich von über 50% der Wohnbevölkerung eines Bundeslandes auf üblichen Wegen empfangen werden können. Außerdem müssen die Sender in den letzten zwei Jahren vor Antragsstellung in der von der Arbeitsgemeinschaft Media-Analyse e.V. herausgegebenen *ma* Radio (mittlerweile *ma Audio*) ausgewiesen sein und dort bestimmte Mindestreichweiten in den werberelevanten Zielgruppen nachweisen.

Während der Zugang zum nationalen Werbemarkt somit Sendern mit kleinerer Reichweite verwehrt bleibt, wendet RMS diese Kriterien allerdings nicht in allen Fällen an. Kleinere Sender, die von den Gesellschaftern der RMS betrieben werden, werden dennoch und bleiben auch in die Kombinationen aufgenommen. Damit kann RMS einerseits Sender durch das Versagen der Vermarktung von dringend benötigten Geldern ausschließen und andererseits ansonsten möglicherweise unbedeutenden Sendern erhebliche finanzielle Mittel zuspielen.

Diese Effekte werden dadurch verstärkt, dass die Gesellschafter der RMS selbst Sender betreiben. Die Sockelbeträge und Provisionen, die die Sender für die Vermarktung an RMS zahlen müssen, fließen also, soweit diese über die Deckung der Vermarktungskosten hinausgehen, im Ergebnis den Konkurrenzsendern zu. RMS ist darauf bedacht, Einzelheiten über die Vergütungsstruktur möglichst geheim zu halten, sodass hierzu keine näheren Informationen vorliegen. Sollte der in der Vergangenheit bereits hinter vorgehaltener Hand geäußerte Verdacht, Drittsender müssten sich durch die Aufnahme in die Vermarktung durch das Bestellen vergütungspflichtiger Scheinleistungen bei RMS erkaufen zutreffen, würde dies den genannten Effekt noch weiter erhöhen.

26 Abrufbar unter https://rms.de/RMS_Deutschland/Downloads/Weitere/RMS_Kriterienkatalog.pdf, zuletzt abgerufen am 1. April 2024.

b) Folgen für die Programmgestaltung

Die Duopolstellung der Werbevermarkter hat aber nicht nur Auswirkungen auf die Struktur des Hörfunkmarktes, sondern auch (potentiellen)²⁷ Einfluss auf die Programmgestaltung selbst. Diese Gefahr sieht auch das *Bundesverfassungsgericht*, wenn es gerade aufgrund der Abhängigkeit des privaten Rundfunks diesen nicht für geeignet hält, eine verfassungsmäßige Grundversorgung herzustellen, weswegen der öffentlich-rechtliche Rundfunk auch (zumindest derzeit) unverzichtbar sei. Abgesehen davon, dass Werbung selbst Teil des Rundfunkprogramms ist, ist ihr Einfluss auf das restliche Programm vielfältig, sodass hier nur einige, im Hinblick auf die Machtkonzentration besonders bedeutsame Aspekte eingegangen wird.

Dabei ist zunächst hervorzuheben, dass auch das *Bundesverfassungsgericht* explizit Werbung selbst als von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützt sieht.²⁸ Durch die Zusammenstellung von deutschlandweit erreichbarer Kombinationen, wird diese nahezu im gesamten Markt vereinheitlicht.

Weiteren (potentiellen) Einfluss nehmen die Vermarkter durch ihre Vergütungssysteme.²⁹ So ist die Reichweite der einzelnen Sender bei der für die Werbetreibenden mit Abstand bedeutendste Hörergruppe der 14-49- bzw. 59-Jährigen nicht nur für die Aufnahme in die Kombinationen selbst entscheidend. Auch die von den Vermarktern an die Sender zu zahlende Vergütung berechnet sich hauptsächlich nach den Hörerkontakten dieser Zielgruppe. Es ist also naheliegend, dass die Sender ihr Programm möglichst mit Themen besetzen, die diese Zielgruppen bedienen. Die Vermarktung in Kombinationen erfordert oftmals auch selbst eine Anpassung der Programmgestaltung an die der anderen in der jeweiligen Kombination vermarkteten Sender.³⁰ Mediale Meinungsbildung soll aber gerade nicht nur die Zielgruppe der 14-49-Jährigen ansprechen.

27 Den tatsächlichen Einfluss auf die Programmgestaltung wird man in aller Regel nicht wissenschaftlich nachweisen können. Für die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Ausgestaltungen der Rundfunkfreiheit dürfte es aber ohnehin auch auf potentielle Beeinträchtigungen der Meinungsbildung ankommen.

28 BVerfG, in: NJW 1967, 976 (*Veröffentlichung von Auslands-Stellenangeboten in der Presse*), 976; BVerfG, in: NJW 1971, 1555 (*Verfassungswidrigkeit des Generalverbots der Werbung durch Bilder für Nacktkultur*), 1558; BVerfG, in: NJW 2001, 591 (*Benetton I*), 591; BVerfG, in: NJW 2005, 3201 (*Trennung von Werbung und Beiträgen*), 3201.

29 KEK 2018, Fn. 23, S. 87; Kuhlmann, Fn. 16, S. 127.

30 KEK, 2018, Fn. 23, S. 20.

Auch ist die Produktion des Programms für die Sender kostenaufwendig. Haben diese weniger finanzielle Mittel zur Verfügung, so müssen sie die Sendezeit auf möglichst günstige Weise füllen und können keine Mittel für hochwertige Programminhalte aufwenden, etwa indem sie hierfür notwendige Lizenzgebühren zahlen. Dies führt nicht nur generell zu weniger tiefgründigen und ähnlicheren Formaten, sondern hat auch für die einzelnen Sender negative Folgen. Denn grundsätzlich ist davon auszugehen, dass hochwertigere Inhalte zu einer gesteigerten Attraktivität bei den Hörern und damit zu einer größeren Reichweite führt, die dann wiederum zu besseren Vermarktungskonditionen und eine höhere Reichweite ermöglichen (*Werbeeinnahmen-Reichweiten-Spirale*)³¹.

Schließlich liegt auf der Hand, dass das Betreiben von „Gefälligkeitsjournalismus“³² zugunsten der Werbetreibenden, also das positivere bzw. weniger kritische Berichten über Werbetreibende dort eine deutliche größere gesellschaftliche Gefahr darstellt, wo dieses senderübergreifend geschieht. Durch die ebenfalls starke Konzentration der auf Nachfrageseite handelnden Mediaagenturen steigt die Gefahr von redaktioneller Einflussnahme zusätzlich.³³

III. Verfassungsrechtlicher Rahmen

1. Rundfunkfreiheit

Die Rundfunk- bzw. Medienfreiheit nimmt unter den Grundrechten eine Sonderstellung ein.³⁴ Ihr Wirkungsbereich wird maßgeblich durch die Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* geprägt. Einerseits schützt sie als klassisches Abwehrrecht die Beschaffung, redaktionelle Bearbeitung

31 KEK 2022, Fn. 14, S. 187.

32 Hierzu: *Kuhlmann*, Fn. 16, S.134 f. – mwN.

33 Bericht der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) über die Entwicklung der Konzentration und über Maßnahmen zur Sicherung der Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk 2018 (KEK 2015 (KEK 2015), S. 432 f., Problematisch ist insbesondere das (ausschließlich von RMS betriebene) „Trading“, bei dem Die Medienagenturen Werbezeitenpakete in großem Umfang und mit entsprechenden Rabatten einkaufen, ohne dass sie schon einen konkreten Abnehmer hierfür haben.

34 *Grabenwarter* in: Dürig/Herzog/Scholz, 102. EL August 2023, GG Art. 5 Abs.1 Rnr. 517.

und Verbreitung von Meinungen und Tatsachenmitteilungen vor staatlichen Eingriffen.³⁵

Andererseits handelt es sich um eine „dienende Freiheit“ deren primäre Aufgabe es ist, die freie individuelle und öffentliche Meinungsbildung zu gewährleisten.³⁶ Sie bildet unter den Bedingungen der modernen Massenkommunikation eine notwendige Ergänzung und Verstärkung der Meinungsfreiheit.³⁷ Insbesondere sind staatlicherseits Vorkehrungen zu treffen, die verhindern, dass der Rundfunk nicht einer oder einzelnen gesellschaftlichen Gruppen ausgeliefert wird. Diese Vorkehrungen sollen es vielmehr ermöglichen, die in Betracht kommenden gesellschaftlichen Kräfte im Gesamtprogramm zu Wort kommen zu lassen und die Freiheit der Berichterstattung zu gewährleisten.³⁸ Um diesem gerecht zu werden bedarf es mehr als nur der Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht. Der Gesetzgeber ist vielmehr dazu verpflichtet eine „positive Ordnung“ zu schaffen die eine umfassende und wahrheitsgemäße Informationsmöglichkeit sicherstellt.³⁹ Das hierin liegende Pluralismusgebot ist die Strukturmaxime des Rundfunks.⁴⁰ Ob der Gesetzgeber dies durch eine binnenpluralistische, oder eine außenpluralistische Struktur oder auf sonstige Weise regelt, bleibt ihm überlassen.⁴¹ Dabei kommt ihm grundsätzlich ein weiterer Gestaltungsspielraum zu.

Insbesondere hat der Gesetzgeber aber die vor dem Hintergrund der Pluralismusmaxime ein möglichst hohes Maß gleichgewichtiger Vielfalt im privaten Rundfunk zu erreichen und zu sichern und Konzentrationstendenzen, da sich diese nur schwer rückgängig machen lassen, rechtzeitig und so wirksam wie möglich entgegenzutreten.⁴²

Ob dazu auch die Einzelheiten der Finanzierung des privaten Rundfunks gehören, hat das *Bundesverfassungsgericht* dabei bislang ausdrücklich offengelassen und hierzu nur festgestellt, dass eine Ausgestaltung, die

35 Siehe statt aller nur *Fechner*, Medienrecht, 22. Aufl. 2023, Kap. 10 Rnr. 35 f.

36 St. Rspr, siehe nur *BVerfG*, in: NJW 1981, 1774 (FRAG), 1775; *BVerfG*, in: 1987, 2987 (Baden-Württemberg), 2987/2988; *BVerfG*, in: NJW 1991, 899 (WDR), 899; *BVerfG*, in: NJW 1992, 3285 (Hessen), 3285.

37 *BVerfG*, in: NJW 1981, 1774 (FRAG), 1775.

38 *BVerfG*, in: NJW 1981, 1774 (FRAG), 1776 - mwN.

39 *BVerfG*, in: NJW 1981, 1774 (FRAG), 1976; *BVerfG*, in: NJW 1987, 239 (Niedersachsen), 249.

40 *Dörr*, in: ZUM 2015, 89, 91.

41 *BVerfG*, in: NJW 1981, 1774 (FRAG), 1977; *BVerfG*, in: NJW 1987, 239 (Niedersachsen), 240.

42 *BVerfG*, in: NJW 1981, 1774 (FRAG), 1976.

den Betrieb privater Rundfunksender zur Unwirtschaftlichkeit verurteilen würde und damit die Ausübung der Rundfunkfreiheit nur mit Verlusten ermöglichen würde, mit der Rundfunkfreiheit nicht vereinbar sei.⁴³ Der Gesetzgeber darf private Rundfunkveranstalter nicht mit Voraussetzungen belasten, die ihre Tätigkeit erheblich behindern oder unmöglich machen.⁴⁴ Die Verfassung verpflichtet dazu, den privaten Rundfunkveranstaltern eine realistische Chance zur Verwirklichung des dualen Rundfunksystems zu schaffen.⁴⁵

Richtigerweise ist von einer näheren Ausgestaltungspflicht immer dann auszugehen, wenn sie zur Wahrung der Medienfreiheit im vorstehend skizzierten Sinne erforderlich ist. Denn dadurch, dass der Gesetzgeber den privaten Rundfunk zugelassen hat, hat er „Grundrechtssubstanz“ geschaffen und muss damit konsequenterweise auch gewährleisten, dass die faktische Möglichkeit besteht, das Grundrecht auszuüben.⁴⁶ Und zwar nicht nur für bestehende, derzeit besonders erfolgreiche Radioveranstalter sondern letztlich für alle heute und zukünftig zugelassenen Senderbetreiber.

Eine solche Regelung ist mittlerweile schon aus Gründen der Konzentrationsverhinderung erforderlich. Auch für den privaten Rundfunk hat das *Bundesverfassungsgericht* klargestellt, dass der Gesetzgeber Regelungen treffen muss, um eine ausreichende Pluralität bei den Senderbetreibern zu gewährleisten. Das aktuell vorherrschende Regelungsregime läuft im Hinblick auf den hier besprochenen Problemkreis weitgehend ins Leere und wird durch die Duopolstellung der Vermarkter und deren Einfluss auf die Sendelandschaft sowie die Programmgestaltung weitgehend ausgehöhlt.

Für eine Regelungspflicht spricht auch das duale System selbst und die daraus resultierende Beziehung zwischen öffentlich-rechtlichem und privatem Rundfunk. Denn einerseits stellen die gesetzlichen Regelungen zur Rundfunkbeitragsfinanzierung einen Eingriff in die subjektive Rundfunkfreiheit der privaten Senderbetreiber dar, der eine gesetzliche Grundlage benötigt.⁴⁷ Spiegelbildlich stehen die privaten Sender mit den öffentlich-

43 BVerfG, in: NJW 1991, 899 (WDR), 899, 908.

44 Klein, Die Rundfunkfreiheit, München, 1978, S. 60f.; Kuhlmann, Fn. 16, S. 163.

45 Neft, Rundfunkwerbung und Rundfunkfreiheit, München, 1994, S. 63; Klein, Fn. 44, S. 73.

46 Kuhlmann, Fn. 16, S. 154.

47 Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz, 102. EL August 2023, GG Art. 5 Abs. 1 Rnr. 822.

rechtlichen Sendern in einem einheitlichen Markt⁴⁸ im Wettbewerb um Werbekunden, sodass die Finanzierung der privaten Sender zwangsläufig Auswirkungen auf die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Sender hat. Diese ist jedoch zwingend als Teil der positiven Ausgestaltung durch den Gesetzgeber zu regeln.

Schließlich gilt es auch die tatsächlichen Entwicklungen zu beachten. Sowohl im Fernsehen als auch im Radio hat sich die Verteilung der Rezipienten seit der Zulassung des privaten Rundfunks stark zu dessen Gunsten verschoben. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk verliert zudem in Teilen der Bevölkerung mehr und mehr an Glaubwürdigkeit. Es wird heftiger nach dessen Auflösung oder wenigstens starker Beschneidung gerufen, als in den vergangenen Jahren. Insgesamt werden Onlinemedien – in all ihren Ausgestaltungen und mitsamt den eingangs beschriebenen Gefahren – gerade bei den jüngeren Generationen immer wichtiger.⁴⁹

Der öffentlich-rechtliche Rundfunk mag daher zwar noch dazu geeignet sein, eine Grundversorgung mit unabhängigen, umfassenden und vielfältigen Leistungen anzubieten, seine Bedeutung für die gesellschaftliche Willensbildung wird aber zunehmend weniger relevant. Daran wird auf lange Sicht auch die vom *Bundesverfassungsgericht* erteilte Finanzierungs- und Entwicklungsgarantie nichts ändern können. Der Beitragszahler wird mittelfristig einen öffentlich-rechtlichen Rundfunk, der im Kampf um die Meinungshoheit mit sämtlichen Staaten, Medienhäusern, Einzelpersonen und KI-Bots der Welt mit seiner bisherigen Stellung auf nationaler Ebene vergleichbar ist, immer weniger finanzieren können und wollen.

Im Hinblick auf den privaten Rundfunk nicht davon erfasst wird allerdings die staatliche Gewährung einer bestimmten Finanzierungsart bzw. eines bestimmten Refinanzierungsmodells, bspw. Vermarktung von Werbezeit und -raum. Die Entfaltung eines bestimmten Geschäftsmodells wird ebenfalls nicht geschützt.⁵⁰ Der Schutz der Finanzierungsgrundlage basiert allein auf der Bedingung, dass ein vielfältiger, finanziell unabhängiger und Chancengleichheit fördernder Rundfunk gewährleistet wird. Dies bedeutet,

48 *Hans. OLG HH*, in: GRUR-RS 2023, 164, Rnr. 43 f.; von *LG Hamburg*, Urt. V. 16.07.2013, Az. 312 O 202/12, zitiert nach: GRUR-RS 2013, 19515 (*AS&S vs. RMS*) zwanglos vorausgesetzt.

49 *Dörr* ging daher schon in ZUM 2015, 6, 13; davon aus, der öffentlich-rechtliche Rundfunk die Grundversorgung der 14–49-Jährigen nicht mehr hinreichend gewährleistet.

50 *Kuhlmann*, Fn. 16, S. 163.

dass sich der Schutz auf die Werbeeinnahmen beschränkt, die realistisch-weise die erforderlichen finanziellen Mittel erwirtschaften können.⁵¹

Gleichwohl kann sich aus dem Schutz von Art. 5 Abs. 1 S. 1 S. 2 GG auch die Finanzierungsfreiheit eines bestimmten Modells ergeben. Dies ist der Fall, wenn eine bestimmte Finanzierungsart unter dem Postulat der faktischen Funktionsgewährleistung die einzig realistische Chance auf ausreichende wirtschaftliche Entfaltung bietet.⁵² Dies stellt eine Modifikation des Schutzes für private Veranstalter auf Gewähr einer realistischen Chance auf Refinanzierung zur Gewährleistung der Eröffnung einer bestimmten Finanzierungsoption.⁵³

2. Wettbewerbsfreiheit

Art. 12 Abs. 1 GG gewährt den Sendebetreibern neben dem Schutz ihrer publizistischen Arbeit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) den Schutz wirtschaftlich veranlassten Tätigkeiten nachzugehen, d.h. die Möglichkeit der Rundfunkveranstalter mit ihren Sendern Gewinn zu machen.⁵⁴ Im Rahmen der Wettbewerbsfreiheit wird den privaten Sendebetreibern die Möglichkeit eingeräumt, aktiv am Wettbewerb teilzunehmen und Wettbewerbschancen zu erhalten.⁵⁵ Dahinter steht die Entfaltung der Persönlichkeit der Sendebetreiber nicht nur zur Meinungsbildung sondern auch zum rein kommerziellen Zweck.⁵⁶

Kern der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit privater Sendebetreiber ist neben der Programmdienstleistung die Vermarktung von Werbezeit und -raum, einschließlich aller damit zusammenhängenden Tätigkeiten.⁵⁷ Die Gewährleistung des Schutzbereichs zur wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit durch den Staat erfolgt, indem er die privaten Sendebetreiber vor anderen Privaten vor Beschneidungen administrativ und legislativ schützt. Eine

51 Kuhlmann, Fn. 16, S. 164.

52 Kuhlmann, Fn. 16, S. 164.

53 BayVGH, in: NVwZ-RR 1996, 267, 268 (*Teleshopping*); ebs. Dörr/Wagner, in: ZUM 2013, 525.

54 Klein, Fn. 44, S. 120.

55 Klein, Fn. 44, S. 120; Kuhlmann, Fn. 16, S. 162.

56 Kuhlmann, Fn. 16, S. 161 f., Müller-Rüster, *Product Placement im Fernsehen*, Tübingen, 2010, S. 394.

57 Müller-Rüster, Fn. 56, S. 394; Kuhlmann, Fn. 16 S. 254.

solche Schutzpflicht hat der Staat insbesondere, wenn eine Beschneidung durch andere missbräuchlich erfolgt.⁵⁸

Bei Aktivitäten mit kommunikativen Elementen und grundlegenden Fragen zur Finanzierung des Rundfunks tritt die Berufsfreiheit wohl im Rahmen einer Spezialität hinter der Medien- bzw. Rundfunkfreiheit zurück, denn die wirtschaftliche Entfaltung, welche grundsätzlich durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt ist, umfasst die Finanzierung der privaten Rundfunkanbietern nicht. Dies begründet sich damit, dass die Finanzierung der privaten Rundfunkanbieter Ausfluss des Meinungsbildungsprozesses ist und daher unter Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützt wird.⁵⁹

IV. Bisherige Umsetzung durch den Gesetzgeber

1. Vielfaltssicherung durch die Landesmediengesetze

Als Teil der Kulturhoheit liegt die Pflicht zur Ausgestaltung bei den Ländern. Maßgeblich für den lokalen und regionalen Hörfunk sind die jeweiligen Landesmediengesetze. Im Hinblick auf die hier besprochenen Probleme schweigen die Landesmediengesetze ebenso wie der Medienstaatsvertrag.

2. Kartellrecht

Die medienrechtlichen Regeln werden von den allgemeinen Bestimmungen des Zivilrechts, im Hinblick auf das Verhindern von Machtkonzentration namentlich denen des Kartellrechts flankiert. Nach § 33 Abs. 1 GWB ist derjenige, der gegen die Vorschriften des ersten Teils des GWB verstößt, gegenüber dem Betroffenen zum Unterlassen verpflichtet. Aus diesem Unterlassungsanspruch kann sich, wenn der Verstoß in der Nichtvermarktung besteht, ein Anspruch auf Vermarktung ergeben. Außerdem stehen dem Betroffenen bei einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der genannten Bestimmungen Schadensersatzansprüche aus § 33a Abs. 1 GWB zu. Im Einzelfall kommt insbesondere ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des § 19 GWB in Betracht.

⁵⁸ Kuhlmann, Fn. 16, S. 162.

⁵⁹ Kuhlmann, Fn. 16, S. 162 u. S. 254.

a) Marktbeherrschende Stellung

Nach § 18 Abs. 1 Nr. 2 GWB ist ein Unternehmen marktbeherrschend, soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist. Die marktbeherrschende Stellung wird gemäß § 18 Abs. 4 GWB bei einem Marktanteil von mindestens 40% vermutet. Für die Frage, ob dieser Wert erreicht ist, kommt es maßgeblich auf die Bestimmung des zugrunde zulegenden Marktes an. Die höchstrichterliche Rechtsprechung geht dabei, da für die Werbekunden überregionale Werbung nicht mit regional bzw. lokal geschalteter Werbung austauschbar ist, zu Recht von einem in sachlicher Hinsicht für beide Vermarkter einheitlichen, auf die Vermarktung an national Werbetreibende beschränkten Markt aus.⁶⁰ In räumlicher Hinsicht umfasst er das Bundesgebiet.⁶¹ Während die marktbeherrschende Stellung im Falle von RMS mit einem Marktanteil von regelmäßig über 60% in allen bekanntgewordenen Fällen bejaht wurde⁶², dürfte jedenfalls die Vermutungsregel des § 18 Abs. 4 GWB für ARD Media (Anteil an Bruttowerbeumsätzen ca. 35%⁶³) nicht zwanglos greifen.

b) Marktmissbrauch der Vermarkter

Die Geschäftspraxis der Vermarkter kann im Einzelfall als missbräuchliches Ausnutzen im Sinne des § 19 GWB zu sehen sein.

In Fällen, in denen der Vermarkter die Aufnahme dessen Senderkombination verweigert wird regelmäßig der Tatbestand des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB zu prüfen sein, wonach ein Missbrauch insbesondere dann vorliegt,

60 BGH, in: GRUR 2021, 631 (*Aufnahme in das Vertriebssystem eines marktbeherrschenden Unternehmens*), 631, Rnr. 21; *Hans. OLG HH*, Urt, v, 28.02.2019, Az 3 U 232/16 Kart, zitiert nach: GRUR-RS 2019, 53050, Rnr. 172 f.; Rnr. 47 f.; *OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 22.01.2003 - Kart 38/01, zitiert nach: BeckRS 2011, 3010; *BKartA*, zitiert nach: BeckRS 2014, 11088.

61 *Wie vor.*

62 *Wie vor.*

63 RMS. (23. Januar, 2024). Bruttowerbeumsätze der Radiovermarkter RMS, AS&S, und Euro Klassik in Deutschland in den Jahren 2022 und 2023 (in Millionen Euro) [Graph]. In Statista. Zugriff am 30. März 2024, von <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/255227/umfrage/bruttowerbeumsaetze-der-vermarkter-von-radiowerbung/>.

wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter von gewerblichen Leistungen ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert oder ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar anders behandelt als gleichartige Unternehmen. Dabei ist im Rahmen einer zweistufigen Prüfung jeweils zunächst festzustellen, ob objektiv eine Behinderung oder Ungleichbehandlung vorliegt und sodann, ob diese unbillig oder ohne sachlich gerechtfertigten Grund erfolgt ist.⁶⁴

Verweigern die Vermarkter die Aufnahme eines Senders/einer Senderkombination wird darin regelmäßig eine Ungleichbehandlung gleichartiger Unternehmen liegen. Diese ist darin zu sehen, dass die Vermarkter andere Sender vermarkten.⁶⁵

Ob für eine unterschiedliche Behandlung eine sachliche Rechtfertigung besteht, ist aufgrund einer Abwägung aller beteiligten Interessen unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Kartellrechts zu beantworten.⁶⁶ Danach steht es den Vermarktern grundsätzlich frei, für eine Aufnahme in ihr Vertriebssystem sachlich angemessene Anforderungen zu stellen, sofern sie diese einheitlich und diskriminierungsfrei anwenden.⁶⁷ Dies gilt für die Vermarkter schon bei der Entscheidung darüber, welche Sender sie in die Kombination aufnehmen.⁶⁸

Bezüglich des Aufnahmekriterien der RMS hat das *Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg*⁶⁹ nach Hinweis durch den *Bundesgerichtshof*⁷⁰ dabei entschieden, dass das von der RMS verwendete Aufnahmekriterium einer landesweiten Sendelizenz diesen Anforderung nicht standhält, da dieses nicht im gesamten Bundesgebiet einheitlich angewendet werden kann und keine erkennbare absatzwirtschaftliche Bedeutung hat.

Sachlich unangemessen ist auch die Voraussetzung, dass der aufnahmewillige Sender alternativ 50% der Wohnbevölkerung eines Bundeslandes erreichbar sein muss. Denn damit wird flächenbezogenes Kriterium durch

64 Westermann in: MüKoEuWettbR, 4. Aufl. 2022, GWB § 19 Rnr. 39.

65 So beispielsweise BGH, in: GRUR 2021, 631 (*Aufnahme in das Vertriebssystem eines marktbeherrschenden Unternehmens*), Rnr. 23; BKartA, Fn. 24, Rnr. 47 (zu § 20 Abs. 1 GWB a. F. 1999); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.01.2003, Az. Kart 38/01, zitiert nach BeckRS 2011, 3010 (zu § 20 Abs. 1 GWB a. F. 1999).

66 Ständige Rspr: BGH, in: GRUR 2021, 631 (*Aufnahme in das Vertriebssystem eines marktbeherrschenden Unternehmens*), Rnr. 25. – mwN.

67 BGH, in: GRUR 2021, 631 (*Aufnahme in das Vertriebssystem eines marktbeherrschenden Unternehmens*), Rnr. 28.

68 Wie vor.

69 Hans. OLG HH, in: GRUR-RS 2023, 164 Rnr. 67.

70 Wie vor.

ein Bevölkerungsbezogenes Kriterium ersetzt, sodass es hiermit mehr auf die Bevölkerungsdichte als auf die Senderstärke ankommt.⁷¹

Die von der RMS aufgestellten Hörerzahlkriterien sind nach der Rechtsprechung grundsätzlich sachgerecht, allerdings im genannten Verfahren nicht relevant. Aber grundsätzlich zu beachten ist, dass die RMS durchaus Sender vermarktet, die diese von ihr selbst als Kriterium geführten Hörerzahlen nicht erfüllen. Die RMS wendet also auch dieses Kriterium nicht einheitlich an. Die RMS hatte sich hierzu darauf berufen⁷², dass dieser Umstand der späteren Änderung von Aufnahmekriterien und einem damit verbundenen Bestandsschutz geschuldet sei.

Für alle Kriterien dürfte gelten, dass eine nachträgliche Änderung mit dem Ziel unliebsame Aufnahmebegehren abzulehnen, also die Setzung eines Schwellenwerts gerade oberhalb eines aktuellen Bewerbers, um diesen dann deswegen ablehnen zu können, unzulässig ist.⁷³

Dafür, dass die Rechtsprechung und/oder *Bundeskartellamt* im Rahmen ihrer Abwägungen (zumindest auch) die Rundfunkfreiheit der Sender berücksichtigt hat, liegen, obgleich dies zumindest im ersten Berufungsverfahren vor dem *Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg* geltend gemacht wurde⁷⁴, keine Anzeichen vor. Jedenfalls dann, wenn man von einer Ideal Konkurrenz zwischen Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 12 GG ausgeht, wäre die Rundfunkfreiheit der Sender aber bei der Anwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe mittelbar drittwirkend zu berücksichtigen.⁷⁵ Jedenfalls in den weiteren Entscheidungen bestand dazu aber auch keine Not.

3. Faktische Grenzen des Kartellrechts

Das Kartellrecht bietet im Einzelfall Möglichkeiten für die Senderbetreiber, den notwendigen Zugang zum nationalen Werbemarkt gerichtlich durchzusetzen. Diese theoretische Möglichkeit scheitert aber häufig an praktischen Gegebenheiten. Die Senderbetreiber sind gezwungen einen

71 BGH, in: GRUR 2021, 631 (*Aufnahme in das Vertriebssystem eines marktbeherrschenden Unternehmens*), Rnr. 40, *Hans. OLG HH*, GRUR-RS 2023, 164 Rnr. 68.

72 BGH, in: GRUR 2021, 631 (*Aufnahme in das Vertriebssystem eines marktbeherrschenden Unternehmens*), 631, Rnr. 63 ff.

73 BGH, in: GRUR 2021, 631 (*Aufnahme in das Vertriebssystem eines marktbeherrschenden Unternehmens*), Rnr. 64 - In Bezug auf das Hörerzahlkriterium.

74 *Hans. OLG HH*, Urt, v, 28.02.2019, Az. 3 U 232/16 Kart, zitiert nach: GRUR-RS 2019, 53050, Rnr. 37.

75 So wohl auch: *Ciftci*, in: NJOZ 2014, 921, 923.

ressourcenaufwendigen Kampf „David gegen Goliath“ zu führen. Einige Senderbetreiber werden daher schon von vornherein auf eine gerichtliche Durchsetzung möglicherweise bestehender Ansprüche verzichten.

Andere Senderbetreiber, die bereit sind gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen, sind einer Doppelbelastung ausgesetzt. Einerseits müssen sie die mit einem langwierigen Verfahren einhergehenden Aufwendungen erbringen, die aufgrund der regelmäßig hohen Streitwerte erheblich sein können. Andererseits fehlt ihnen währenddessen weiterhin der Zugang zu national Werbetreibenden. Für die über ungleich höhere Mittel verfügenden Vermarkter bedeutet das, dass sich das Problem unliebsamer Aufnahmebegehren mit der Zeit gegebenenfalls von selbst löst, wenn diese ihre Kontrahierungs- und Zahlungspflichten nur lange genug hinauszögern. Die Vermarkter machen sich diesen Umstand zu nutze.

Beispielhaft kann auf ein bereits angesprochenes Verfahren mehrerer Sender gegen die RMS verwiesen werden.⁷⁶ Allein das Erkenntnisverfahren auf erster Stufe hat hier rund zehn Jahre gedauert. Zwischenzeitlich mussten die Kläger den Betrieb eines von ihnen betriebenen Senders aus finanziellen Gründen einstellen. Die RMS wurde hier zwar zur Auskunft verurteilt, ist dem Urteil aber erst rund ein Jahr später und nicht ohne durchführen eines Zwangsgeldverfahrens nachgekommen. Die Kläger haben nach elf Jahren des Prozessierens bisher keinen Schadensersatz erhalten. Eine Vermarktung durch RMS findet weiterhin nicht statt.

Dass dies kein einmaliger Extremfall ist und die Vermarkter ihre Gatekeeperstellung aktiv verteidigen und ausbauen, zeigt beispielsweise auch das Vorgehen der RMS im Fall der Betreiber zweier Aachener Lokalsender, die, zu einer Senderkombination zusammengeschlossen, eine Vermarktung durch die RMS angestrebt hatten.⁷⁷ Das *Bundeskartellamt* gab den Senderbetreibern recht und verpflichtete die RMS gem. §§ 32 GWB a.F. die Aachener Senderkombination zu vermarkten. Die RMS kam dem schließlich nach, vermarktete die Sender aber nicht im Rahmen ihrer etablierten RMS WEST KOMBI, mit denen Werbetreibende – mit Ausnahme des Gebietes Aachen - ganz Westdeutschland erreichen konnten/können, sondern in

76 BGH, in: GRUR 2021, 631 (*Aufnahme in das Vertriebssystem eines marktbeherrschenden Unternehmens*); Hans. OLG HH, GRUR-RS 2023, 164; Hans. OLG HH, Urt, v. 28.02.2019, Az 3 U 232/16 Kart, zitiert nach: GRUR-RS 2019, 53050; LG Hamburg, Urt. v. 07.09.2016, Az. 408 HKO 162/13 (1), zitiert nach BeckRS 2016, 16765.

77 BKartA, Beschl.v. 15.08.2001, Az. B 6 - 92202 - TX - 127/99 (*Aachener Senderentscheidung*).

einer als Reaktion auf die Verfügung neu geschaffenen RMS WEST KOMBI PLUS. Die daneben weiter bestehende RMS WEST KOMBI bewarb sie weiterhin als „Das Angebot zur vollständigen Abdeckung Westdeutschlands der RMS“. Noch vor einer Entscheidung über die anhängige Schadensersatzklage wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Senderbetreiber eröffnet.⁷⁸

Gleichzeitig schottet die RMS sich weiterhin rechtswidrig auch gegen zukünftige Vermarktungsbegehren ab. So sind die vom *Hanseatischen Oberlandesgericht* ausdrücklich für unzulässig befunden Aufnahmekriterien einer landesweiten Rundfunklizenz bzw. der technischen Erreichbarkeit von mindestens 50% der Wohnbevölkerung eines Bundeslandes weiterhin Bestandteil der von RMS veröffentlichten Aufnahmekriterien.⁷⁹ Zeitgleich werden auch trotz der insoweit eindeutigen Entscheidung des *Bundesgerichtshofs* weiterhin Sender der RMS-Gesellschafter vermarktet, die jeweils nicht alle der seit der Entscheidung unverändert gebliebenen Aufnahmekriterien der RMS erfüllen.

Obwohl die RMS im Fall der Aachener Lokalsender die Anordnung des *Bundeskartellamtes* schlicht umgangen hat, ist dieses in dem vom *Hanseatischen Oberlandesgericht* entschiedenen Fall deshalb nicht tätig geworden, weil es die Möglichkeit des (zivil-)gerichtlichen Rechtsschutzes für zumindest subsidiär hält. Auch wenn diese Sicht angesichts des geschilderten Prozessverlaufs nur schwierig nachzuvollziehen ist, besteht grundsätzlich kein Anspruch der Betroffenen auf ein Tätigwerden des *Bundeskartellamts*.

V. Fazit

Die aufgezeigten Probleme verdeutlichen, dass die Medienfunkfreiheit jedenfalls im Hinblick auf den betrachteten Teilbereich der Finanzierung des privaten Hörfunks nur unzureichend ausgestaltet ist. Letztlich sind es zwei private Vermarktungsagenturen, die die Entscheidungsmacht darüber haben, welche Sender ihre Werbezeiten an nationale Werbekunde vermarkten können und welche Sender nicht. Der Zugang der Sender zum nationalen

78 Zum Ganzen; *OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 22.01.2003 - Kart 38/01, zitiert nach: BeckRS 2011, 3010.

79 *BGH*, in: GRUR 2021, 631 (*Aufnahme in das Vertriebssystem eines marktbeherrschenden Unternehmens*), Rnr. 44; Übersicht über die Zusammensetzung der sog. Super-Kombination der RMS, abrufbar unter https://rms.de/portfolio/Sender_und_Kombi/s/RMS-SUPER-KOMBI, zuletzt abgerufen am 1. April 2024.

Werbemarkt ist für die Sender aber von teilweise existentieller Bedeutung. Im Ergebnis entscheiden die beiden privaten Vermarktungsagenturen also über das Wohl und Wehe aller großen Radiosender und der gesamten deutschen Radiolandschaft.

Das Kartellrecht konnte dem bisher selbst dann, wenn ein missbräuchliches Verhalten der Vermarkter festgestellt wurde, nicht wirkungsvoll begegnen. Dieser, zunächst mit dem individualschützenden Charakter der Rundfunkfreiheit nicht in Einklang zu bringende Umstand, wirkt sich hierdurch auch auf die strukturelle Vielfalt aus.

Zudem fehlt es damit an einem wirksamen Instrument, um einer zunehmenden Konzentration entgegenzutreten. Dieses an sich schon nicht zu unterschätzende Spannungsverhältnis wird dadurch verstärkt, dass der für den privaten Rundfunk einzig wirklich relevante Vermarkter, die RMS, wiederum selbst den Betreibern etablierter Sender gehört. Diese haben naturgemäß ein erhebliches Interesse daran Wettbewerber möglichst vom Markt fernzuhalten bzw. sogar aktiv zu verdrängen, um eigene Gewinne zu maximieren.

Die Landesmediengesetze treffen zwar Regelungen zur Sicherung von Vielfalt und versuchen zunehmender Konzentration entgegenzuwirken, sie erfassen die aufgezeigten Probleme jedoch nicht. Der Medienstaatsvertrag regelt sehr detailliert, wie die Meinungspluralität bei Einschaltung von Medienplattformen, Betreiber sog. Benutzeroberflächen und Medienintermediären gewahrt und sichergestellt werden soll.

Allgemeine wettbewerbs- und kartellrechtliche Regelungen bieten den Sendern zwar die Möglichkeit individuellen Rechtsschutz im Einzelfall durchzusetzen, die bisherige Praxis zeigt aber, dass dieser häufig nur theoretischer Natur ist und für die betroffenen Sender häufig zu spät kommt. Dies mag ein grundsätzliches Problem sein, ist aber aufgrund der Bedeutung der Kommunikationsfreiheit für die Demokratie hier umso weniger hinzunehmen.

Die derzeitige Umsetzung des durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG vorgegebenen Gestaltungsauftrag genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht. Die (Landes-)Gesetzgebung ist angehalten diesen verfassungswidrigen Zuständen entgegenzuwirken und damit eine der grundlegenden Voraussetzung für eine funktionierende Demokratie zu sicherzustellen. Dazu wird es Regelungen bedürfen, die der derzeit nahezu uneingeschränkte Meinungsmacht der Vermarktungsagenturen deutliche Grenzen setzt.

Werbemarktregulierung im Spannungsfeld der Regulierung der Europäischen Union und der Bundesländer

Anne Paschke und Christian Krebs

Der Werbemarkt befindet sich durch die sozialen Medien und die aktuelle Werbemarktregulierung in einer Transformation. Nachdem Werbung früher meist regional durch Print- oder lokal empfangbare Fernseh- und Radiomedien verbreitet wurde, führten die Entwicklung des Satellitenfernsehens¹ und später des Internets² zu einer Internationalisierung des Werbemarktes.

Vom täglichen Konsumverhalten bis zur Stimmabgabe bei Wahlen³ zielt Werbung auf die Lenkung des Handelns des Verbrauchers ab. Sie kann einen erheblichen Einfluss auf Verbraucher/Rezipienten ausüben. Ihre Wirkung wird dadurch verstärkt, dass in der digitalen Gesellschaft auf Basis von individuellen Werbeprofilen⁴ Direktwerbung persönlich zugeschnitten werden kann (sog. Microtargeting).⁵ Verstärktes persönliches Targeting ist für Werbetreibende zunehmend interessant, um Streuverluste bei der Werbewirkung zu minimieren. Insbesondere vulnerable Gruppen wie Kinder können durch entsprechende Werbebotschaften verleitet werden.⁶

Die Europäische Union hat daher zum Schutz von Verbrauchern und zur Harmonisierung des Binnenmarktes im Laufe der Jahre verschiedene Regelungen erlassen.⁷ Während die EU in der Vergangenheit den Mitgliedstaaten über Richtlinien einen Spielraum bei der nationalen Umsetzung einräumte, hat der europäische Gesetzgeber in dieser Legislaturperiode

1 Stelzer, Internationale Werbung in supranationalem Fernsehprogrammen, Wiesbaden 1994, S. 2.

2 Okazaki/Lin, Handbook of Research on International Advertising, Cheltenham 2012, S. 284.

3 Chaos Computer Club, Stellungnahme zu Wahlbeeinflussung und Meinungsmanipulation, <https://www.ccc.de/de/updates/wahlbeeinflussung-und-meinungsmanipulation>.

4 Eckhardt, DSK: Orientierungshilfe Direktwerbung – mehr als nur eine aktuelle Fortsetzung, ZD 2022, 307, 309.

5 Ebers, Beeinflussung und Manipulation von Kunden durch Behavioral Microtargeting, MMR 2018, 423.

6 Gerecke, Werbung gegenüber Kindern und Jugendlichen, NJW 2015, 3185.

7 Vgl. die Ausführungen unter 2.

über Verordnungen eine Harmonisierung der Medien- und damit auch der Werbemarktregulierung eingeführt. Hieraus ergeben sich verschiedene Zuständigkeits- und Folgefragen in Bezug auf die nationale Medienregulierung.

I. Zuständigkeit für die Regulierung des Werbemarktes in Medien

Nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gem. Art. 5 EUV darf die Europäischen Union nur gesetzgeberisch tätig werden, sofern sie eine entsprechende Handlungskompetenz besitzt.⁸ Die Zuständigkeiten der Union leiten sich aus den Kompetenzen ab, die die Mitgliedstaaten auf die EU übertragen haben⁹ (vgl. Art. 23 GG) und werden im EU-Primärrecht, insb. in Art. 3 ff. AEUV näher benannt. Nach Art. 3 AEUV kommt der Union nur dann die ausschließliche Zuständigkeit für die Regulierung des Werbemarktes zu, wenn die Einführung von Wettbewerbsregeln für das Funktionieren des Binnenmarktes unerlässlich sind (Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV) oder eine gemeinsame Handelspolitik (Art. 3 Abs. 1 lit. d AEUV) angestrebt wird. Eine nach Art. 4 AEUV geteilte Zuständigkeit zwischen den Mitgliedsstaaten und der Union besteht im Zusammenhang mit dem Binnenmarkt sowie dem Verbraucherschutz. Stützt sich die Union bei ihren Legislativvorhaben auf Art. 6 AEUV, z.B. für die Regulierung von Kultur, darf sie nur tätig werden, um die Maßnahmen der Mitgliedsstaaten zu unterstützen, koordinieren oder ergänzen.

Für ihre Werbemarktregulierung beruft sich die Union daher häufig auf Art. 3 Abs. 1 lit. b (erforderlichen Wettbewerbsregeln) AEUV oder Art. 4 Abs. 2 lit. a (Binnenmarkt) und lit. f (Verbraucherschutz) AEUV.¹⁰ Der Werbemarkt ist jedoch weitgehend originärer Bestandteil von klassischen und modernen Medien, daher muss in diesem Zusammenhang auch die Reichweite der Zuständigkeit der Medienregulierung der Europäischen Union betrachtet werden. Die Gesetzgebungskompetenz über Medien befindet sich in einem Spannungsverhältnis zwischen der EU und den Mitgliedstaaten.¹¹ Dieses Spannungsverhältnis setzt sich teilweise aufgrund föderaler

8 Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair/Geiger/Kirchmair, 7. Aufl. 2023, Art. 5 EUV, Rn. 3.

9 Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair/Geiger/Kirchmair, 7. Aufl. 2023, Art. 5 EUV, Rn. 3.

10 Vgl. u.a. COM/2022/457 final, S. 9.

11 Grabitz/Hilf/Nettesheim/Ukrow/Ress, 80. EL August 2023, AEUV Art. 167, Rn. 32-38.

Strukturen in den Mitgliedstaaten fort.¹² In Deutschland besteht somit die Besonderheit, dass die Kompetenz für die Medienregulierung und damit auch die Regulierung der Werbung in Medien originär bei den Ländern liegt. Die Medienfreiheit verfügt sowohl in der Union als auch in Bund und Ländern über ein hohes Schutzniveau. So wird die Medienfreiheit als Teil der Menschenrechte, der Rechtsstaatlichkeit und der Demokratie gem. Art. 2 EUV direkt als Grundwert der Europäischen Union angesehen. Mit der Anerkennung der Rechte, Freiheiten und Grundsätze der Charta der Grundrechte der Europäischen Union gem. Art. 6 EUV erkennt die EU die Bedeutung der Freiheit der Medien und ihrer Pluralität gem. Art. 11 EU-GRCH an. Davon unabhängig darf die Union wiederum nur tätig werden, soweit sie über eine entsprechende Kompetenz verfügt.¹³

1. Medien zwischen Kultur- und Wirtschaftsregulierung

Generell obliegt die Medienregulierung den Mitgliedstaaten.¹⁴ Eine Grundlage für die Schaffung des Spannungsverhältnisses durch die europäische Rechtssetzung liegt in der Doppelnatur der Medien als Kultur- und Wirtschaftsgut.¹⁵ In Deutschland bildet sich diese Doppelnatur durch die dienende Funktion der Rundfunkfreiheit ab, die einerseits als institutionelle Garantie eine positive Ordnung verlangt, welche sicherstellt, dass der Rundfunk die ihm zukommende Aufgabe für die individuelle und öffentliche Meinungsbildung erfüllt,¹⁶ andererseits aber auch ein subjektives Grundrecht enthält.¹⁷

Für Medien als Kulturgut liegt die Regelungshoheit bei den Mitgliedstaaten.¹⁸ Die EU hat hier die Aufgabe, die Kulturen der Mitgliedstaaten und die nationale und regionale Vielfalt zu fördern (Art. 167 Abs. 1 AEUV). Hierbei

12 BeckOK InfoMedienR/Martini, 42. Ed. 1.11.2021, MStV § 1, Rn. 3.

13 Ory, Medienfreiheit – Der Entwurf eines European Media Freedom Act, ZRP 2023, 26, 28 f.

14 Amsterdamer Protokoll, Official Journal C 321 E, 29/12/2006 P. 0313 – 0313; Roß, European Media Freedom Act und Kernfragen der europäischen Integration, EuR 2023, 450, 455.

15 Burggraf/Gerlach/Wiesner, Europäische Medienregulierung im Spannungsfeld zwischen EU- und mitgliedstaatlichen Kompetenzen, Media Perspektiven 2018, 496, 496; Knodel, Medien und Europa, Baden-Baden 2018, S. 28 f.

16 Vgl. BVerfGE 57, 295, 320.

17 Vgl. Hömig/Antoni, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Handkommentar, 10. Aufl., Art. 5 Rn. 19.

18 Calliess/Ruffert, 6. Aufl. 2022, Art. 167 AEUV, Rn. 1.

hat die EU das Recht, nach Art. 6 lit. c AEUV Maßnahmen zur Unterstützung, Koordinierung und Ergänzung der nationalstaatlichen Maßnahmen zu treffen. Die Wortwahl „Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungsmaßnahmen“ gibt der EU keine allgemeine Kompetenz im Bereich der Kultur Richtlinien und Verordnungen zu erlassen, insbesondere, keine Harmonisierung zu begründen.¹⁹ Vielmehr soll sich die EU im Rahmen ihrer Tätigkeiten auf Maßnahmen mit geringer Eingriffsintensität wie z.B. finanzielle Hilfe, Koordinierung der Zusammenarbeit der Verwaltung oder Vergabe von Pilotprojekten beschränken.²⁰ Mithin ist die Kompetenz der EU insoweit beschränkt, woraus jedoch nicht folgt, dass sie keine Regulierungen erlassen darf, die Einfluss auf die Kultur der Mitgliedstaaten hat.²¹ Die Querschnittsklausel (Art. 167 Abs. 4 AEUV) bestimmt lediglich, dass bei Tätigkeiten auf Basis von anderen Ermächtigungen kulturelle Aspekte der Mitgliedstaaten Rechnung getragen werden sollen.²² Dies stellt ein Rücksichtnahmegebot dar, sodass Regelungen aufgrund anderer Bestimmungen zur Wahrung und Förderung der Vielfalt der Kulturen beizutragen haben.²³

Soweit Medien als Wirtschaftsgut betrachtet werden, sind diese als Dienstleistungen gem. Art. 56 AEUV zu verorten.²⁴ In diesem Zusammenhang hat die Union bereits Richtlinien gem. Art. 53 AEUV, z.B. die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste²⁵, erlassen. In neueren Vorhaben begründet die EU den Erlass einer Verordnung über Medien auf ihrer Verordnungskompetenz zur Regelung des Binnenmarktes gem. Art. 114 AEUV. Besondere Aufmerksamkeit hat hier der Vorschlag des European Media Freedom Acts erlangt.²⁶

19 Calliess/Ruffert, 6. Aufl. 2022, Art. 2 AEUV, Rn. 23; Knodel, „Medien und Europa“, Baden-Baden 2018, S. 112.

20 Calliess/Ruffert, 6. Aufl. 2022, Art. 2 AEUV, Rn. 26; Knodel, „Medien und Europa“, Baden-Baden 2018, S. 112.

21 Kraetzig, „Europäische Medienregulierung – Freiheit durch Aufsicht“, NJW 2023, 1485, Rn. 7.

22 Callies/Ruffert/Blanke, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 167, Rn. 16.

23 Groeben, von der/ Schwarze/Frank Fechner, 7. Aufl. 2015, AEUV Art. 167, Rn. 38.

24 EuGH, Urt. v. 30.04.1974 – 155/73, GRUR Int. 1974, 297, 299; EuGH, Urt. v. 18.03.1980 – 52/79, GRUR Int. 1980, 608; Gloy/Loschelder/Danckwerts, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2019, § 68 Rn. 49.

25 RL (EU) 2010/13.

26 COM(2022) 457 final.

b) Auflösung dieses Spannungsverhältnisses nach der Rechtsprechung des EuGH

Zur Auflösung des Spannungsverhältnisses der Medien zwischen Kultur- und Wirtschaftsgut muss geprüft werden, ob die fragliche Regelung darauf abzielt, die wirtschaftlichen oder die kulturellen Aspekte der Medien zu regeln. Der EuGH hat mittels seiner Entscheidungen zur Tabak-Werbung diese Abgrenzung verdeutlicht.²⁷

Die EU hatte in der Vergangenheit mehrere Anläufe unternommen, um eine unionsweite Regelung zur Tabakwerbung zu erstellen.²⁸ Die erste Tabakrichtlinie²⁹ wurde durch den EuGH als nichtig verworfen, da der Schwerpunkt der Richtlinie das Ziel Gesundheitsschutz verfolgte³⁰, und gerade nicht die Regulierung des Binnenmarktes. Wie die Kultur gem. Art. 167 AEUV ist auch die mitgliedstaatliche Kompetenz zur Regulierung des Gesundheitswesens gem. Art. 168 AEUV (vormals Art. 152 EGV) primärrechtlich gesichert. Eine erneute Regulierung von Tabakerzeugnissen³¹ wurde hingegen als rechtmäßig anerkannt, da diese einen Fokus auf den Handel im Binnenmarkt von Werbeerzeugnisse gelegt hat³². Diese Überlegungen können auch als Grundlage für die Medienregulierung durch die Union herangezogen werden.

Die Kompetenz der Union zur Regulierung von Medien ist erneut mit dem Vorschlag für den „European Media Freedom Act“³³ in die Diskussion geraten.³⁴ Die EU-Kommission verweist in ihrem Entwurf dieser Verordnung auf Art. 114 AEUV zur Regulierung des Binnenmarktes.³⁵ In der weiteren Begründung wird jedoch angeführt, dass die Vorschriften die fragmentierten Regulierungsansätze in Bezug auf Medienpluralismus und

27 EuGH, Urt. v. 5.10.2000 – C-376/98, GRUR Int 2001, 41; EuGH, Urt. v. 12.12.2006 – C-380/03, NVwZ 2007, 561.

28 RL 98/43/EG; RL 2003/33/EG.

29 RL 98/43/EG.

30 EuGH, Urt. v. 5.10.2000 – C-376/98, GRUR Int 2001, 41.

31 RL 2003/33/EG.

32 EuGH, Urt. v. 12.12.2006 – C-380/03, NVwZ 2007, 561.

33 COM/2022/457 final.

34 U.a. *Grünwald*, Der European Media Freedom Act, MMR 2022, 919; *Ory*, Medienfreiheit – Der Entwurf eines European Media Freedom Act, ZRP 2023, 26; *Roß*, European Media Freedom Act und Kernfragen der europäischen Integration, EuR 2023, 450.

35 COM/2022/457 final, S. 9.

redaktionelle Unabhängigkeit harmonisieren sollen.³⁶ Dies stellt aber nach Roß gerade keine Regelung des Binnenmarktes dar, sondern einen direkt gezielten Eingriff in die kulturellen Aspekte der Medien.³⁷ Insoweit besteht keine Kompetenz der Union zur Regelung dieses Sachverhalts. Das rechtliche Spannungsverhältnis der Medien zwischen Kultur- und Wirtschaftsgut bezieht sich jedoch nicht nur auf die Frage, ob die Union einen vollständigen Rechtsakt dieser Harmonisierung widmen darf, sondern betrifft im Kleinen auch die Kompetenzfrage für einzelne Normen in Rechtsakten der Union mit originär anderer Zielrichtung.

2. Werbemarktregulierung durch die Europäische Union

Die Union hat in den letzten Jahren einen Rechtsrahmen für den Werbemarkt über Richtlinien und zunehmend auch Verordnungen geschaffen. In seiner jüngsten Verordnung zur Harmonisierung des Binnenmarktes für digitale Dienste fokussiert sich der EU-Gesetzgeber auf größere Unternehmen und Plattformbetreiber, um Mindeststandards für Online-Werbung zu implementieren. Die frühere Werbemarktregulierung der Union normiert in Richtlinien Zielsetzungen, die von den Mitgliedstaaten national umgesetzt und in Bezug auf die bestehende Medienregulierung ausgerichtet wurden. Der Digital Services Act stellt nun im Gegensatz dazu bindendes Recht dar, sodass die Mitgliedstaaten diese direkt anzuwenden haben.

a) Regulierung von Werbung durch den Digital Services Act

Mit dem Digital Services Act (DSA) oder auch Verordnung über einen Binnenmarkt für digitale Dienste³⁸ haben am 17.02.2024 neue Regelungen im Zusammenhang mit der Online-Kommunikation Geltung erlangt. Der DSA reguliert Vermittlungsdienste (Art. 3 lit. g DSA), also Dienstleister, die Daten entweder durchleiten, Caching-Leistungen erbringen oder Inhalte hosten, und regelt deren Haftung für rechtswidrige Inhalte (Kapitel II des DSA), die im Rahmen ihrer Dienstleistungen übermittelt werden.

36 COM/2022/457 final, S. 9.

37 Roß, European Media Freedom Act und Kernfragen der europäischen Integration, EuR 2023, 450, 458 f.

38 VO (EU) 2022/2065.

Online-Medien werden insbesondere aufgrund ihres Hostings von Inhalten Dritter mit dieser Verordnung adressiert. Im Gegensatz zu den klassischen Medien, bei denen durch den redaktionellen Prozess eine direkte Kontrolle über die veröffentlichten Inhalte besteht, können über Online-Plattformen weitgehend unkontrolliert Inhalte hochgeladen und geteilt werden. In dieser Hinsicht besteht eine erhebliche Gefahr für die Verbreitung illegaler Inhalte. Der DSA beinhaltet eine Haftungsbefreiung für Hosting-Dienste (Art. 6 DSA), soweit diese von den rechtswidrigen Inhalten keine Kenntnis haben und wenn diese Inhalte nach Kenntniserlangung zügig gesperrt oder entfernt werden (Notice and Takedown-Verfahren)³⁹. Der DSA beinhaltet keine Pflicht zur eigenständigen Suche nach rechtswidrigen Inhalten (Art. 8 DSA), enthält aber bei eigenständigem Auffinden von diesen eine Haftungsbeschränkung (Art. 7 DSA), soweit die Inhalte daraufhin gelöscht werden („Guter-Samariter-Privileg“).⁴⁰

Der DSA beinhaltet verschiedene Vorgaben zur Setzung eines Rahmens für Werbung auf Online-Plattformen. Nach Art. 3 lit. r DSA ist „Werbung“ als Information zu werten, die dazu bestimmt ist, die Botschaft einer juristischen oder natürlichen Person zu verbreiten, unabhängig davon, ob damit gewerbliche oder nichtgewerbliche Zwecke verfolgt werden, und die von einer Online-Plattform auf ihrer Online-Schnittstelle gegen Entgelt speziell zur Bekanntmachung dieser Information dargestellt wird. Art. 26 Abs. 1 DSA regelt, welche Informationen die Online-Plattformen im Rahmen von Werbung zugänglich machen müssen: d.h. (lit. a) die Tatsache, dass es sich um Werbung handelt; (lit. b) die Person, in deren Name die Werbung gezeigt wird; (lit. c) wer die Werbung finanziert hat. Zudem sollen weitergehende aussagekräftige Parameter der Werbung direkt und leicht zugänglich gemacht werden (lit. d). Art. 26 Abs. 2 DSA verlangt darüber hinaus, dass Online-Plattformen es ermöglichen, dass Nutzer ihre eigene kommerzielle Kommunikation als solche kennzeichnen können. Soweit der Nutzer erklärt, dass seine Inhalte entsprechende Werbung darstellen, muss der Betreiber in Echtzeit eindeutig und durch hervorgehobene Kennzeichen die Posts als Werbung markieren. Art. 26 Abs. 3 DSA zielt zuletzt auf den Schutz von Nutzern gegen invasive Werbung ab, indem er verbietet, dass

39 ErwGr. 52 DSA; NK-DSA/Raue, DSA Art. 16, Rn. 1.

40 Raue/Hessen, Der Digital Services Act, NJW 2022, 3537, Rn. 15; Spindler, Die Zukunft des europäischen Haftungsrechts für Internet-Provider – der Digital Services Act, MMR 2023, 73, 77.

Werbung auf Basis von Profiling unter Verwendung besondere Kategorien von personenbezogenen Daten (vgl. Art. 9 Abs. 1 DSGVO) angezeigt wird.

Art. 27 DSA normiert die Transparenz von Empfehlungssystemen. Soweit ein derartiges System verwendet wird, müssen in den AGB der Plattform die wichtigsten Parameter erkennbar sein, nach dem das System die Auswahl trifft. Art. 28 Abs. 2 DSA schließt Werbung auf Basis von Profiling unter Verwendung von jeglichen personenbezogenen Daten aus, soweit die betroffenen Nutzer vermutlich minderjährig sind.

Art. 39 DSA erweitert die Transparenzpflichten für Online-Werbung von großen Online-Plattformen. Diese Plattformen müssen ein leicht zugängliches Archiv erstellen. Das Archiv muss für das letzte Jahr wichtige Parameter für angezeigte Werbung abspeichern, u.a. den Inhalt und die Art der Werbung, von wem die Werbung stammt und wer sie bezahlt hat, den Zeitraum der Anzeige und die Zielgruppe im Falle von personalisierter Werbung, die von Nutzern hochgeladene kommerzielle Kommunikation, sowie die Gesamtzahl der erreichten Nutzer.

Art. 46 DSA enthält eine Anweisung an die Kommission, die Erstellung von Verhaltenskodizes für Online-Plattformen und anderen einschlägigen Diensteanbietern zu fördern.

Die zuvor genannten Regelungen haben unterschiedliche Adressaten. Die generellen Regelungen für Online-Werbung (Art. 26 – 28 DSA) adressiert gem. Art. 19 Abs. 1 DSA alle Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft, die nicht Klein- oder Kleinstunternehmer sind (also mehr als 50 Mitarbeiter oder mehr als 10 Mio. EUR Jahresumsatz haben). Letztere sind somit aus dem Anwendungsbereich des DSA bezüglich der Regulierung von Werbung ausgenommen.

Die Regelung des Art. 39 DSA zielt gem. Art. 33 DSA auf sehr große Online-Plattformen und sehr große Online-Suchmaschinen ab. Ein derartig großer Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft ist gegeben, soweit gem. Art. 33 Abs. 1 DSA durchschnittlich mehr als 45 Millionen aktive Nutzer aus der Union den Dienst nutzen. Art. 46 DSA hat zwei Adressaten. Zum einen stellt die Norm eine Aufforderung an private Anbieter von Online-Plattformen dar, Verhaltenskodizes zu entwickeln, zum anderen hält es die Kommission dazu an, die privaten Anbieter dabei zu fördern und die Ausarbeitung zu erleichtern.

b) Weitere Rechtsakte der Union zur Begrenzung des Werbemarktes

Die durch den DSA teilweise abgelöste E-Commerce-Richtlinie (vgl. ErwGr. 1 DSA) enthält auch verschiedene Normen zur Werbemarktregulierung. Hierdurch hat der europäische Gesetzgeber eine Angleichung der Regularien für den elektronischen Geschäftsverkehr veranlasst, welche ebenso digitale Medien betrifft. Die Richtlinie adressiert lineare Medien damit nur, wenn diese online zur Verfügung gestellt werden, z.B. durch Internet-TV oder Streams auf Videoplattformen. Ebenfalls werden Inhalte erfasst, soweit sie nach Ausstrahlung durch nicht-lineare Systeme (z.B. Mediathek, YouTube) zur Verfügung gestellt werden. Die Richtlinie reguliert die kommerzielle Kommunikation, also jede Art der Kommunikation, die unmittelbar oder mittelbar der Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen oder dem Image eines Unternehmens dient und damit auch als Werbung zu verstehen ist.⁴¹ Nach Art. 6 der E-Commerce-RL muss kommerzielle Kommunikation eindeutig als solche erkennbar und der Ursprung der Kommunikation identifizierbar sein. Soweit Angebote beworben werden, müssen diese zudem leicht zugänglich sein sowie klar und unzweideutig angegeben werden.

Das Verhältnis des DSA zur E-Commerce-RL in Bezug auf Werbung wird im ErwGr. 68 DSA näher erörtert. Hiernach sollen die Regeln des DSA ergänzend zu den Anforderungen des Art. 6 E-Commerce-RL wirken. Die Normen ergänzen sich somit. Hierfür spricht auch die unterschiedliche Zielrichtung der Normen. Die E-Commerce-RL reguliert „kommerzielle Kommunikation“, welche alle Arten der Kommunikation zur Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen beinhaltet. Der DSA hingegen reguliert Werbung als Botschaft mit gewerblichem oder nicht-gewerblichem Zweck, welche gegen Entgelt speziell zur Bekanntmachung von Informationen dargestellt wird. Zwar besteht zwischen den beiden Arten der Kommunikation eine Schnittmenge, die Normen haben aber einen separaten Anwendungsbereich, der es ihnen erlaubt, parallel zueinander zu existieren.

Weitere Vorschriften zur Regulierung des Werbemarktes finden sich in der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (AVMD-RL)⁴². Diese Richtlinie adressiert sowohl das klassische über Funk oder Kabel übertragene Fernsehprogramm als auch Online-Medien. Diese Richtlinie hat

41 Siehe Legaldefinition in Art. 2 lit. f der E-Commerce-Richtlinie.

42 RL 2007/65/EG.

mehrere Zielrichtungen. Zum einen wird die Zulassung von europäischen audiovisuellen Mediendiensten zu anderen Märkten im Binnenmarkt geregelt und unter welchen Voraussetzungen der Zugang verwehrt werden kann. Zum anderen definiert die Richtlinie technische Mindeststandards für Mediendienstleister, z.B. die Erfüllung von Voraussetzungen, um Hörgeschädigten oder Sehbehinderten den Zugang zu den Medien zu eröffnen. Als Teil der technischen Mindeststandards werden auch jugendschützende Maßnahmen geregelt. Des Weiteren wird der Inhalt von Werbung in den betroffenen Medien, u.a. Online Medien, reguliert (vgl. Art. 9 ff. AVMD-RL), z.B. das Verbot von Schleichwerbung, die Untersagung oder Begrenzung von Werbung für Alkohol, Tabak und verschreibungspflichtige Medikamente. Die in Art. 9 ff. AVMD-RL normierten Vorgaben für Werbung bzw. in Art. 19 ff. AVMD-RL enthaltenen Regelungen für Fernsehwerbung und Teleshopping wurden im Telemediengesetz des Bundes (TMG)⁴³ sowie dem Medienstaatsvertrag (MStV) der Länder national umgesetzt.

Die European Convention on Transfrontier Television ist ein völkerrechtlicher Vertrag, welcher die Regelung des Vorgängers der AVMD-RL auch auf Medienanbieter außerhalb der Union ausweitete, die in der EU tätig sind.⁴⁴ Eine Anpassung des Vertrages auf das neue Regelungsregime ist jedoch bisher noch nicht erfolgt.⁴⁵ Für EU-Mitgliedstaaten ist der Vertrag subsidiär.

Der Digital Markets Act (DMA)⁴⁶ adressiert digitalen Märkte, in denen „Torwächter“ als zentrale Plattformdienste eine Monopolstellung innehaben. Nach Art. 3 Abs. 1 DMA wird ein Unternehmen als Torwächter benannt, wenn es erheblichen Einfluss auf den Binnenmarkt hat, einen zentralen Plattformdienst bereitstellt, der gewerblichen Nutzern als wichtiges Zugangstor zu Endnutzern dient, und hinsichtlich seiner Tätigkeiten eine gefestigte und dauerhafte Position innehat oder absehbar ist, dass es eine solche Position in naher Zukunft erlangen wird. Diese Verordnung enthält auch eine Werberegulierung, wenn Torwächter involviert sind. Fungieren diese als Medienanbieter oder erreichen andere Medienanbieter über die Plattformen der Torwächter eine breite Öffentlichkeit, enthält der DMA

43 Dieses Gesetz wurde am 17.02.2024 durch das Digitale Dienste Gesetz (DDG) abgelöst.

44 *Spindler/Schuster/Brings-Wiesen*, Rechte der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Rn. 6.

45 *Spindler/Schuster/Brings-Wiesen*, Rechte der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Rn. 6.

46 VO (EU) 2022/1925.

verschiedene Vorgaben. Art. 5 Abs. 2 lit. a, Abs. 4 und 10 DMA enthalten Pflichten für Torwächter im Zusammenhang mit dem Betrieb von Online-Werbediensten. So muss der Torwächter nach Art. 5 Abs. 10 DMA jedem Herausgeber, dem er Online-Werbedienste erbringt, Informationen über die erbrachten Leistungen täglich kostenlos zur Verfügung stellen. Art. 6 Abs. 5 DMA schränkt die eigenen Werbetätigkeiten von Torwächtern ein. So dürfen Torwächter, soweit sie ein Ranking für Dienstleistungen und Produkte angeben, ihre eigenen Dienstleistungen und Produkte nicht bevorzugen, sondern müssen die Bewertung nach transparenten, fairen und diskriminierungsfreien Kriterien ausrichten. Zudem müssen die Torwächter die notwendigen Daten bereithalten, mit denen Herausgeber sowie Werbetreibenden eine eigene Reichweitenmessung durchführen können, Art. 6 Abs. 8 DMA.

Mit der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung⁴⁷ soll der Wettbewerb mit einer Regulierung zu Werbeinhalten geschützt werden. Die Richtlinie stellt insbesondere ein Verbot und Bewertungskriterien für verbotene irreführende Werbung (solche, die Zielgruppen täuscht oder zum Täuschen geeignet ist, und dadurch das wirtschaftliche Verhalten beeinflusst oder Mitbewerber schädigt oder hierfür geeignet ist) und Bewertungskriterien für vergleichende Werbung (solche, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder dessen Erzeugnisse oder Dienstleistungen erkennbar macht) auf. Die entsprechenden Vorgaben sind im Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) in Deutschland umgesetzt worden.

Weitere werberelevante Vorschriften finden sich in der Richtlinie über Werbung und Sponsoring von Tabakerzeugnissen⁴⁸. Die Richtlinie verbietet den Großteil der Tabakwerbung. Soweit die Werbung für den Binnenmarkt gedacht ist, darf diese nur als Druckerzeugnis an gewerbliche Verkäufer von Tabakwaren gerichtet sein, also nicht an die Endverbraucher. Ebenfalls ist das Sponsoring von Tabakherstellern in Medien nicht gestattet.

Die ePrivacy-Richtlinie⁴⁹ beinhaltet vorrangig Regelungen zum Umgang mit personenbezogenen Daten in der elektronischen Kommunikation. Allerdings geht mit dieser Regulierung auch eine mittelbare Werbemarktregulierung einher. Besondere Bedeutung hat die ePrivacy-RL im Zusammenhang mit den sogenannten „Cookie-Banner“ gewonnen, da sie vorschreibt, dass das Speichern von Daten auf Endgeräten (z.B. über

47 RL 2006/114/EG.

48 RL 2003/33/EG.

49 RL 2002/58/EG.

„Cookies“) einer Einwilligung des Nutzers bedarf, soweit diese technisch nicht notwendig sind. Nach Art. 13 der Richtlinie muss ferner für automatisierte Kontaktaufnahmen zum Zwecke der Direktwerbung eine vorherige Einwilligung erteilt worden sein. Soweit ein Werbetreibender die Kontaktinformationen eines Kunden im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Produktes oder einer Dienstleistung empfangen hat, darf er diese ebenfalls zur Direktwerbung nutzen, solange dem Kunden klar und deutlich die Möglichkeit gegeben wird, die Nutzung seiner elektronischen Kontaktinformationen für Werbung kosten- und problemlos abzulehnen. Die Richtlinie verbietet zudem Direktwerbung, wenn die Identität des Absenders verschleiert oder verheimlicht wird. Die Vorgaben der ePrivacy-RL sind in Deutschland im TDDDG umgesetzt.⁵⁰

c) Geplante Rechtsakte der Union mit Auswirkungen auf den Werbemarkt

Mit dem European Media Freedom Act (EMFA)⁵¹ adressiert die Union eine Harmonisierung der nationalen Medienregulierungen. Insbesondere soll der EMFA die Diversität und Vielfalt der Medienlandschaft in Europa schützen⁵². Daher sieht der Entwurf dieser Verordnung Zugangsrechte für Medien zu europäischen Märkten vor. Darüber hinaus beinhaltet der Verordnungsentwurf die Vereinheitlichung der Freiheiten der Mediendienstanbieter, z.B. durch Schutz gegen Einflüsse auf redaktionelle Strategien, gegen Ausspähungen und anderen Einflussnahmen. Ferner enthält der Entwurf zum EMFA die Pflicht, unabhängige Medienaufsichtsbehörden innerhalb der Mitgliedstaaten zu gründen, sowie die Etablierung eines europäischen Gremiums für Mediendienste. Dieser Rechtsakt wird erheblich kritisiert, da der Schwerpunkt der Regelungen nicht in der Regulierung des Zugangs der Medien zum Binnenmarkt gesehen wird, sondern vielmehr als eine gesetzliche Maßnahme gewertet wird, die außerhalb der Kompetenzen der Union liegt und in die mitgliedstaatliche Kompetenz der Medienregulierung ein-

50 Das Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG) vom 23.6.2021 (BGBl. I S. 1982; 2022 I S. 1045) wurde mit dem Gesetz zur Durchführung der Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 in Telekommunikation-Digitale-Dienste-Datenschutz-Gesetz (TDDDG) umbenannt.

51 COM(2022) 457 final.

52 COM(2022) 457 final, S. 3.

greift.⁵³ Als werbespezifische Regelung beinhaltet der Verordnungsentwurf Regelungen zu staatlichen Werbeaussagen. So wird in Art. 2 Nr. 15 EMFA-E der Begriff staatliche Werbung legaldefiniert. Darüber hinaus werden in Art. 24 EMFA-E Kriterien für die Werbung bei Mediendiensteanbietern durch Behörden bzw. öffentliche Stellen aufgestellt. Die erhaltenen öffentlichen Mittel oder Vorteile im Austausch für Werbung sind nach transparenten, objektiven, verhältnismäßigen und nicht-diskriminierenden Kriterien zu vergeben. Diese Maßgabe soll neben die Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge treten.⁵⁴

Ein weiteres aktuelles Regulierungsvorhaben der Europäischen Union betrifft den Verordnungsentwurf über die Transparenz und das Targeting politischer Werbung.⁵⁵ Dieser Verordnungsentwurf hat das Ziel Mindeststandards für politische Werbung aufzustellen. In diesem Zusammenhang werden Transparenzpflichten für Dienstleister für politische Werbung aufgestellt. Er harmonisiert zudem Regelungen zum Einsatz von Targeting und Amplifizieren von politischen Werbebotschaften unter Nutzung von personenbezogenen Daten. So müssen Werbetreibende den Einsatz und die Methodik hinter der personalisierten Werbung dokumentieren und für die betroffene Person zugänglich machen. Ferner soll künftig die Aufbewahrung von Informationen über geleistete politische Werbedienstleistungen und die Erkennbarkeit von politischen Anzeigen und deren Hintergründe verlangt werden. Zudem soll mit der Verordnung ein Mechanismus zur Meldung von unzulässigen politischen Anzeigen und Zuständigkeiten für deren Verfolgung festgelegt werden.

3. Nationale Werbemarktregulierung

Die nationale Werbemarktregulierung wird in Bezug auf Werbung in UWG und TMG bzw. im DDG, welches den DSA national umsetzt und insbesondere im Medienstaatsvertrag der Länder (MStV) festgelegt. Der Medienstaatsvertrag hat im Jahr 2020 den Rundfunkstaatsvertrag abgelöst und ist seit dem 1. Januar 2024 in seiner 4. Fassung in Kraft getreten. Diese Ände-

53 u.a.: Grünwald, Der European Media Freedom Act, MMR 2022, 919; Ory, Medienfreiheit – Der Entwurf eines European Media Freedom Act, ZRP 2023, 26; Roß, European Media Freedom Act und Kernfragen der europäischen Integration, EuR 2023, 450.

54 Art. 24 Abs. 1 S. 2 EMFA-E.

55 COM(2021) 731 final.

rung wurde unternommen, um eine bessere Inklusion der digitalen Medien in die Regulierung der deutschen Medienlandschaft zu ermöglichen.⁵⁶ Während der Rundfunkstaatsvertrag noch einen Fokus auf die linearen Medien gesetzt hatte, gliedert der Medienstaatsvertrag die nicht-linearen Medien umfassend in die Regulationsstruktur mit ein.⁵⁷

In den vorstehend benannten deutschen Gesetzen werden umfangreich die Richtlinien der Union national umgesetzt und präzisiert. Das TMG stellt die Umsetzung der eCommerce-RL dar, welche nun durch das DDG abgelöst wird, das den DSA und teilweise die eCommerce-Richtlinie umsetzt.⁵⁸ Das UWG wiederum konzentriert sich im zivilrechtlichen Bereich auf generelles unlauteres Verhalten in der Werbung und setzt hierbei die Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung um. Der Medienstaatsvertrag beinhaltet ebenso bereits diverse Umsetzungen von EU-Richtlinien, insbesondere die Richtlinie zu audiovisuellen Mediendiensten.⁵⁹

Die Vorgaben des MStV bezüglich Werbung finden in Deutschland insbesondere auch für die digitalen Dienste bzw. Telemedien Anwendung, die nicht in den Anwendungsbereich des DSA fallen. Dies gilt insbesondere für solche Akteure, die unter den Schwellenwert des Art. 19 DSA fallen, wonach Kleinst- und Kleinunternehmer ausgenommen sind. Ebenso besteht zwischen dem Regelungsbereich des Medienstaatsvertrages und dem DSA zwar eine Schnittmenge, aber die Regulierungen des Staatsvertrages haben eine wesentlich weitere Reichweite für Online-Medien innerhalb Deutschlands als der DSA. Der Digital Services Act bezieht sich auf Hosting-Dienstleister und als Unterkategorie hiervon auf Online-Plattformen, also die Anbieter der digitalen Infrastruktur der Online-Medien. Der Medienstaatsvertrag reguliert diese ebenfalls im Rahmen der Normen zu Medienplattformen, Medienintermediären und Video-Sharing-Diensten. Was der DSA hingegen nicht regelt sind die Nutzer und Content-Providern dieser Plattformen. Erste Urteile zeigen zudem, dass auch „Streamer“ unter den Begriff Rundfunk fallen können, und somit in den Regelungsbereich des Medienstaatsvertrages fallen.⁶⁰ Grund hierfür ist die in Deutschland verfassungsrechtlich vorgegebene Technologieneutralität des Rundfunkbegriffs, welche dazu führt, dass auch „neue“ Verbreitungsformen wie Streaming als

56 Siara, Der Medienstaatsvertrag und die „neuen“ Medien, MMR 2020, 523.

57 Siara, Der Medienstaatsvertrag und die „neuen“ Medien, MMR 2020, 523.

58 Vgl. Verhältnis DSA zu E-Commerce-RL in 2.b).

59 Dörr, „25 Jahre ITM – 25 Jahre Medienrecht“, MMR 2022, 1001; Siara, „Der Medienstaatsvertrag und die „neuen“ Medien“, MMR 2020, 370.

60 VG Berlin, Urt. v. 26.09.2019 – VG 27 K 365.18, MMR 2020, 267.

Rundfunk qualifiziert werden können. Die Regelungen des MStV erfassen mithin u.a. über diesen Begriff auch im Rundfunkbereich teilweise Anwendungsbereiche des DSA.

Mithin sind diese Regelungen gerade für nationale Content-Anbieter zu beachten.

a) Zielsetzungen der nationalen Regulierung von (Wirtschafts-)Werbung in Medien

Werbung in Medien steht grundsätzlich in einem Spannungsfeld: sie ist einerseits für private Anbieter von medialen Inhalten Finanzierungsgrundlage ihres Handelns und andererseits auch wirtschaftliche Existenzgrundlage. Das führt zu einem – insoweit nachvollziehbaren – Interesse daran, dass werbliche Inhalte eine hohe Wahrnehmung bei Zuschauenden und damit einen hohen wirtschaftlichen Wert haben. Werbung wird letztlich nach Reichweite und Wirksamkeit bezahlt, sodass es wirtschaftlichen Interessen abträglich wäre, wenn Werbung zum „Abschalten“ (oder aktueller: „Wegsurfen“) führen würde. Werbung sollte nach dieser Sichtweise, bezogen sowohl auf ein lineares Programm als auch auf ein Abrufangebot, in diesem möglichst wenig „stören“ und kein Abschaltfaktor sein. Je mehr die werbliche Botschaft als integraler Bestandteil des Inhaltes wirkt oder aus anderen Gründen nicht „auffällt“, desto weniger begründet sie eine Gefahr des Reichweitenverlustes. Zudem macht – bezogen auf nicht lineare Inhalte des sog. „Influencermarketings“ – die Kennzeichnung eines ansonsten als „privat“ erscheinenden Inhaltes als „Werbung“ oder „Anzeige“ die wirtschaftliche Motivation der Creatorin oder des Creators sichtbar und widerspricht damit dem Eindruck, man handle nur im Interesse der Zuschauenden, indem man z.B. ein Produkt empfiehlt, mit dem man selbst gute Erfahrungen gemacht habe. Dennoch ist diese Offenlegung unter verschiedenen, teils sehr grundsätzlichen, Gesichtspunkten notwendig. Diese Notwendigkeit sichert *der Grundsatz der Trennung zwischen Programm und Werbung*.

Der Name des Grundsatzes mit seiner Ausrichtung auf den Programmbegriff verrät bereits, dass er aus einer Zeit stammt, in der primär noch lineare Rundfunkprogramme sehr maßgeblich den öffentlichen Meinungsbildungsprozess bestimmt haben. Der Grundsatz der Trennung von Programm und Werbung hat seine Ursprünge bereits in den Anfängen des

deutschen Rundfunkrechts. Es lassen sich drei wesentliche Zielsetzungen ausmachen:

aa) Schutz vor Irreführung

Der erste Schutzzweck des heute in § 8 Abs. 3 Satz 3 MStV verankerten Trennungsgrundsatzes besteht darin, die Zuschauenden vor der Möglichkeit der Irreführung über den werblichen oder programmlichen Charakter von Inhalten zu bewahren. Diese Schutzrichtung zielt darauf ab, Irreführungen darüber zu vermeiden, ob ein Inhalt wirtschaftlichen Interessen dient oder nicht. Es geht also letztlich um die Erkennbarkeit der Kommunikatorquelle: Geschützt wird das Vertrauen darauf, in der redaktionellen Berichterstattung oder in vom Anbietenden in seiner Funktion als Creator/in stammenden Beiträgen auch die Meinung der Redaktion oder des/der Creator/in zu erfahren – und nicht die Meinung eines seine Waren- oder Dienstleistungen anbietenden Werbetreibenden. Redaktionelle Inhalte genießen eine grundsätzlich höhere Glaubwürdigkeit als Inhalte, bei denen es erkennbar um den Absatz von Waren und Dienstleistungen geht, weil Rezipienten redaktionellen Beiträgen (zunächst) unkritischer gegenüberstehen.⁶¹ Nur die Kenntnis des wahren publizistischen Charakters ermöglicht es dem Zuschauenden, einen Inhalt sachgerecht zu würdigen.⁶² Insoweit hat der Trennungsgrundsatz eine den Rezipienten schützende Komponente.

bb) Schutz des Meinungsbildungsprozesses

Daneben hat der Trennungsgrundsatz auch rein objektivrechtliche und spezifisch rundfunkrechtliche Schutzrichtungen. Werbung ist grundsätzlich geeignet, Einfluss auf die Programmgestaltung auszuüben. Das Rundfunkprogramm als Faktor öffentlicher und individueller Meinungsbildung hat jedoch wegen seiner verfassungsrechtlichen Sonderstellung von sachfremden Einflüssen weitgehend frei zu bleiben. Indem der Trennungsgrundsatz die Einflussbereiche der Wirtschaft transparent macht, sichert er mithin

61 BGH Urt. v. 22.2.1990 – I ZR 78/88, ZUM 1990, 291, 296.

62 M. Paschke, Medienrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 434.

die Unabhängigkeit der Programmgestaltung insgesamt.⁶³ Gleichzeitig wird das Vertrauen der Zuschauenden in die Objektivität des Inhalts gewahrt, weil sie nicht davon ausgehen müssen, über den werbenden Charakter eines Inhalts getäuscht zu werden.⁶⁴ Dieser, letztlich aus der Meinungsbildungsrelevanz eines Angebotes folgende, Schutzzweck kann zwanglos auf Angebote in „neuen Medien“ übertragen werden: Wenn beispielsweise ein Youtube-Video, das sich zu politischen Parteien positioniert, wie etwa „Die Zerstörung der CDU“ des YouTubers „Rezo“, seit dem Erscheinen im Mai 2019 eine Reichweite von nunmehr mehr als 20 Millionen Abrufen erzielt, dürfte die Meinungsbildungsrelevanz eines solchen Inhaltes außer Frage stehen – das zeigt bereits, dass es nicht nur in linearen Programmen Fälle geben kann, in denen die verfassungsrechtliche Sonderstellung des „klassischen“ Rundfunks relevant wird. Auch bei meinungsrelevanten nicht-linearen Inhalten muss sichergestellt werden, dass ein möglicherweise gegebener Einfluss wirtschaftlicher Zielsetzungen transparent gemacht wird.⁶⁵

cc) Marktneutralität

Als dritte Schutzrichtung dient der Trennungsgrundsatz dem Schutz der Marktneutralität. Rundfunk soll gegenüber dem Wettbewerb im Markt objektiv und neutral bleiben und allen Marktteilnehmern gleiche Ausgangsbedingungen bieten.⁶⁶ Damit wäre es z.B. unvereinbar, beispielsweise einzelnen Werbetreibenden dadurch einen Vorteil zu gewähren, dass sie den Trennungsgrundsatz missachten (können). Aus diesem Grunde stellt z.B. ein Fall der Schleichwerbung in der Regel auch einen Verstoß gegen das UWG als unlautere geschäftliche Handlung dar.

Diese Schutzzwecke haben sich nicht wesentlich verändert, seit der Trennungsgrundsatz im deutschen Rundfunk- bzw. Medienrecht verankert wurde. Da sich aber der Werbemarkt in den Medien stark verändert, weil er auf neue Nutzungsformen und technische Entwicklungen reagiert, stellt sich die Frage, ob diese Schutzzwecke und ihre Umsetzung noch zeitgemäß

63 vgl. G. Gounalakis, Werbung im Rundfunkprogramm, WRP 2005, 1476, 1477.

64 Vgl. R.O. Graef, Das Ende des Trennungsgrundsatzes?, MedienWirtschaft 4/2009, 31.

65 Womit hier in keiner Weise gesagt werden soll, dass das in dem gewählten Beispiel der Fall war.

66 vgl. G. Gounalakis, Werbung im Rundfunkprogramm, WRP 2005, 1476, 1477; G. Greffinius/ A. Fikentscher, Werbeformen bei Sportübertragungen im Fernsehen und ihre wettbewerbsrechtliche Zuständigkeit, ZUM 1992, 526, 527.

sind oder einer Anpassung bedürfen. Bevor diese Frage behandelt werden kann, sollen kurz die wesentlichen Veränderungen des Werbemarktes dargestellt werden:

b) Entwicklung des medialen Werbemarktes

Nach der am 21.12.2023 veröffentlichten Jahresendbewertung des Zentralverbands der deutschen Werbewirtschaft (ZAW) hat die Werbewirtschaft in Deutschland in 2023 ein Wachstum auf 48,87 Mrd. Euro (+1,6 Prozent) Umsatz erreicht.⁶⁷ „Mit diesem vorläufigen Ergebnis übertrifft die Werbewirtschaft die Corona-Krisenjahre (2020: 44,86 Mrd. Euro; 2021: 47,34 Mrd. Euro) und das erste Kriegsjahr des Ukraine-Krieges 2022 (48,09 Mrd. Euro). Der Wert liegt auch über der Vor-Corona-Zeit (48,33 Mrd. Euro). Die Investitionen in Werbung sind auf 37,07 Mrd. Euro (+2,5 Prozent) gestiegen, die Netto-Werbeinnahmen der Medien steigen auf 26,06 Mrd. Euro (+1,4 Prozent).“⁶⁸ Nach Werbeträger (Medium) getrennt zeigt die 2022er Jahresanalyse des ZAW⁶⁹ folgendes Bild⁷⁰: Am Nettoumsatz in 2022 hat die Internetwerbung den größten Anteil mit 46 % ausgemacht und ist damit leicht vom Vorjahr mit 44,9 % angestiegen. Print-Werbung hatte mit 29,4 % den zweitgrößten Umsatz, leicht gefallen von 29,6 % im Vorjahr. Ebenfalls gefallen ist der Umsatz in der Fernsehwerbung, von 21,2 % zu 20,7 %. Leicht gestiegen ist die postalische Direktwerbung (21: 9,9 % zu 22: 10,1 %). Die geringste Bedeutung hatten Außenwerbung (4,5 % zu 4,1 %), Radiowerbung (3,1 % zu 3,2 %) und Kinowerbung (0,1 % zu 0,2 %).⁷¹

Die Werbung im Internet hat somit ihren Gesamtanteil im Jahr 2022 gesteigert, während Print und Fernsehen (Bewegt看) weiterhin rückläufig waren. 50 % der Bruttowerbeausgaben (insgesamt mehr als 17 Milliarden Euro) fallen somit in den Bereich der Fernsehwerbung.⁷² Diese Zahlen zeigen bereits, dass der Fernsehwerbemarkt nach wie vor ein wichtiger Markt ist, dessen publizistische Bedeutung aufgrund der Bedeutung für die Finanzierbarkeit meinungsrelevanter Angebote nicht zu unterschätzen ist.

67 ZAW-Marktprognose, 2023 und Ausblick 2024, <https://zaw.de/werbemarkt-2023-dank-digitaler-erlloese-im-leichten-plus/>.

68 ZAW-Marktprognose, 2023 und Ausblick 2024, <https://zaw.de/werbemarkt-2023-dank-digitaler-erlloese-im-leichten-plus/>.

69 <https://zaw.de/werbemarkt-2023-dank-digitaler-erlloese-im-leichten-plus/>.

70 <https://zaw.de/branchendaten/werbemarkt-nach-medien/>.

71 <https://zaw.de/branchendaten/werbemarkt-nach-medien/>.

72 <https://zaw.de/branchendaten/werbemarkt-nach-medien/>.

Die klassische Fernsehwerbung liegt aber – wie seit langem – deutlich hinter dem Gesamtbereich Internetwerbung zurück und ist weiter rückläufig.

Die Werbung im Internet wurde ebenfalls durch das ZAW ausgewertet. Die vorgenommene Nettosystematik setzt sich dabei „aus Search, Display Ads (darin enthalten In-Stream Videowerbung), Classifieds⁷³ und In-Stream Audiowerbung zusammen.“⁷⁴ Sie erreichte insgesamt 11.824,3 Mio. Euro (Vorjahr: 11.616,4 Mio. Euro), ein Plus von 1,8 Prozent. Die Suchwortvermarktung stieg um 3,5 Prozent auf 5.350 Mio. Euro (Vorjahr: 5.170,5 Mio. Euro und +11 Prozent). Die Display-Ads nahmen um lediglich 1,1 Prozent auf 5.178,0 Mio. Euro (Vorjahr: 5.120 Mio. Euro) zu und zeigten damit ein stärker abgebremstes Wachstum im Vergleich zu den Vorjahren. Der Bereich Classifieds dagegen sank um 3,4 Prozent auf 1.199,7 Mio. Euro (Vorjahr: 1.241,9 Mio. Euro).“⁷⁵

Betrachtet man die Verteilung auf die einzelnen Werbearten zwischen 2018 bis 2020 und prognostisch bis 2025 nach einer Berechnung des Portals Statista, zeigt sich folgendes Bild⁷⁶: Die Werbeausgaben in den digitalen Medien sind zwischen 2018 und 2020 um knapp eine Milliarde Euro von 6,95 auf 7,90 Mrd. Euro angestiegen. Es wird prognostiziert, dass die Werbeausgaben bis 2025 auf 10,42 Mrd. Euro ansteigen werden. Über die Hälfte der Werbeausgaben erfolgte hierbei für Suchmaschinenwerbung, gefolgt von Social Media Werbung, Digitaler Bannerwerbung und Digitale Kleinanzeigen.

Werbung im Internet begegnet dabei ähnlichen Wahrnehmungshindernissen wie im klassischen Fernsehen: So empfinden Verbraucher auch Online-Werbung als nicht interessant oder lästig, mit der Folge, dass diese die Werbung technisch durch sog. Ad-Blocker oder über Browser-Erweiterungen bzw. in ihrer Wahrnehmung ausblenden. Letzteres wird auch als sog. „Unaufmerksamkeitsblindheit“ bezeichnet.⁷⁷ Daraus folgt, dass die Tendenz zu möglichst unauffälliger Werbung auch in Online-Angebote wirtschaftlich angelegt ist. Es besteht also ein wirtschaftlich begründbares Interesse an der Programm- bzw. Inhaltsintegration von Werbung auch im Internet. Diese Tendenz lässt sich auch in der Rechtsentwicklung ablesen. Sowohl in

73 „Classifieds“ sind „Kleinanzeigen“, sowohl in Online als auch in Print.

74 <https://zaw.de/branchendaten/werbemarkt-nach-medien/>.

75 <https://zaw.de/branchendaten/werbemarkt-nach-medien/>.

76 <https://de.statista.com/infografik/24332/geschaetzte-digitale-werbeausgaben-in-deutschland/>.

77 <https://www.saferinternet.at/news-detail/online-werbung-erkennen-statt-klicken>.

klassischen linearen Programmen als auch in Abrufinhalten bietet die Entwicklung der Zulässigkeit von Produktplatzierung hier ein gutes Beispiel:

aa) Entwicklung der Zulässigkeit von Produktplatzierung als Form der Programmintegration

Seit dem 13. Rundfunkänderungsstaatsvertrag 2010 war Produktplatzierung (als im Rahmen der Umsetzung der damaligen AVMD-Richtlinie, RL 2007/65/G) im deutschen Medienrecht in linearen Programmen – aufgrund von Ausnahmevorschriften – weitgehend erlaubt. Die damalige nationale Umsetzung entschied sich (noch) für ein grundsätzliches Verbot der Produktplatzierung (§ 7 Abs. 7 RStV), von dem aber die §§ 15 und 44 Nr. 1 RStV weitgehende Ausnahmen vorsahen. Danach war Produktplatzierung im privaten Rundfunk in Kinofilmen, Filmen und Serien, Sportsendungen und Sendungen der leichten Unterhaltung unter gewissen Voraussetzungen erlaubt. Nach dem damaligen § 2 Abs. 2 Nr. 11 RStV war Produktplatzierung definiert als: „... die gekennzeichnete Erwähnung oder Darstellung von Waren, Dienstleistungen, Namen, Marken, Tätigkeiten eines Herstellers von Waren oder eines Erbringers von Dienstleistungen in Sendungen gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung mit dem Ziel der Absatzförderung. Die kostenlose Bereitstellung von Waren oder Dienstleistungen ist Produktplatzierung, sofern die betreffende Ware oder Dienstleistung von bedeutendem Wert ist.“

Produktplatzierung ist also im Wesentlichen die Integration von Waren oder Dienstleistungen in den Ablauf bzw. die Handlung einer Sendung gegen Entgelt oder ähnliche Gegenleistung mit dem Ziel der Absatzförderung. Hierbei erfolgt grade keine eindeutige zeitliche oder optische Trennung mehr vom redaktionellen Inhalt. Vielmehr setzt der Gesetzgeber hier auf die Erkennbarkeit der Produktplatzierung durch Kennzeichnung, was sich daran zeigt, dass bereits die Definition eine Kennzeichnung voraussetzt („...gekennzeichnete Erwähnung“...). Der Kennzeichnung kommt eine zentrale Bedeutung zu, da eine ungekennzeichnete Produktplatzierung – bei Vorliegen von Werbeabsicht – Schleichwerbung sein kann.

Die Kennzeichnung musste nach § 7 Abs. 7 Satz 3 RStV zu Beginn und am Ende der Sendung sowie bei Wiederbeginn nach einer Werbeunterbrechung erfolgen. Nach damaligem Recht mussten zudem zulässige Produktplatzierungen drei weitere Anforderungen erfüllen (§ 7 Abs. 7 Satz 2 RStV):

1. Die redaktionelle Verantwortung und Unabhängigkeit hinsichtlich Inhalt und Sendeplatz müssen uneingeschränkt bleiben,
2. die Produktplatzierung darf nicht unmittelbar zu Kauf, Miete oder Pacht von Waren oder Dienstleistungen auffordern, insbesondere nicht durch spezielle verkaufsfördernde Hinweise auf diese Waren oder Dienstleistungen, und
3. das Produkt darf nicht zu stark herausgestellt werden; dies gilt auch für kostenlos zur Verfügung gestellte geringwertige Güter.

Diese Anforderungen der Nummern 1-3 gelten auch heute noch (§ 8 Abs. 7 Satz 2 MStV). Gewandelt hat sich im Medienstaatsvertrag das grundsätzliche Verhältnis zwischen Verbot und (Ausnahme-)Erlaubnis der Produktplatzierung: Seit Geltung des MStV ist Produktplatzierung grundsätzlich erlaubt, § 8 Abs. 7 Satz 2 MStV. Untersagt ist Produktplatzierung (nur) noch nach § 8 Abs. 7 Satz 2 MStV in Nachrichtensendungen, Sendungen zur politischen Information, Verbrauchersendungen, Regionalfensterprogrammen nach § 59 Abs. 4 MStV, Fensterprogrammen nach § 65 MStV, Sendungen religiösen Inhalts und Kindersendungen. Die Pflicht zur Kennzeichnung gilt weiterhin.

bb) Produktplatzierung und Trennungsgrundsatz

Diese Entwicklung zeigt eine Liberalisierungstendenz, die aber im Hinblick auf den Grundsatz der Trennung von Werbung und Programm kritisch zu betrachten ist: Die Trennung von Werbung und Programm wurde hier zurückgestellt unter der Annahme, dass die Schaffung von Transparenz über die werbliche Integration zum Erreichen der oben beschriebenen Schutzzwecke ausreicht. Dies ist kritisch zu betrachten, denn hier ist insbesondere anzumerken, dass die Kennzeichnungspraxis den Sehgewohnheiten heute nicht mehr entsprechen dürfte. Kaum ein Zuschauer dürfte heute noch eine Sendung wirklich „von Anfang bis Ende“ verfolgen. Konvergenz der Empfangsgeräte, zunehmende mobile Nutzung und Wandel der Rezeptionsgewohnheiten führen dazu, dass zunehmend „gezappt“ wird und Vor- und Abspann einer Sendung immer seltener bewusst wahrgenommen werden.⁷⁸ Damit gehen Kennzeichnungen potentiell ins Leere. Noch

⁷⁸ Vgl. R.O. Graef, Das Ende des Trennungsgrundsatzes?, MedienWirtschaft 4/2009, 31, 33.

grundsätzlicher dürfte die Frage sein, ob eine gewonnene Transparenz hier wirklich dem Schutzzweck dient: Die Erkenntnis, dass etwas beworben wird, bzw. dass Produkthersteller bei der Gestaltung seine Interessen „platziert“ hat, gewinnen Zuschauende auch, wenn etwas penetrant beworben wird. Es dürfte nicht ausgeschlossen sein, dass eine Kennzeichnung „Unterstützt durch Produktplatzierung“ letztlich die Werbewirkung sogar fördert, weil sie ähnlich wie beim Sponsoring als imagefördernde Unterstützung der Sendung empfunden wird.⁷⁹

Ob also bei der aktuellen Kennzeichnungspraxis der werbliche Charakter der Integration wirklich hinreichend erkennbar wird und ob dies zu der oben angesprochenen Möglichkeit der sachgerechten Würdigung einer Markenpräsenz führt, darf bezweifelt werden.

Es sei jedoch erwähnt, dass das Produkt oder die Dienstleistung nicht zu stark herausgestellt sein darf. Eine zu starke Herausstellung in diesem Sinne liegt jedenfalls dann vor, wenn zwischen den werblichen und den redaktionellen Inhalten kein hinreichender Unterscheidung oder angemessener Ausgleich vorliegt.⁸⁰ Dies ist der Fall wenn der Werbezweck im Vordergrund des Sendungsgeschehens steht.⁸¹ Vor zu starken Werbeeffekten dürfte diese Regelung schützen - für subtilere Werbebotschaften wirkt diese Schwelle jedoch nicht.

c) Werbung wird zu oft als solche nicht erkannt

Vor dem Hintergrund der zunehmenden Ermöglichung von Aufweichungen des Trennungsgrundsatzes, wie sie sich bei der Produktplatzierung zeigen, ist es besonders interessant, dass nach einer aktuellen Untersuchung der Medienanstalten kommerzielle Werbung in Social-Media Posts, die anmutet wie ein redaktioneller Inhalt bzw. mit diesem verbunden ist, nur von weniger als 15 % der Befragten korrekt als Werbung erkannt wurde. Nur 14 Prozent ordneten ein Advertorial⁸² korrekt als Werbung ein, die

79 Vgl. R.O. Graef, Das Ende des Trennungsgrundsatzes?, MedienWirtschaft 4/2009, 31, 33.

80 Vgl. VG Hannover 18.02.2016, Az.: 7 A 13293/14.

81 Vgl. VG Hannover 18.02.2016, Az.: 7 A 13293/14.

82 Hierunter fällt die Art von Werbung, die auf den ersten Blick wie ein redaktioneller Beitrag erscheint.

Hälfte hielt eine Brand Story⁸³ für unabhängige Information.⁸⁴ Demgegenüber erkannten 69% der Befragten kommerzielle Posts ohne Einkleidung in einen redaktionellen Artikel bei korrekter Werbekennzeichnung auch als kommerzielle Werbung.⁸⁵

Ganz ohne korrekte Werbekennzeichnung (68%) und mit zwar vorhandener, aber undeutlicher Kennzeichnung (67%) erkannten allerdings kaum weniger der Befragten einen Werbeinhalt als solchen. Daraus lassen sich – bei aller Vorsicht vor Verallgemeinerungen – zwei Dinge ableiten:

- a) Kennzeichnung ist nach diesen Ergebnissen nicht der wesentliche Grund, warum Werbung als solche erkannt wird – wäre das so, müssten die Unterschiede zwischen keiner, undeutlicher oder korrekter Kennzeichnung größer sein.
- b) Die Gefahr, dass die oben beschriebenen Schutzzwecke letztlich unterlaufen werden, ist grade bei integrierter Werbung bzw. Werbung in redaktioneller Anmutung besonders hoch.

Vor diesem Hintergrund muss bezweifelt werden, ob der Weg der Gestattung zunehmender Ausnahmen vom Trennungsgrundsatz über den Rechtfertigungsweg des Kennzeichnungserfordernisses den gesellschaftlich relevanten Schutzziele tatsächlich dient, die der Trennungsgrundsatz schützen soll. Diese Schutzzwecke sind aber nach wie vor aktuell – sie sind sogar möglicherweise durch die zunehmenden technischen Möglichkeiten noch aktueller geworden: Je technisch einfallsreicher und ggf. auch virtueller Werbung integriert werden kann, desto mehr „Fläche“ entsteht für kommerzielle Kommunikation. Je flexibler und vielfältiger die Rezeption wird, desto mehr Möglichkeiten eröffnen sich, situations- und endgeräteangepasst zu werben.

Das Bedürfnis, Informationen auf einer zutreffenden Tatsachenbasis bewerten zu können (also die korrekte Kommunikatorquelle zu kennen) wird demgegenüber nicht geringer und nicht weniger zeitgemäß; im Gegenteil, es wird sogar deutlich größer, wenn man berücksichtigt, dass die Grenzen zwischen Werbung und Programm in der Praxis der Inhalteproduktion immer fließender werden – Begriffe wie „Advertorial“, „Brand Story“, „Native

83 Brand Story sind wie der Name bereits andeutet Geschichte zu einer Marke. Hierdurch soll eine Beziehung zu dieser Marke aufgebaut werden.

84 Chartreport. TransparenzCheck der Medienanstalten zur kommerziellen Werbung 2023, S. 7; <https://faktenimpulse.de/wp-content/uploads/2023/02/Chartreport-Transparenz-Check-zur-kommerziellen-Werbung.pdf>.

85 Chartreport, S. II.

Advertising“ machen das schon begrifflich deutlich. Es wird die Aufgabe der künftigen Werberegulierung sein, die oben beschriebenen Schutzzwecke nicht aufzugeben und Wege zu finden, diese weiterhin effektiv zu schützen.

4. Verhältnis nationaler zu europäischer Werbemarktregulierung

In einer Gesamtbetrachtung der nationalen und europarechtlichen Normen besteht nur in bestimmten Teilen des Werberechts ein Spannungsverhältnis zwischen den Regelungsregimen. Einen Großteil der europarechtlichen Normen stellen Richtlinien da, die bereits in den nationalen Gesetzen umgesetzt wurden. Der Digital Services Act hat eine gewisse Schnittmenge mit dem MStV, da diese Verordnung die E-Commerce-RL überarbeitet, auf welcher der MStV teilweise basiert.

Das Verhältnis zwischen den nationalen Regeln des MStV und den sowohl bereits in Kraft getretenen, als auch den geplanten Verordnungen, ist zu prüfen. Generell bestehen zwei Ansätze, auf deren Basis der MStV von den Verordnungen abweichen könnte: die Inländerdiskriminierung und die Regulierung von kulturellen Aspekten.

a) Inländerdiskriminierung

Das Unionsrecht hat die Aufgabe, den europäischen Binnenmarkt zu harmonisieren⁸⁶. Daher sieht Art. 18 AEUV auch ein Diskriminierungsverbot vor, welches jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit innerhalb der Europäischen Union verbietet. Dieses Diskriminierungsverbot adressiert insbesondere grenzüberschreitende Sachverhalte.⁸⁷ Das Diskriminierungsverbot gilt jedoch nicht ausnahmslos in der Europäischen Union. Die nationale Gestaltung der Rechtsverhältnisse zu den eigenen Staatsbürgern im Vergleich zu Unionsausländern obliegt weiterhin den jeweiligen Mitgliedstaaten.⁸⁸ Hat ein Mitgliedstaat gegenüber eigenen Staats-

86 Vgl. Art. 3 EUV.

87 Grabitz/Hilf/Nettesheim/von Bogdandy, 80. EL August 2023, AEUV Art. 18, Rn. 49-54.

88 Grabitz/Hilf/Nettesheim/von Bogdandy, 80. EL August 2023, AEUV Art. 18, Rn. 49-54.

angehörigen oder im Inland ansässigen Personen⁸⁹ nationale Regelungen getroffen, wodurch diese Personen schlechter gestellt sind als Personen oder Unternehmen aus anderen EU-Mitgliedstaaten⁹⁰ in vergleichbaren Situationen aufgrund bestehender unionsrechtlicher Vorgaben, kann dies zulässig sein. Diese als Inländerdiskriminierung bezeichnete Situation ist möglich, da Art. 16 AEUV aufgrund des unvollendeten Binnenmarktes nur auf grenzüberschreitende Sachverhalte Anwendung findet.⁹¹ Das Diskriminierungsverbot ist somit für Personen in einem Mitgliedstaat nur dann einschlägig, soweit die Ungleichbehandlung in den Anwendungsbereich des Unionsrecht fällt.⁹²

Ergänzend stellt sich die Frage, inwieweit die Rechtsfigur der Inländerdiskriminierung Auswirkungen auf Anwendung der EU-rechtlichen Regulierungen haben kann, also ob zu Lasten von Inländern in den jeweiligen Mitgliedstaaten von Richtlinien und Vorschriften abgewichen werden darf. Eine Abweichung von EU-Recht zulasten von Inländern ist zumindest insoweit möglich, wie die entsprechende Regulierung keine Harmonisierung herbeiführt.⁹³ Gerade dies ist beim DSA nicht der Fall, da er nicht von dieser Verordnung erfasste Anbieter nicht dem nationalen Rechtsrahmen entziehen will, so dass für alle digitalen Dienste, die den Schwellenwert von 50 Beschäftigten oder einem Jahresumsatz/Jahresbilanz von 10 Mio. Euro nicht überschreiten und auch nicht mehr als 45 Millionen aktive Nutzer im Monatsdurchschnitt haben, weiterhin der MStV zur Anwendung kommt. Ebenfalls harmonisiert der DSA nicht das Verhalten von Nutzern und Inhaltenanbietern auf den Plattformen.

b) Regulierung kultureller Aspekte

Generell haben Verordnungen bindende Wirkung und abweichende Regelungen können nur im Rahmen von Öffnungsklauseln durch die Mitgliedstaaten verabschiedet werden.

89 Streinz, Europarecht, S. 855.

90 Dauses/Ludwigs/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrecht, 59 EL. Oktober 2023, E. I. Rn. 38 ff; Streinz, Europarecht, 12. Aufl. 2023, Rn. 853 ff.

91 Dauses/Ludwigs/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrecht, 59 EL. Oktober 2023, E. I. Rn. 38 ff; Streinz, Europarecht, 12. Aufl. 2023, Rn. 854.

92 Grabitz/Hilf/Nettesheim/von Bogdandy, 80. EL August 2023, AEUV Art. 18 Rn. 51; Streinz/Streinz, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 18, Rn. 65.

93 Streinz, Europarecht, 12. Aufl. 2023, Rn. 856.

Aufgrund der klaren Beschränkung der EU-rechtlichen Kompetenz im Bereich der Regulierung von kulturellen Aspekten, müssen Verordnungen über wirtschaftliche Aspekte der Medien sich auf die Harmonisierung des Binnenmarktes beschränken. Eine Harmonisierung der kulturellen Aspekte der Medien in den Mitgliedsstaaten darf gerade nicht erfolgen, sodass EU-Regelungen keiner Öffnungsklausel für nationale Regelungen bedürfen. In Anbetracht des Art. 167 Abs. 4 AEUV darf dies aber nicht bewirken, dass die kulturellen Maßnahmen der Mitgliedstaaten den wirtschaftlich orientierten Regelungen der Verordnung widersprechen. Regelungen des Binnenmarktes mit Auswirkung auf die Kultur dürfen nur erweitert und angepasst werden.

5. Fazit

Die Werbewirtschaft befindet sich in einem Wandel, der durch die Digitalisierung angefacht wird und Regulierungsbedarf hervorruft. Die Normierung dieses Gebietes liegt im Spannungsverhältnis zwischen den wirtschaftlichen Aspekten des Binnenmarktes, für deren Regulierung der EU Kompetenzen übertragen wurden, und den kulturellen Aspekten, für welche die Gesetzgebungshoheit bei den Mitgliedstaaten verblieben ist. Die EU kann zwar durch Normen auf die Kultur der Mitgliedstaaten einwirken, darf hier aber keine Harmonisierung betreiben.

Sowohl die EU, als auch die Bundesländer, haben von ihrer Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht und hierbei teilweise überschneidende Regelungen getroffen. Auch wenn die EU die Harmonisierung des Binnenmarktes durch Verordnungen weiter ausgeweitet hat, so hat das dem Medienstaatsvertrag nicht seine Bedeutung genommen. Gerade wenn die Bedeutung des „klassischen“ linearen Fernsehens sinkt, erfordert der Schutz des öffentlichen Meinungsbildungsprozesses in Telemedien auch im Bereich der Finanzierung ein Eingreifen nationaler Regelungen jenseits des DSA. Das europäische Recht, insbesondere der Digital Services Act, lässt viele Bereiche unreguliert, die durch den nationalen Gesetzgeber ausgefüllt werden können. Darüber hinaus können die kulturellen Aspekte der Werbewirtschaft durch die Mitgliedsstaaten weiter normiert werden.

4. Medienfreiheit und Presserecht

Die europäische Dimension der Medienfreiheit – Was kann der EMFA leisten?

Heike Raab

Der European Media Freedom Act (EMFA) ist mehr ein klares politisches Bekenntnis Europas für die Freiheit der Medien, als ein Rechtsakt mit klaren Vorgaben. Darin liegt sein Wert, denn Medienfreiheit können wir nicht verordnen, sie muss in den Redaktionen, der Berichterstattung, der staatsfernen Regulierung, der unabhängigen Finanzierung oder auch in der freien Ausübung des journalistischen Berufes, frei von Ängsten, Inhaftierungen und Bedrohungen gelebt werden.

Dieses Fazit ziehe ich nach zwanzig Monaten intensiven und konstruktiven Verhandlungen zum Europäischen Medienfreiheitsgesetz. In der Rundfunkkommission hatten wir 2022 nach der „State of the Union Speech“ von Kommissionspräsidentin Ursula von der Leyen zunächst die Ansicht: Einen EMFA benötigen wir in Deutschland nicht. Ein solcher Blick auf die Medienfreiheit hätte aber unser Blickfeld verengt, angesichts der Globalisierung der Medienmärkte, die von der Digitalisierung ausgeht. Nur eine kraftvolle europäische Antwort kann die Spielregeln auf dem weltweiten Medienmarkt beeinflussen.

Aus deutscher Perspektive ist Medienvielfalt und –freiheit in höchstem Maße gegeben. Wir haben ein pluralistisches duales Mediensystem, zwar noch etwas fernsehzentriert und papierliebend, aber eben mit einem starken unabhängigen öffentlich-rechtlichen Rundfunk, zahlreichen privaten Rundfunkangeboten und einer vielfältigen Zeitungs- und Zeitschriftenlandschaft. Zudem ist die Regulierung unabhängig von Regierungen dezentral und föderal organisiert. Das wirkt von außen betrachtet sehr kompliziert, jedoch garantiert gerade die Vielfältigkeit auch die besondere Unabhängigkeit. Die sogenannte ko-regulierte Selbstregulierung wirkt. Beispielshaft greife ich den Presserat auf, der mit zahlreichen Rügen kritische Anmerkungen dort formuliert, wo Recherche nicht tiefgründig genug war.

Medien sind unter Druck. Das gilt insbesondere für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk. Es gilt aber auch für unsere Zeitungsverlage oder privaten Rundfunkveranstalter. Sie geraten wegen einbrechender Werbeeinnah-

men wirtschaftlich unter Druck. Insgesamt verändert aber die Digitalisierung und das neue Mediennutzungsverhalten die Grundlagen.

Es sind die großen Plattformen, die einen Gatekeeperstatus innehaben. Das Internet bietet zwar die Chance, potenziell ein Weltpublikum anzusprechen. Damit stellt es Inhaltenanbieter aber auch gleichzeitig vor die Herausforderung, in dem großen World Wide Web ihr Zielpublikum neben unzähligen anderen Inhalten überhaupt zu erreichen. Wirksame Bekämpfung von Desinformationen kann nur durch unabhängige, redaktionell eingeordnete und verantwortete Inhalte erfolgen, die leicht auffindbar sein müssen.

Ein neueres Phänomen sind aber auch gezielte Angriffe auf Journalistinnen und Journalisten. Der Einsatz von Überwachungstechnologien betrifft dabei nicht nur den Schutz der Privatsphäre, sondern auch die Freiheit der Presse und gefährdet den Schutz von Informanten. Die Zunahme von Verbrechen gegen Medienschaffende bis hin zur Ermordung der maltesischen Journalistin muss uns mehr als besorgen. Diese Ereignisse haben nicht nur Auswirkungen auf die Berufsausübung und Pressefreiheit, sondern untergraben auch das Vertrauen in staatliche Institutionen und Rechtsstaatlichkeit.

Die Gefahren sind mannigfaltig und real. Die Herausforderungen werden mit dem EMFA benannt und adressiert. Den Anspruch alle Fragen zu lösen, wird er nicht erfüllen. Sein politischer Wert liegt aber darin, dass er vor der Europawahl am 9. Juni 2024 auf der Zielgeraden ist und verabschiedet wird. Damit wird für alle Mitgliedstaaten klar: Unabhängig von den Regierungen oder der künftigen Zusammensetzung des Europäischen Parlaments, wird es eine Mindestharmonisierung für das Medienrecht in Europa geben. Diese ist auch ein Garant für Vielfalt und Pluralismus und eine Brandmauer gegen Populismus, Zentralisierung und Propaganda. Damit ist der EMFA ein starkes Zeichen des *europäischen Zusammenhalts* für mehr Medienvielfalt und –freiheit.

Der ursprüngliche Vorschlag der Europäischen Kommission für den EMFA stieß auf deutliche Kritik. Diese Kritik im Kreis der Mitgliedstaaten manifestierte sich in den insgesamt vier Subsidiaritätsrügen, eine davon wurde von den deutschen Ländern Ende November 2022 im Bundesrat gefasst. Die Subsidiaritätsrüge der Länder wurde insbesondere deshalb ausgesprochen, weil der Vorschlag der Kommission aus deutscher Sicht als Verletzung der Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten wahrgenommen wurde: Die Europäische Kommission präsentierte den Vorschlag für den EMFA unter Verweis auf Artikel

114 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, welcher als Ermächtigungsgrundlage für die Verwirklichung des Binnenmarktes dient. Zusätzlich entschied sie sich für die Rechtsform einer Verordnung, einem Rechtsinstrument, das ohne Umsetzung durch die Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar ist. Dieses Vorgehen war für sich genommen schon ein Paradigmenwechsel. Somit war insbesondere der gewählte Rechtsakt der Verordnung maßgebend. Denn sie greift direkt in die nationale Kompetenz, einschließlich des Kerns der Kulturhoheit der Länder ein. Dabei betont Artikel 167 Absatz 2 AEUV, dass die Union durch ihre Tätigkeit die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten fördert und unterstützt, und erforderlichenfalls deren Tätigkeit im audiovisuellen Bereich ergänzt. Im Rahmen der Verhandlungen zum EMFA wurde ein Kompromisstext erarbeitet, der nun eine gezielte Neuausrichtung und ein verstärktes Augenmerk auf die Wahrung mitgliedstaatlicher Kompetenzen legt.

Der in den Trilogverhandlungen geeinte Text umfasst nunmehr das Recht auf eine Vielfalt von unabhängigen Medieninhalten, statuiert Rechte und Pflichten von Mediendienstanbietern und Pflichten der Mitgliedstaaten im Umgang mit und der Regulierung von Medien. Außerdem enthält er Sicherungsmechanismen für die öffentlich-rechtlichen Medien, schafft neue Aufsichts- und Kooperationsmechanismen der nationalen Medienaufsichtsbehörden, stellt Verfahrensgrundsätze für den Umgang mit Medieninhalten auf großen Online-Plattformen auf und legt Grundsätze für nationale Maßnahmen im Rahmen der Medienkonzentration, für die Zuweisung öffentlicher Mittel für staatliche Werbung, wie auch für Zuschauerermessungen fest.

Die Neuausrichtung des Trilogergebnisses im Vergleich zum ursprünglichen Kommissionsvorschlag zeigt sich besonders darin, dass die Normadressaten nun vorrangig die Mitgliedstaaten sind. Damit konnte das Gleichgewicht zwischen dem Adressieren von Gefahren auf europäischer Ebene und Wahrung mitgliedstaatlicher Kompetenz, die sich aus der kulturellen Vielfalt ableitet, wiederhergestellt werden.

Aber eben diese kulturelle Vielfalt ist auch immer eine Herausforderung in den Verhandlungen auf europäischer Ebene, die den Medienbereich betreffen. Die Medien und deren Regulierung sind in den europäischen Mitgliedstaaten so vielfältig, wie die Mitgliedstaaten selbst. Unterschiedliche Gegebenheiten, Kulturen und Vorlieben in der Bevölkerung führen dazu, dass wir einerseits unterschiedliche gesetzliche Grundlagen in den Mitgliedstaaten haben. Andererseits haben wir deshalb aber auch ganz unterschiedliche Angebote in Europa, die uns bereichern und wertvoll

sind. Und es geht auch nicht ohne die Mitgliedstaaten und die Menschen vor Ort, die den heimischen Medienmarkt und das Publikum kennen, wissen wie man es erreicht und wo das Programm gemacht wird. Deshalb war und ist es richtig, dass es diese Veränderung an dem Text gegeben hat. Sie bringt noch einen weiteren Vorteil mit sich: eine Verteilung der Verantwortlichkeiten zwischen den Mitgliedstaaten, den Aufsichtsbehörden und der Europäischen Kommission. Dies hat einen Dezentralisierungseffekt, der gerade im Medienbereich zur Schmälerung der Missbrauchsgefahr wichtig ist. Klar ist, dass daraus eine Verpflichtung sowohl für die Mitgliedstaaten als auch für die Kommission erwächst, *mit den zur Verfügung stehenden Rechten und Pflichten im Sinne von Medienfreiheit und -vielfalt verantwortungsvoll umzugehen*.

Dass man sich auf europäischer Ebene bewusst macht, welch große Bedeutung unsere Medien und deren Inhalte für die Demokratie haben und sich überlegt, wie wir in Europa unsere Medien stärken, ist gut – es heißt aber nicht automatisch, dass alles auf europäischer Ebene harmonisiert werden muss oder sollte, denn dies würde unsere wertvolle Vielfalt in Gefahr bringen. Ein Miteinander braucht es nicht nur zwischen den Menschen in Europa, sondern gerade auch zwischen den nationalen und europäischen Gesetzgebern. Gerade im digitalen Bereich braucht es eine bessere Verzahnung von nationalem und europäischen Recht, um einen kohärenten Rechtsrahmen zu schaffen. Heute gibt es unzählige Angebote und Möglichkeiten, Informationen und andere Inhalte zu verbreiten und zu nutzen. In Deutschland lag im Jahr 2023 das Internet mit 52 % erstmals vor der TV-Nutzung der Medien bei den unter 30-Jährigen. Gleichzeitig gibt es das Problem der Verbreitung von Desinformation im Netz. Aus politischer und gesellschaftlicher Sicht erhöht dieser Befund die Notwendigkeit, die Bürgerinnen und Bürger mit verlässlichen und faktenbasierten Informationen zu erreichen. Qualitätsmedien haben die Funktion, als eine Art Navigationssystem die Einordnung von Informationen vorzunehmen und so einen Beitrag für die Demokratie und den Zusammenhalt in der Gesellschaft zu leisten.

Nun enthält der EMFA erstmals auf europäischer Ebene Regelungen, wie mit Medieninhalten im Speziellen auf sehr großen Online-Plattformen umzugehen ist. Der Weg dorthin begann schon mit den Diskussionen um den Digital Services Act (DSA), der als horizontal ausgestaltete Verordnung unter anderem den Umgang mit rechtswidrigen Inhalten reguliert, allerdings eine Regelung zum Umgang mit Medieninhalten vermissen lässt. Die Europäische Kommission hat den EMFA nur einen Monat vor Verabschie-

dung des DSA vorgeschlagen. Sie hat damit bewiesen, dass auf europäischer Ebene erkannt wurde, dass Medien und der Umgang mit ihren Inhalten nicht nur durch eine rein „wirtschaftliche Brille“ betrachtet werden dürfen, sondern es eine braucht, die Vielfalt in den Fokus nimmt. Das war und ist ein erster richtiger Ansatz, aber der EMFA sollte nur der Startschuss für eine gängige Praxis in Zukunft sein: Aufgrund der herausragenden Bedeutung der Medien für die Demokratie sollte bei jeglicher – auch horizontaler – Regulierung die Auswirkungen auf Medien eine besondere Beachtung finden. Dazu gehört aber auch die ehrliche Auseinandersetzung mit der Frage, auf welcher gesetzgeberischen Ebene eine etwaige Regelung sinnvollerweise und gemäß den Zuständigkeiten erfolgen sollte und die gegenseitige Unterstützung zur Umsetzung einer solchen. Dies sind keine trivialen Aufgaben, sondern erfordert den *Willen und Tatendrang* aller Beteiligten, die eine gemeinsame Verantwortung tragen.

So mannigfaltig die Gefahren für Medienfreiheit und –vielfalt sind, so unterschiedlich müssen unsere Antworten darauf lauten. Dabei sind die Gesetzgeber auf allen Ebenen und in allen Bereichen, die Gesellschaft, aber auch die Medien selbst gefragt, denn nur gemeinsam können wir diesen Gefahren begegnen. Der EMFA stellt dabei einen Teil des Sicherheitsnetzes für Medienfreiheit und –vielfalt dar. Mein Appell ist: Es ist unsere demokratische Pflicht, dass wir die Freiheit und Vielfalt der Medien in Europa unter Wahrung unserer einzigartigen Vielfalt zeitgemäß weiterentwickeln.

Für Medienfreiheit und Medienvielfalt hat sich Professor Georgios Gounalakis immer als Wissenschaftler aber auch als Mitglied und später Vorsitzender der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) mit großem Engagement eingesetzt. Er ist ein Vordenker der Weiterentwicklung des Medienkonzentrationsrechts und Experte für Plattform- und Digitalisierungsfragen. Durch seine wertvollen Impulse und konstruktiven Vorschläge konnte die Medienvielfaltssicherung in Deutschland und in Europa gesichert und fortentwickelt werden.

„Eine Zensur findet nicht statt“

– Was die DNA einer freiheitlichen Demokratie ausmacht

Murad Erdemir

I. Auftakt

2024 – die Jahreszahl steht für den 300. Geburtstag des deutschen Philosophen und Denkers Immanuel Kant, für den 250. Geburtstag des deutschen Malers und Grafikers Caspar David Friedrich, für den 200. Geburtstag des österreichischen Komponisten Anton Bruckner, für den 125. Geburtstag des britischen Filmregisseurs Alfred Hitchcock und für den 100. Geburtstag des US-amerikanischen Schauspielers Marlon Brando. 2024 – die Jahreszahl steht für 175 Jahre Paulskirchenverfassung, für 105 Jahre Weimarer Reichsverfassung, für 75 Jahre Grundgesetz, für den 75. Jahrestag der Gründung der Bundesrepublik Deutschland, des Europarates und der NATO, für 35 Jahre Mauerfall, für 35 Jahre World Wide Web und auch für 35 Jahre Medienanstalt Hessen.

Wissenschaft, Kunst und Kultur machen uns aus, die Ideen der Paulskirchenverfassung und die Errungenschaften der Weimarer Republik gilt es zu würdigen wie vor allem den Geist des Grundgesetzes, mit dem der Parlamentarische Rat Westdeutschland in die liberale Verfassungstradition wieder eingliederte, wie Bundespräsident *Frank-Walter Steinmeier* zum 70jährigen Jubiläum im Mai 2019 betonte.¹

Nach dem Kulturbruch des Nationalsozialismus und der daraus folgenden Katastrophe haben die Väter und Mütter des Grundgesetzes die Grund- und Freiheitsrechte an den Anfang der Verfassung gestellt. „*Die Würde des Menschen ist unantastbar*“, heißt der erste Satz. Und daraus leitet sich alles ab. Dieser zentrale Gedanke durchzieht das ganze Grundgesetz. Wir denken das Grundgesetz vom einzelnen Menschen her – und seiner

1 Rede von Bundespräsident *Dr. Frank-Walter Steinmeier* beim 19. Karlsruher Verfassungsgespräch „70 Jahre Grundgesetz – Deutschland in guter Verfassung?“ am 22.5.2019 in Karlsruhe, abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/newsletter-und-abos/bulletin/rede-von-bundespraesident-dr-frank-walter-steinmeier-1632398>.

Würde. Und alles andere muss sich danach richten und muss aus dieser Perspektive erklärbar sein. Was damit gemeint ist, kommt fast noch besser im Entwurf des Verfassungskonvents von Herrenchiemsee im Jahr 1948 zum Ausdruck. In diesem Verfassungsentwurf, der die Grundlage für die Arbeit des Parlamentarischen Rats am Grundgesetz darstellte, heißt es in Art. 1: *„Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen.“*²

Und so garantiert unsere Verfassung in ihren Grundrechtsartikeln zunächst die Gleichheits- und Freiheitsrechte. Zu den Freiheitsrechten gehört zuvörderst die Meinungs- und Informationsfreiheit. *„Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten.“* Auf diesen ersten Satz des Art. 5 Abs. 1 GG folgt die Gewährleistung der Pressefreiheit, der Rundfunkfreiheit und der Filmfreiheit. Doch erst mit dem nächsten Satz *„Eine Zensur findet nicht statt“* wird die DNA dieser freiheitlichen Demokratie³ festgeschrieben.

Der Weg dahin war lang. Die Weimarer Reichsverfassung garantierte zwar das Recht auf Meinungsfreiheit und verbot Zensur. Doch sie ließ in ihrem Art. 118 zugleich gesetzliche Maßnahmen *„zur Bekämpfung der Schund- und Schmutzliteratur zum Schutze der Jugend“*⁴ zu, was reichlich in Anspruch genommen wurde. Verfassungsanspruch und Verfassungswirklichkeit klappten auch hier auseinander, nicht zuletzt, weil eine der Gedankenwelt des Wilhelminischen Kaiserreichs verhaftete Justiz den freiheitlichen Bestimmungen der Verfassung nicht zum Durchbruch verhalf.

2 Aktuell hierzu „Der Schutz der Menschenwürde ist der Kern des Grundgesetzes“, Interview mit Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Andreas Voßkuhle vom 16.2.2024, abrufbar unter <https://www.deutschland.de/de/topic/politik/andreas-vosskuhle-zum-grundgesetz-und-d-zur-demokratie>.

3 So auch der passende Titel der gemeinsamen Konferenz des Bundesverbandes Deutscher Zeitungsverleger (BDZV) und der Bundeszentrale für politische Bildung (bpb) vom 3.6.2014 in der Landesvertretung Sachsen-Anhalt in Berlin: *„Die DNA der Demokratie: 65 Jahre Grundgesetz – 65 Jahre Pressefreiheit“*.

4 *„Jeder Deutsche hat das Recht, innerhalb der Schranken der allgemeinen Gesetze seine Meinung durch Wort, Schrift, Druck, Bild oder in sonstiger Weise frei zu äußern. An diesem Rechte darf ihn kein Arbeits- und Anstellungsverhältnis hindern, und niemand darf ihn benachteiligen, wenn er von diesem Rechte Gebrauch macht. Eine Zensur findet nicht statt, doch können für Lichtspiele durch Gesetz abweichende Bestimmungen getroffen werden. Auch sind zur Bekämpfung der Schund- und Schmutzliteratur zum Schutze der Jugend ... gesetzliche Maßnahmen zulässig.“*

Ideengeberin für die Weimarer Reichsverfassung und mehr noch für das Grundgesetz war die Verfassung des Deutschen Reichs, die am 27.3.1849 von der Frankfurter Nationalversammlung in der Paulskirche verabschiedet wurde. Sie wird deshalb auch Frankfurter Reichsverfassung (FRV) oder *Paulskirchenverfassung* genannt. Hervorgegangen aus den revolutionären Bewegungen des Vormärz enthält sie einen umfassenden Grundrechtskatalog, zu dem auch die Presse- und Meinungsfreiheit sowie die Abschaffung der Zensur gehörten. *„Jeder Deutsche hat das Recht, durch Wort, Schrift, Druck und bildliche Darstellung seine Meinung frei zu äußern. Die Preßfreiheit darf unter keinen Umständen und in keiner Weise durch vorbeugende Maaßregeln, namentlich Censur, Concessionen, Sicherheitsbestellungen, Staatsauflagen, Beschränkungen der Druckereien oder des Buchhandels, Postverbote oder andere Hemmungen des freien Verkehrs beschränkt, suspendirt oder aufgehoben werden“*⁵ heißt es in Abschnitt VI: Die Grundrechte des Deutschen Volkes, Art. IV, § 143. Politische Realität wurde diese freiheitliche Verfassung jedoch nicht.

II. Das Zensurverbot: Proklamation der Freiheit des Geistes

Zurück zum Grundgesetz und dem Verbot der Zensur: Es ist kein eigenständiges Grundrecht, aber als „Proklamation der Freiheit des Geistes“⁶ findet die *schöne Zwillingsschwester der Medienfreiheit* ihren zentralen Platz im Kanon der Kommunikationsgrundrechte. Das Zensurverbot erstreckt sich auf alle Äußerungen, die unter die Begriffe der Meinungsfreiheit, der Pressefreiheit, der Rundfunkfreiheit und der Filmfreiheit fallen. Und jeder Zeitungsleser, jede Radio-Hörerin, jeder TV-Zuschauer, jede Internet-Nutzerin, jede Cineastin und auch jeder Gamer würde durch Zensurmaßnahmen gegen die von ihm benutzten Quellen in seinem oder in ihrem Grundrecht der Informationsfreiheit beeinträchtigt sein.

Doch Freiheit ist nicht grenzenlos; auch nicht die Meinungs- und Informationsfreiheit, wie Art. 5 Abs. 1 GG sie garantiert. Bereits im zweiten Absatz des fünften Artikels heißt es: *„Diese Rechte finden ihre Schranken*

5 RGBl. 1849 S. 101; abgedruckt bei E. R. Huber (Hrsg.), Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 1: Deutsche Verfassungsdokumente 1803–1850, 3. Aufl., Stuttgart 1978.

6 Begriff bei H. Bethge in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 9. Aufl., München 2021, Art. 5 Rn. 130.

in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.“ Die eigene Meinungs- und Medienfreiheit hat also Grenzen in den Rechten der anderen. Und so sind zum Beispiel Beleidigungen und Verleumdungen oder Volksverhetzung und die Leugnung des Holocaust strafgesetzlich untersagt. Dabei verwehrt das grundgesetzliche Verbot, hierfür das Mittel der Zensur zu gebrauchen. Auch Maßnahmen zum Jugendschutz wären verfassungswidrig, wenn hierfür das Mittel der Zensur zur Anwendung käme; das gilt selbst dann, wenn eine schwere Jugendgefährdung im Raum stünde.⁷

Mit seiner apodiktischen Feststellung verschafft das Grundgesetz dem Zensurverbot einen absoluten Geltungsanspruch, der sich – ähnlich wie die Garantie der Unantastbarkeit der Würde eines jeden Menschen – grundrechtlichen Abwägungsprozessen entzieht. Zensur kann nicht durch Rückgriff auf andere Verfassungsgüter legitimiert werden, ebenso wenig wie die Menschenwürde angetastet werden kann. Das „Spiel von Grund und Gegengrund“,⁸ bei dem Verfassungsgüter gegenübergestellt und sodann im Wege praktischer Konkordanz zum schonendsten Ausgleich gebracht werden, ist hier ausgeschlossen.

Dagegen hat sich in jüngerer Zeit im allgemeinen Sprachgebrauch eine geradezu inflationäre Verwendung des Begriffs „Zensur“ breit gemacht, dessen beliebige Verwendung zu Missverständnissen führt. Populisten werfen Regierungen regelmäßig Zensur vor, was die Kasseler Literaturwissenschaftlerin und Zensur-Expertin *Nikola Roßbach* als Skandalisierungs- und Ablenkungsstrategie bezeichnet: Wer den Vorwurf der Zensur erhebt, kann der inhaltlichen Auseinandersetzung entgehen.⁹

Die Diskursfähigkeit scheint zu schwinden, der Ton in den sozialen Medien ist allzu oft rau und aggressiv, Aussagen sind häufig abwertend, beleidigend, verleumderisch, voll von Hass und Hetze. Es ist ein gesellschaft-

7 Vgl. *M. Erdemir*, Filmzensur und Filmverbot. Eine Untersuchung zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die strafrechtliche Filmkontrolle im Erwachsenenbereich, Diss. iur., Marburg 2000, S. 79; *B. Pieroth* in: *H. Jarass/B. Pieroth*, Grundgesetz-Kommentar, 17. Aufl., München 2022, Art. 5 Rn. 77; *C. Starck/A. Paulus* in: *H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl., München 2018, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 262; *R. Wendt* in: *I. v. Münch/P. Kunig* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl., München 2021, Art. 5 Rn. 110; das Verbot der Vorzensur für den Bereich des Jugendschutzes dagegen restriktiv interpretierend *R. Stettner*, Der neue Jugendmedienschutz Staatsvertrag. Eine Problemsicht, ZUM 2003, 425 (435).

8 Begriff bei *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, Berlin 1985, S. 289 f.

9 *N. Roßbach*, Achtung Zensur! Über Meinungsfreiheit und ihre Grenzen, Berlin 2018, S. 79 ff. (87).

liches Klima der Hypersensibilität und Gereiztheit entstanden, in dem – selbst berechnete – Kritik schon als „Zensur“ gilt. Wenn es gar um repressive Maßnahmen zum Jugendschutz oder zum Schutze unserer Gesellschaft geht, hallt der Vorwurf der „Zensur“ erst recht durch die Weiten des Netzes. Und auch der Streit über antisemitische Kunstwerke auf der documenta 15 – er zeugt von Freiheit, nicht von Zensur.¹⁰

III. Ein Blick nach Karlsruhe

Vor dem Hintergrund einer gewissen Sprach- und Gedankenverwirrung lohnt der Blick nach Karlsruhe, um den Stellenwert von Meinungsfreiheit und Zensurverbot noch einmal zu verdeutlichen. Das BVerfG hat in einer Vielzahl von Entscheidungen die Meinungsfreiheit immer wieder gestärkt. Eine „Entscheidung mit Langzeitwirkung“ traf der Erste Senat im Januar 1958 mit dem *Lüth-Urteil*,¹¹ wie *Dieter Grimm*, von 1987 bis 1999 selbst Verfassungsrichter, es nennt. Benannt ist der Karlsruher Richterspruch nach dem Beschwerdeführer *Erich Lüth*. Der Publizist war Vorsitzender des Hamburger Presseclubs und in der Gesellschaft für christlich-jüdische Zusammenarbeit der Hansestadt aktiv. 1950 hatte er zum Boykott eines neuen Films von *Veit Harlan*, Regisseur des NS-Propagandafilms „Jud Süß“, aufgerufen. Harlan sei „am wenigstens von allen geeignet“, den Ruf des deutschen Films wiederherzustellen. Produktionsfirma und Regisseur erwirkten – durch mehrere Instanzen – die Verurteilung Lüths wegen sittenwidrigen Boykottaufrufs (§ 826 BGB).

Lüth legte Verfassungsbeschwerde ein, weil er sein Grundrecht auf Meinungsfreiheit verletzt sah. Die Karlsruher Richter hoben nicht nur seine zivilrechtliche Verurteilung auf, sie stärkten die Grundrechte insgesamt, indem sie klarstellten, dass Grundrechte, also auch die Meinungsfreiheit, nicht nur im Verhältnis zwischen Bürgern und Staat gelten, sondern in al-

10 *R. Müller*, Die Kunst ist frei, aber nicht schrankenlos, FAZ vom 22.6.2022. – Fünf Jahre zuvor setzte die argentinische Künstlerin Marta Minujín während der documenta 14 mit dem „Parthenon der Bücher“ ein beeindruckendes Zeichen gegen Zensur. 100.000 (einstmals oder derzeit) verbotene Bücher aus der ganzen Welt fasste die Installation nach dem Vorbild des Tempels für die Stadtgöttin Pallas Athena Parthenos auf der Athener Akropolis, der zugleich an die erste Demokratie erinnert. Minujíns Parthenon geht zurück auf eine Installation kurz nach dem Ende der argentinischen Militärdiktatur 1983, mit jenen Büchern, die unter der Junta verboten waren.

11 BVerfGE 7, 198 – Lüth.

len gesellschaftlichen Beziehungen (Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das Privatrecht = Mittelbare Drittwirkung). Mit anderen Worten: Weder Gesetze noch ihre Auslegung und Anwendung dürfen gegen ein Grundrecht verstoßen. „Damit kamen die Grundrechte dort an, wo sie für den Einzelnen praktisch werden: bei seinem individuellen Fall“, resümiert Dieter Grimm, für den das Lüth-Urteil der Verfassung erst „zu der Maßgeblichkeit“ verholfen hat, die sie beansprucht.¹²

1972 definieren die Karlsruher Richter, als sie sich in ihrem „*Der lachende Mann*“-Beschluss vom 25.4.1972¹³ mit der Einfuhr eines DEFA-Films und damit mit der Garantie der Kunstfreiheit und den Belangen des Staatsschutzes auseinandersetzen müssen, noch einmal, was sie unter Zensur verstehen und was deren Auswirkung wäre:

„Als Vor- oder Präventivzensur werden einschränkende Maßnahmen vor der Herstellung oder Verbreitung eines Geisteswerkes, insbesondere das Abhängigmachen von behördlicher Vorprüfung und Genehmigung seines Inhalts (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt) bezeichnet. Bezogen auf Filmwerke bedeutet danach Zensur das generelle Verbot, ungeprüfte Filme der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, verbunden mit dem Gebot, Filme, die öffentlich vorgeführt werden sollen, zuvor der zuständigen Behörde vorzulegen, die sie anhand von Zensurgrundsätzen prüft und je nach dem Ergebnis ihrer Prüfung die öffentliche Vorführung erlaubt oder verbietet. Schon die Existenz eines derartigen Kontroll- und Genehmigungsverfahrens lähmt das Geistesleben. Das Zensurverbot soll die typischen Gefahren einer solchen Präventivkontrolle bannen. Deswegen darf es keine Ausnahme vom Zensurverbot geben, auch nicht durch „allgemeine Gesetze“ nach Art. 5 Abs. 2 GG. Die Verfassung kann mit diesem kategorischen Verbot jeder Zensur nur die Vorzensur gemeint haben.“¹⁴

12 Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Dieter Grimm: Die Karriere eines Boykottaufrufs, Die Zeit Nr. 40, 27.9.2001; siehe auch D. Grimm (Hrsg.), Vorbereiter – Nachbereiter? Studien zum Verhältnis von Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft, Tübingen 2019, S. 397 ff.

13 BVerfGE 33, 52 – Der lachende Mann. Siehe hierzu Erdemir, Filmzensur und Filmverbot (Fn. 7), S. 51 ff. (dort auch zum Sondervotum der Verfassungsrichter W. Ruppert, Brünneck und H. Simon: Einbeziehung auch faktischer Zensurmaßnahmen).

14 BVerfGE 33, 52 (72) – Der lachende Mann.

IV. Staatliche Vorzensur

Damit vertritt das Verfassungsgericht einen formellen, in gewisser Weise technischen Zensurbegriff und sieht nur die behördliche bzw. *staatliche Vorzensur* davon erfasst.¹⁵ Zensur bedeutet hiernach im Grunde die anlasslose systematische Informationskontrolle des Staates im Vorfeld der Veröffentlichung. Der technische Zensurvorgang besteht dabei aus vier Elementen: (1.) Aus dem Verbot der Veröffentlichung eines Geisteswerkes ohne besondere Erlaubnis, (2.) aus dem Gebot, Geisteswerke vor Veröffentlichung einer Behörde vorzulegen, (3.) aus der Erlaubnis oder dem Verbot durch die Behörde und (4.) aus dem Zwangsmittel der Behörde, Verbote durchzusetzen.¹⁶

Damit ist klar, dass nur nach dem Erscheinen eines Textes, eines Films, eines TV-Beitrags, einer Radiosendung, eines Buches oder eines Posts geprüft werden kann, ob die „allgemeinen Gesetze“ eingehalten oder Programmgrundsätze verletzt worden sind. So halten es selbst die staatsfern organisierten und binnenpluralistisch strukturierten *Landesmedienanstalten* mit Blick auf die Meinungsfreiheit von jeher, erst nach dem Ausstrahlen eines TV-Beitrags bzw. nach dem Hochladen eines Inhaltes im Netz tätig zu werden.¹⁷

Die neu geschaffene *Bundeszentrale für Kinder- und Jugendmedienschutz* (BzKJ) ist dagegen als selbstständige Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend unmittelbare Adressatin des Zensurverbots. Jede von der BzKJ getroffene Maßnahme muss sich an dem absoluten Verbot messen lassen. Die Übertragung von Aufsicht und Vollzug an die BzKJ kollidiert zudem mit dem

15 BVerfGE 33, 52 (71 ff.) – Der lachende Mann; BVerfGE 83, 130 (155) – Josefine Mutzenbacher; BVerfGE 209 (230) – Tanz der Teufel.

16 *Erdemir*, Filmzensur und Filmverbot (Fn. 7), S. 46. – Als historisches „Paradebeispiel“ einer staatlicherseits verordneten formellen Vorzensur mag die Preußische Zensurverordnung vom 18.10.1819 dienen. So heißt es in deren Art. 1: „Alle in Unserem Lande herauszugebende Bücher und Schriften sollen der in den nachstehenden Artikeln verordneten Zensur zur Genehmigung vorgelegt, und ohne deren schriftliche Erlaubniß weder gedruckt noch verkauft werden“.

17 Ob und inwieweit die staatsfern organisierten, weil binnenpluralistisch strukturierten und der Fachaufsicht nicht unterliegenden Landesmedienanstalten als Adressatinnen des Zensurverbots in Betracht kommen, wird unterschiedlich gesehen. Die Landesmedienanstalten aus dem Adressatenkreis des Zensurverbots herausnehmend *Bethge* in: Sachs (Fn. 6), Art. 5 Rn. 134b; aA *T. Nessel*, Das grundgesetzliche Zensurverbot, Berlin 2004, S. 210.

medienrechtlich grundlegenden Gebot der Staatsferne.¹⁸ Eine besonnene Aufsichtspraxis mit Augenmaß ist daher das Gebot der Stunde, will die BzKJ dem Verdikt der Verstaatlichung etwas Substanzielles entgegensetzen.¹⁹

Und die bei der BzKJ angesiedelte Prüfstelle für jugendgefährdende Medien (vormals Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien – BPjM), verantwortlich für die Indizierung insbesondere von Filmen und auch von Computerspielen: Sie rettet allenfalls die Tatsache vor dem Zensurvorfur,²⁰ dass sie erst nach Veröffentlichung tätig wird. Dabei ist die Indizierung mit ihrem totalen Werbeverbot und den weitreichenden Distributionsbeschränkungen ein ziemlich scharfes Schwert. Indizierte Titel finden in der öffentlichen Wahrnehmung kaum noch statt. Die Indizierung begründet einen empfindlichen Eingriff in die Informationsfreiheit auch Erwachsener und entfaltet somit faktische Zensurwirkungen.²¹ Es spricht deshalb vieles dafür, dieses Relikt aus der analogen Welt entweder ersatzlos zu streichen oder aber zumindest auf schwer jugendgefährdende Medien zu beschränken.²²

18 Eingehend hierzu C. Degenhart, Staatsferne der Medienaufsicht. Zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Jugendschutzgesetzes, Rechtsgutachten 2020, S. 24 ff.; siehe auch M. Erdemir, Entwurf eines neuen Jugendschutzgesetzes. Husarenstück oder kompetenzüberschreitende Verstaatlichung des Jugendmedienschutzes?, ZRP 2021, 53 (55 f.) mwN; N. Lamprecht-Weissenborn in: R. Bornemann/M. Erdemir (Hrsg.) Kommentar zum Jugendmedienschutz-Staatsvertrag, 2. Aufl., Baden-Baden 2021, § 5b Rn.19 („Die angesichts der inhaltlichen Reichweite der Vorgaben des JuSchG im Gesetzgebungsverfahren geäußerte Kritik an der fehlenden Staatsferne der Bundeszentrale bleibt bestehen.“) sowie H. Rossen-Stadtfeld, Jugendschutz durch JMStV und JuSchG: Wie lassen sich die Wertungen dynamisch harmonisieren?, in: M. Eifert/T. Gostomzyk (Hrsg.), Medienföderalismus. Föderale Spannungslagen und Lösungsansätze in der Medienregulierung, Baden-Baden 2018, S. 189 f. (dort zum entsprechenden „Diskussionspapier“ aus dem Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend mit Stand vom 30.9.2015); aA M. Eifert, Aufsicht über angemessene Vorsorgemaßnahmen des Jugendschutzes bei sozialen Netzwerken als zulässige Verwaltungsaufgabe, Rechtsgutachten 2020, S. 9.

19 M. Erdemir, Das neue Jugendschutzgesetz: Willkommen in der digitalen Welt?! in: M. Erdemir (Hrsg.), Das neue Jugendschutzgesetz, Handbuch, Baden-Baden 2021, Kapitel 1 Rn. 42.

20 Siehe hierzu Roßbach, Zensur (Fn. 9), S. 39 ff. (42).

21 Näher hierzu M. Erdemir, Das Zensurverbot im Prozess des Wandels und der inhaltlichen Neubestimmung, JMS-Report 5/2018, 2 (4).

22 Erdemir in: Erdemir (Hrsg.), Das neue Jugendschutzgesetz (Fn. 19), Kapitel 1 Rn. 50.

V. Exkurs: FSK und USK als Adressatinnen des Zensurverbots

Dabei ist dem Zensurverbot immer auch eine Ausstrahlungswirkung auf privatrechtlich organisierte Einrichtungen der Freiwilligen Selbstkontrolle beizumessen, sofern diese unter staatlichem Einfluss stehen.²³ Bis zu welchem Grad eine staatliche Einflussnahme auf bestimmte Formen der „Selbstzensur“ noch hingenommen werden kann, muss unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des jeweiligen Einzelfalles ermittelt werden.²⁴ Für die Freigabe- und Kennzeichnungsverfahren der *Freiwilligen Selbstkontrolle der Filmwirtschaft GmbH (FSK)* und der *Unterhaltungssoftware Selbstkontrolle (USK)* besteht jedenfalls kein Zweifel daran, dass sie insgesamt hoheitlich geprägt und dem Staat zuzurechnen sind.²⁵ Besonders hervorzuheben ist die starke Position der sog. Ständigen Vertreter der obersten Landesjugendbehörden bei den Prüfverfahren sowie die Entsendung zahlreicher Prüfer durch staatliche Stellen.²⁶

Dass das Instrumentarium der Selbstkontrolle nicht zwangsläufig vor Zensur schützt, soll nachfolgend am Beispiel des Prüfverfahrens der FSK exemplifiziert werden. Das Jugendschutzgesetz statuiert ein generelles Anwesenheitsverbot für Minderjährige bei öffentlichen Filmveranstaltungen mit Erlaubnisvorbehalt, nämlich der nach Altersstufen gestaffelten Filmfreigabe durch die oberste Landesjugendbehörde, die diese Aufgabe wiederum an die FSK delegiert hat. Mit anderen Worten: Selbst ein offenkundig für Kinder produzierter Film darf vor Kindern nicht öffentlich aufgeführt werden, wenn er nicht zuvor die FSK passiert hat. Für die Distribution von Filmen auf Bildträgern wie Digital Versatile Disc (DVD) und Blu-ray Disc (BD) gilt das Verbot mit Freigabevorbehalt entsprechend.

Aufgrund des präventiven Charakters des Anwesenheitsverbots mit Freigabevorbehalt stellt sich die Frage nach seiner Vereinbarkeit mit dem Zensurverbot. Zwar verstoßen Kontrollmaßnahmen im Filmbereich zu Zwecken des Jugendschutzes (noch) nicht gegen das Zensurverbot, wenn

23 So ausdr. auch C. Degenhart in: W. Kahl/C. Waldhoff/C. Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: Dezember 2023, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 553.

24 Vgl. zum Ganzen Erdemir, Filmzensur und Filmverbot (Fn. 7), S. 38 ff., 61 ff., 180 ff.

25 M. Erdemir/K. Waldeck in: M. Erdemir (Hrsg.), Kommentar zum Jugendschutzgesetz, Baden-Baden 2024, § 11 JuSchG Rn. 6 ff., 19 f. mwN.; ebenso unmissverständlich auch S. Gutknecht in: B. Nikles/S. Roll/D. Spürck/M. Erdemir/S. Gutknecht, Jugendschutzrecht, Kommentar, 3. Aufl., Köln 2011, § 14 JuSchG Rn. 21.

26 Eingehend hierzu bereits Erdemir, Filmzensur und Filmverbot (Fn. 7), S. 185 ff.; siehe auch Gutknecht in Nikles/Roll/Spürck/Erdemir/Gutknecht (Fn. 25) a.a.O.

sie nur zu einer Verbreitungsbeschränkung führen. Voraussetzung ist dann aber, dass die Medieninhalte für erwachsene Personen gleichsam als Kern der Öffentlichkeit ebenso unverändert wie frei erreichbar bleiben. Insoweit ist die Prüfung solcher Filme oder Spiele, die sich von vornherein allein an ein erwachsenes Publikum richten, für die also von vornherein keine Jugendfreigabe, sondern vielmehr eine Kennzeichnung nach § 14 Abs. 2 Nr. 5 beantragt ist, als *sog. Erwachsenenprüfung* mit dem Zensurverbot unvereinbar.²⁷ Hinzu kommt, dass die Filmschaffenden (Filmhersteller, Filmverleiher und Filmtheaterbesitzer) aufgrund der in § 1 Abs. 2 der FSK-Grundsätze verankerten Selbstverpflichtungserklärung gar keine andere Wahl haben, als ihre Titel vor der öffentlichen Vorführung zur Kennzeichnung vorzulegen.²⁸ In diesem Kontext dürfte von „Freiwilligkeit“ kaum noch die Rede sein.²⁹ Ohne Kennzeichnung ist der Film faktisch nicht verkehrsfähig.³⁰

Eine verfassungswidrige Verlagerung des Jugendschutzes in den Erwachsenenbereich ist auch bei den *sog. Kennzeichnungsverboten* nach § 14 Abs. 3 und 4 JuSchG zu verzeichnen. Denn mit den rigorosen Verboten schießt der Jugendschutz über sein selbst definiertes Ziel hinaus und verstößt gegen das verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgebot, da bereits mit der Kennzeichnung „Keine Jugendfreigabe“ den Erfordernissen des Jugend-

27 Eingehend zur Verfassungswidrigkeit der sogenannten Erwachsenenprüfung durch die FSK bereits *Erdemir*, Filmzensur und Filmverbot (Fn. 7) S. 180 ff.; beipflichtend Gutknecht in: Nikles/Roll/Spürck/Erdemir/Gutknecht (Fn. 25), § 14 JuSchG Rn. 5 sowie *M. Liesching*, Jugendschutzrecht, Kommentar, 6. Aufl., München 2022, § 11 JuSchG Rn. 13; instruktiv hierzu *C. Degenhart*, Verfassungsfragen des Jugendschutzes beim Film, UFITA 2009, 331, welcher der Prüfung der Erwachseneninhalte im Zuge der Alterskennzeichnung nach § 14 Abs. 2 Nr. 5, Abs. 3 und 4 JuSchG zensurgeiche Wirkungen beimisst.

28 Ebenso ausdr. Gutknecht in: Nikles/Roll/Spürck/Erdemir/Gutknecht (Fn. 25) § 14 JuSchG Rn. 5.

29 Vgl. *Starck/Paulus* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 7), Art. 5 Rn. 266: „Außerdem wird die Freiwilligkeit der FSK dadurch in Frage gestellt, dass die Nichtbeachtung ihrer Entscheidungen idR wirtschaftlichen Druck auslöst“.

30 *Degenhart* in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz (Fn. 23), Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 549.

schutzes hinreichend Rechnung getragen wird.³¹ Damit steht auch ein Verstoß gegen die Kunstfreiheit im Raum.³²

Damit kein falscher Eindruck entsteht: Die FSK leistet seit jeher hervorragende Arbeit. Sie ist unverzichtbar für den Jugendmedienschutz. Ein jeder Cineast wird *Ingmar Bergmans* metaphorisches Drama „*Das Schweigen*“ aus dem Jahre 1963 kennen. Als besonders anstößig angesehen wurden der öffentliche Liebesakt eines Paares in einem Varieté, der Verkehr Annas mit einem Fremden in einer leerstehenden Kirche und die Masturbationszene ihrer älteren Schwester Ester. Im Dezember 1963 beschäftigte sich der Arbeitsausschuss der FSK mit dem Film. Er gab „*Das Schweigen*“ ebenso unerwartet wie einstimmig ohne Schnitte ab 18 Jahren frei. Der Ausschuss attestierte laut Protokoll vom 10.12.1963, etwas Aufgesetztes oder Speklatives könne nicht unterstellt werden. Und selbst die drei heiklen Szenen seien „von höchster künstlerischer Intensität und treffender Symbolkraft“ und würden dadurch geistig überhöht.³³ Damit hatte die FSK zum ersten Mal in ihrer Geschichte relativ ausführliche und direkte Sexszenen zugelassen. Und der Zensur eine klare Absage erteilt.

VI. Nachzensur: Anpassung des Zensurbegriffs an neue Medienangebote

Es fragt sich, ob die herkömmliche Unterscheidung zwischen Vor- und Nachzensur in der digitalen Welt unverändert Bestand haben kann. Immerhin ist bei Abrufdiensten mit dem Moment des Einstellens des Medieninhalts dessen kommunikative Funktion regelmäßig noch nicht erfüllt. In der Literatur sind deshalb Ansätze erkennbar, die sich für eine entsprechende Ausweitung und Anpassung des Zensurbegriffs an neue Medien-

31 Grundlegend hierzu *Degenhart* UFITA 2009, 331 (369 ff.); siehe auch *M. Erdemir*, Die Bedeutung des Kunstvorbehalts für die Prüfentscheidungen von FSK und USK, JMS-Report 5/2012, 2 (4 f.) mwN sowie *R. Wager*, Das Spiel mit dem Hakenkreuz. (Un-)Zulässigkeit der Verwendung von NS-Symbolik in Computerspielen, MMR 2019, 80 (82 f.). Instruktiv zur Praxisrelevanz der Kennzeichnungsverbote am Beispiel sog. Skandalfilme *S. Ehls*, Die Passion Christi (USA 2004), in: *M. Erdemir/M. Rockenbach* (Hrsg.), Filme im Grenzbereich, Göttingen 2014, S. 27 ff. sowie *M. Fromm/M. Rockenbach*, Mann beißt Hund (Belgien 1992), in: *M. Erdemir/M. Rockenbach* (Hrsg.), Filme im Grenzbereich, Göttingen 2014, S. 62 ff.

32 *Erdemir/Waldeck* in: *Erdemir* (Hrsg.), Kommentar zum Jugendschutzgesetz (Fn. 25), § 11 JuSchG Rn. 12.

33 *J. Kniep*, „Keine Jugendfreigabe!“. Filmzensur in Westdeutschland, 1949–1990, Göttingen 2010, S. 130.

angebote und damit für eine partielle Ausdehnung auf die Nachzensur aussprechen.³⁴ So verlangt z.B. *Christoph Degenhart* für das Vorliegen des maßgeblichen Kriteriums der erstmaligen Verbreitung, dass die Informationsangebote im Internet „einen gewissen Zeitraum hindurch abrufbar waren“.³⁵ Einer vorbehaltlosen, zeitlich unbegrenzten Ausdehnung des Zensurverbots auf die Nachzensur³⁶ ist dagegen nach richtigem grundrechtsdogmatischem Verständnis eine Absage zu erteilen. Entsprechenden Gefahren für die Kommunikationsfreiheiten – und dabei insbesondere für die Informationsfreiheit – ist durch verfassungsbezogene Einschränkung behördlicher Sanktionsmöglichkeiten in Anwendung der Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG zu begegnen.³⁷

VII. Erweiterter formeller Zensurbegriff

Zudem stellt sich gerade im Bereich des technischen netzbezogenen Jugendschutzes zunehmend die Frage, ob und inwieweit auch *faktische Kontrollmechanismen* als verfassungswidrige Zensur anzusehen sind. Unter Zugrundelegung des klassischen formellen Zensurbegriffs fallen unter das Zensurverbot des Art. 5 Abs. 1 Satz 3 GG zwar nur formelle Prüfungs- und Genehmigungsverfahren, also Präventivmaßnahmen, welche die Herstellung und/oder Verbreitung eines Kommunikationsinhalts rechtlich von einer behördlichen Genehmigung abhängig machen. Nach einer in der Literatur mittlerweile im Vordringen befindlichen Auffassung können aber

34 Eingehend zu den neuen Gefährdungslagen für die digitale Massenkommunikation A. Koreng, Zensur im Internet. Der verfassungsrechtliche Schutz der digitalen Massenkommunikation, Baden-Baden 2010; siehe hierzu auch Degenhart in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz (Fn. 23), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 555 ff.

35 Degenhart in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz (Fn. 23), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 555.

36 So klingt es zB bei C. Engel, Die Internet-Service-Provider als Geiseln deutscher Ordnungsbehörden – Eine Kritik an den Verfügungen der Bezirksregierung Düsseldorf, MMR-Beilage 4/2003, 1 (12) und Koreng, Zensur im Internet (Fn. 34), S. 219 an.

37 Siehe auch Degenhart in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz (Fn. 23), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 551. Ebenso unmissverständlich bereits BVerfGE 33, 52 (72) – Der lachende Mann: „Ist das Geisteswerk erst einmal an die Öffentlichkeit gelangt und vermag es Wirkung auszuüben, so gelten die allgemeinen Regeln über die Meinungs- und Pressefreiheit und ihre Schranken, wie sie sich aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 sowie Abs. 2 GG ergeben. Diese würden gegenstandslos, wenn das Zensurverbot auch die Nachzensur umfaßte, d.h. Kontroll- und Repressivmaßnahmen, die erst nach der Veröffentlichung eines Geisteswerkes einsetzen.“

auch faktische Beschränkungswirkungen durch Kontrollmaßnahmen unter den formellen Zensurbegriff fallen, ohne dass hierfür etwa notgedrungen ein mit dem Grundgesetz inkompatibler materieller Zensurbegriff³⁸ zu bemühen wäre. So können unter Zugrundelegung eines *erweiterten formellen Zensurbegriffs* – welchem auch das BVerfG zugeneigt ist³⁹ – neben rechtlichen auch faktische Kontrollmechanismen einer verfassungswidrigen Zensur gleichkommen, sofern diese ein funktionales Äquivalent der formellen Zensur darstellen.⁴⁰

Im Anwendungsbereich des Jugendmedienschutz-Staatsvertrags können zB präventive Sendezeitbeschränkungen in ihrer Wirkung einer Zensur gleichkommen, wenn sie dazu führen, dass bestimmte Medieninhalte oder Sendeformate aus dem Angebot genommen werden müssen.⁴¹ An diesem Zensurbegriff sind unter dem Regime des neuen Jugendschutzgesetzes gerade auch die sog. Vorsorgemaßnahmen – ggf. auch hinsichtlich möglicher „Kollateralschäden“ für die Kommunikationsfreiheit – zu messen. Es wird sorgfältig darauf zu achten sein, dass hierdurch die Verbreitungschancen von Inhalten nicht nachhaltig geschmälert werden. Nur so wird der grundsätzlichen Wertung des Zensurverbots – Vorrang der grundrechtlichen Eigenverantwortung durch Beschränkung hoheitlicher Kontrolle auf repräsentative Maßnahmen und Ausschluss inhaltlicher Kontrolle von Äußerungsinhalten vor ihrer Verbreitung⁴² – hinreichend Rechnung getragen.

VIII. Neue Gefährdungslagen für die digitale Kommunikation

Bei aller Klarheit der höchstrichterlichen Vorgaben gilt es in Zeiten der Digitalisierung den Blick auf neue mögliche Gefährdungen der Meinungs- und Informationsfreiheit zu lenken. Zum einen begründen auf Algorithmen

38 Siehe zum materiellen Zensurbegriff insb. J. Noltenius, Die Freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft und das Zensurverbot des Grundgesetzes, Diss. iur., Göttingen 1958, S. 107 f.

39 BVerfGE 87, 209 (230 ff.) – Tanz der Teufel.

40 Eingehend zu Erfordernis und Entwicklung eines erweiterten formellen Zensurbegriffs Erdemir, Filmzensur und Filmverbot (Fn. 7), S. 50 ff., 56 f., 180 ff.; beipflichtend M. Liesching, Jugendmedienschutz in Deutschland und Europa, Regensburg 2002, S. 136 f., 182 sowie M. Liesching, Jugendschutzrecht (Fn. 27), § 11 JuSchG Rn. 12.

41 Vgl. hierzu Degenhart in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz (Fn. 23), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 549 und M. Erdemir in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, Kommentar, 4. Aufl., München 2019, § 8 JMStV Rn. 12 jeweils mwN.

42 So ausdr. Degenhart in. Bonner Kommentar zum Grundgesetz (Fn. 23), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 558.

basierende Angebote von Suchmaschinen unter dem Stichwort der *Auffindbarkeit* eine Gefahr für Informationszugang und Informationsvielfalt. Sie können damit zensurähnliche Wirkungen entfalten. Social Bots und sonstige Fake Accounts können Stimmungen in sozialen Medien manipulieren und dadurch die demokratische Willensbildung gefährden. Hier gibt der neue Medienstaatsvertrag den *Landesmedienanstalten* durch Belegungs- und Transparenzvorgaben für Medienplattformen und Medienintermediäre wie Google und Facebook sowie Kennzeichnungspflichten für Social Bots erstmals Instrumentarien zur Regulierung an die Hand.

Zum anderen kann sich die privatisierte Rechtsdurchsetzung in Gestalt von gesetzlich verordneten Meldepflichten schnell als erster Schritt in die selbstregulierte Zensur erweisen.⁴³ *Overblocking* (das Zuviel-Löschen auch nicht-rechtswidriger Inhalte) und *Deplatforming* (das Ausschließen von Personen oder Gruppen von interaktiven Plattformen) sind die Stichworte für die daraus resultierenden Gefährdungen der Meinungsfreiheit.

Nach alledem steht fest: Das verfassungsrechtliche Zensurverbot ist in seiner apodiktischen Sprache und in seinem unbedingten Geltungsanspruch ein starkes Indiz für die *Unzulässigkeit staatsseitiger Einflussnahme auf Meinungsbildung und Medien*.⁴⁴ Dabei befindet sich die schöne Zwillingsschwester der Medienfreiheit im Prozess des Wandels und der inhaltlichen Neubestimmung (Paradigmenwechsel). Wir müssen das Zensurverbot in gewisser Weise neu denken, damit es den aktuellen Gefährdungslagen für die digitale Kommunikation wirksam entgegentreten kann.⁴⁵

IX. Kultur des Respekts und der Toleranz

Und schließlich: Um den demokratischen Diskurs und damit „das Geistesleben“, wie das Verfassungsgericht es formuliert, lebendig zu halten und „nicht zu lähmen“, braucht es eine Kultur des Respekts und der Toleranz. Der Schriftsteller *Navid Kermani* nennt es „zivilisatorischen Anstand“. Das ist die grundsätzliche Einsicht, dass auch der andere einen Anspruch auf

43 So auch der Befund von S. Müller-Franken zum Netzwerkdurchsetzungsgesetz, *Netzwerkdurchsetzungsgesetz: Selbstbehauptung des Rechts oder erster Schritt in die selbstregulierte Vorzensur?* – Verfassungsrechtliche Fragen, AfP 2018, 1 (13).

44 So ausdr. auch *Degenhart* in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz (Fn. 23), Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 558.

45 Eingehend hierzu *Erdemir*, JMS-Report 5/2018 (Fn. 21), 2 ff.; siehe auch N. Roßbach, Eine Zensur findet nicht statt. Oder? Neue Herausforderungen an Art. 5 GG, Politik & Kultur 4/2019, 18.

sein So-Sein und damit das Anderssein hat. Meinungsfreiheit gilt es eben da zu verteidigen, wo die Meinung des anderen ganz anders ist, da, wo wir sie für grundfalsch oder lächerlich halten, da wo sie weh tut. Was wir beobachten in dem Klima gesellschaftlicher Gereiztheit ist, wie *Kermani* es sagt, der „fatale Wechsel von der Sache zur Person“. Dann geht es nicht mehr um den – durchaus auch streitigen – Austausch von Argumenten, um den Diskurs, der allein die Abwegigkeit bestimmter Positionen offenlegen kann. Es geht dann darum, den anderen zu diskreditieren und auszuschließen, den Zutritt zum öffentlichen Raum zu verweigern. Da werden von jenen, die auf Moral und Empörung setzen, Vorträge und Lesungen verhindert, da sollen Gedichte verschwinden, Forscher entlassen werden.

Der Philosoph, Historiker und Dramatiker *Voltaire* war eine der lauesten Stimmen im 18. Jahrhundert für Toleranz und gegen Zensur. Seine Haltung zur Meinungsfreiheit war entsprechend klar und unmissverständlich:

*„Il est clair que tout particulier qui persécute un homme, son frère, parce qu'il n'est pas de son opinion, est un monstre.“*⁴⁶

X. Das Schweigen: Die dunkle Schwester der Tat

Mit anderen Worten: Wir brauchen eine Debatte über unsere Diskursfähigkeit, und dazu gehört auch eine Debatte gegen das Schweigen. Wenn vorhin von dem Zensurverbot als der schönen Zwillingschwester der Medienfreiheit die Rede war, dann ist Schweigen die dunkle Schwester der Tat.⁴⁷ Schweigen bedeutet immer Zustimmung. *James Orbinski*, Mitglied und ehemaliger Präsident des Internationalen Rates von *Médecins Sans Frontières* (Ärzte ohne Grenzen), beschrieb es in seiner Rede bei der Verleihung des Friedensnobelpreises 1999 so:

„Lange genug wurde Schweigen mit Neutralität verwechselt und als notwendige Voraussetzung für humanitäre Hilfe postuliert. Ärzte ohne Grenzen hat von Anfang an im Widerspruch zu dieser Annahme gearbei-

46 „Es ist klar, dass ein Individuum, das ein anderes, seinen Bruder, verfolgt, weil es nicht seine Meinung teilt, ein Monster ist.“ Auszug aus *Voltaire*, „Tolérance“, *Dictionnaire philosophique*, 1769.

47 V. Boos, Schweigen, dunkle Schwester der Tat, Nr. 96 der *allmende* – Zeitschrift für Literatur, 2015, S. 24 ff.

tet. Wir glauben nicht, dass Worte immer Leben retten können, aber wir wissen, dass Schweigen mit Sicherheit tötet.“⁴⁸

Nach dem Mord an Kassels Regierungspräsidenten *Walter Lübcke* applaudierten anonyme Hetzer im Netz dem Täter. Wir dürfen das nicht unkommentiert und unwidersprochen stehen lassen, wir dürfen nicht schweigen, wenn Wut- und Hassreden überwiegend namenloser „Netzbürger“ das gesellschaftliche und politische Klima vergiften. Unsere Gesellschaft braucht Schutz vor Gewalt, Hass und Extremismus – und dies gilt ganz besonders im Netz. Wie solche Abgründe zuzuschütten sind, ohne die Redefreiheit gleich mitzubeerdigen, ist eine Herkulesaufgabe, die jeden in die Pflicht nimmt.

Mehr als die Hälfte der Internetnutzer bekennt sich aus Angst vor *Hass im Netz* seltener zur eigenen politischen Meinung und beteiligt sich weniger an Diskussionen. Hass im Netz führt zum Rückzug aus demokratischen Diskursen.⁴⁹ In einem Klima, in dem Meinung gar nicht erst entstehen kann, weil man sich nicht traut, sie zu artikulieren und damit an die Öffentlichkeit zu gehen, weil man den Shitstorm und den Hass des anderen fürchtet. In einem Klima, in dem es keine publizierte Meinung mehr gibt. In so einem Klima braucht es keine Zensur mehr. Denn die Selbstzensur macht die Zensur, den Eingriff von außen, überflüssig. Das Thema hat sich erledigt.

Um Hass und Hetze zu benennen und das Schweigen zu überwinden, bedarf es auch einer Infrastruktur. Online-Beschwerdestellen bieten diese Möglichkeit; sie sind zugleich auch Appell an die Zivilcourage und die Mitwirkung des Nutzers am Regulierungsprozess. Als erste Landesmedienanstalt hat die *Medienanstalt Hessen* (damals noch LPR Hessen) bereits 2006 eine eigene Online-Beschwerdestelle für problematische Internetinhalte

48 Die Friedensnobelpreisrede von *Dr. James Orbinski* ist als PDF-Datei abrufbar unter <https://www.aerzte-ohne-grenzen.de/sites/germany/files/attachments/aerzteohn egrenzen-1999-friedensnobelpreisrede.pdf> – Und es war eine weise Entscheidung der Findungskommission, den mit 10.000 Euro dotierten Kasseler Bürgerpreis „Glas der Vernunft“ im Jahre 2017 an die deutsche Sektion von Médecins Sans Frontières | Ärzte ohne Grenzen zu vergeben.

49 Lauter Hass – leiser Rückzug. Wie Hass im Netz den demokratischen Diskurs bedroht. Ergebnisse einer repräsentativen Befragung, hrsg. von Das NETTZ, Gesellschaft für Medienpädagogik und Kommunikationskultur, HateAid und Neue deutsche Medienmacher*innen als Teil des Kompetenznetzwerks gegen Hass im Netz, Berlin 2024, abrufbar unter https://kompetenznetzwerk-hass-im-netz.de/download_1auterhass.php.

eingrichtet. Kooperationen wie *#KeineMachtDemHass*, zu der 2019 unter der Federführung des Hessischen Justizministeriums Zivilgesellschaft, Justiz, Medien und die Medienanstalt Hessen als Gründungsmitglied zusammengefounden haben, sind Maßnahmen für mehr Zivilität und damit für ein offenes Meinungsklima. Die Medienanstalt Hessen ist zudem Partnerin der Meldestelle *HessenGegenHetze*. Sie ist Teil des Aktionsprogramms gegen Rechtsextremismus, Gewalt und Hate Speech der Hessischen Landesregierung.⁵⁰

Und schließlich gehören die Angebote der *Medienanstalt Hessen* zur Vermittlung von medienkompetentem Verhalten zu wichtigen Beiträgen, um Hass im Netz erst gar nicht entstehen zu lassen. Strafrecht ist wichtig für den Opferschutz, kann aber nur ein Baustein im gesamtgesellschaftlichen *Kampf gegen Hass und Hetze im Internet* sein. Mindestens genauso wichtig sind Aufklärungs- und Präventionsarbeit. Aus gutem Grund befähigt die medienpädagogische Arbeit der Medienanstalt Hessen vor allem die jüngeren Bürgerinnen und Bürger nicht nur zum Selbstschutz, sondern schärft zugleich ihr Bewusstsein für gemeinsame Werte und für Verantwortung. Und wären sich sämtliche Akteure der öffentlichen Kommunikation ihrer Verantwortung für das Gemeinwohl bewusst, dann hätten Hass und Hetze ebenso wie *Desinformation* von vornherein keine Chance.⁵¹

XI. Das Lächeln der Aufklärung: Voltaire

Das Zensurverbot dient der Sicherung der Meinungsfreiheit. Und damit gehört auch das letzte Wort *Voltaire*. Die englische Schriftstellerin *Evelyn Beatrice Hall* alias Stephen G. Tallentyre hat dem französischen Philosophen und Schriftsteller in ihrem 1906 in London erschienenen Werk *„The Friends of Voltaire“*⁵² folgenden, viel zitierten Satz zugeschrieben:

50 Siehe hierzu auch die Pressemitteilung der Medienanstalt Hessen vom 19.1.2023, abrufbar unter <https://www.medienanstalt-hessen.de/infothek/aktuelles/hand-in-hand-gegen-hass-und-hetze-im-internet>.

51 Vgl. die Pressemitteilung der Medienanstalt Hessen vom 9.1.2023, abrufbar unter <https://www.medienanstalt-hessen.de/infothek/aktuelles/erdemir-tritt-amt-als-direktor-der-medienanstalt-hessen-an>.

52 Siehe G. Tallentyre, *The Friends of Voltaire*, Smith, Elder & Co. London, 1906, S. 199. Der Volltext ist abrufbar unter <https://archive.org/details/friendsofvoltair00hallrich>.

„I disapprove of what you say, but I will defend to the death your right to say it.“⁵³

Nun lebte *Voltaire* gerne und war klug genug, nicht einmal für seine eigenen Ideen sein Leben zu riskieren. Er war ein Freund der Wahrheit und unerschrocken gegen Staat und Kirche, aber ganz bestimmt kein Freund des Märtyrertums.⁵⁴ Mit einem Satz, den er wirklich über die Zensur gesagt hat, schließt dieser Beitrag:

„Le droit de dire et d'imprimer ce que nous pensons est le droit de tout homme libre, dont on ne saurait le priver sans exercer la tyrannie la plus odieuse.“⁵⁵

XII. Schlussakkord

2024 – die Jahreszahl steht auch für den 66. Geburtstag des Rechtswissenschaftlers *Prof. Dr. Georgios Gounalakis*.

Mit diesem Beitrag zu seiner Festschrift will ich nicht nur den Kollegen, sondern auch den Weggefährten und Menschen *Georgios Gounalakis* ehren. Er ist daher auch Anlass, Dank zu sagen für die immer angenehme und vertrauensvolle Zusammenarbeit, für vielfältige persönliche Begegnungen, gemeinsame Podien und intellektuellen Austausch. Persönlich bin ich *Georgios Gounalakis* zum ersten Mal während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht meines verehrten Lehrers und Doktorvaters *Prof. Dr. Werner Frotscher* (1937–2023) an der Philipps-Universität Marburg begegnet. *Georgios Gounalakis* ist seit 1994 nicht nur Inhaber der Professur für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung am Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg. Er hat dort auch das Medienrecht aufgebaut und etabliert und darf zu Recht als einer der herausragenden Pioniere dieser vergleichsweise jungen Disziplin gelten. Und er ist seit mittlerweile

53 „Ich missbillige, was Sie sagen, aber ich werde bis zum Tod Ihr Recht verteidigen, es zu sagen“.

54 Sehr lesenswert hierzu die Rezension *W. Lepenies* zu V. Reinhardt: „Voltaire. Die Abenteuer der Freiheit – Eine Biographie“, München 2022, *DIE WELT* vom 24.1.2022, abrufbar unter <https://www.welt.de/kultur/literarischewelt/article236412153/Voltaire-Warum-wir-ihn-vermissen.html>.

55 „Das Recht zu sagen und zu drucken, was wir denken, ist das Recht eines jeden freien Menschen, das man nicht leugnen kann, ohne die abscheulichste Tyrannei auszuüben.“ Auszug aus *Voltaire*, *Questions sur les miracles*, 1765.

drei Jahrzehnten – auch in seiner Position als langjähriges Mitglied und seit 2017 zudem als Vorsitzender der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) – ein gleichermaßen herausragender Verfechter der Meinungsfreiheit und der Medienvielfalt.

Von Herzen widme ich ihm daher diesen Beitrag.

Crailsheimer Stadtblatt, dortmund.de, muenchen.de und gesund.bund.de

– Zur Auslotung der Grenzen publizistischer Betätigung der öffentlichen Hand durch die Wettbewerbsgerichte*

Karl-E. Hain

I. Einleitende Bemerkungen

Publizistische Vielfalt ist der Zentralwert des deutschen Medienrechts¹. Diesem Zentralwert und der Bekämpfung in dieser Hinsicht dysfunktionaler Medienkonzentration fühlt sich mein geschätzter und mit dieser Festschrift geehrter Kollege *Georgios Gounalakis* verpflichtet, wie nicht zuletzt sein zusammen mit *Zagouras* verfasstes Werk zum Medienkonzentrationsrecht² erweist. Dem Kampf gegen die vorherrschende Meinungsmacht³ im privaten Mediensektor hat sich der Jubilar auch praktisch gewidmet: Seit 2007 ist er Mitglied der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK)⁴, seit 2017 deren Vorsitzender.

Ich werde mich in diesem Beitrag einem anderen Risiko für den Prozess freier Meinungsbildung und die publizistische Vielfalt zuwenden, nämlich der bereits seit einiger Zeit zu verzeichnenden, über anerkannte Öffentlichkeits- und Informationsarbeit hinausgehenden publizistischen Aktivitäten von Kommunen, aber auch des Bundesministeriums für Gesundheit. Gegen diese Aktivitäten haben die private Presse bzw. ein privater Onlineportalbetreiber bereits mehrfach klageweise wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche gemäß den §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1, 3a UWG geltend gemacht. Die Begründungsstruktur der daraufhin ergangenen gerichtlichen Entscheidungen soll unter Einbeziehung der literarischen Diskussion einer kritischen Betrachtung unterzogen werden.

* Die Bearbeitung wurde im März 2024 abgeschlossen.

1 Vgl. im Hinblick auf die Rundfunkordnung *K.-E. Hain*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl., 2019, Allgemeines C, Rn. 65 m.w.N.

2 *G. Gounalakis/G. Zagouras*, Medienkonzentrationsrecht, 2008.

3 Vgl. §§ 60 ff. MStV.

4 § 104 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, Abs. 5 MStV.

II. Die Bausteine der Begründung einschlägiger wettbewerbsrechtlicher Entscheidungen

Das grundlegende Urteil, auf dem nachfolgende Entscheidungen aufbauen, bildet das Urteil „Crailsheimer Stadtblatt II“ des Bundesgerichtshofs⁵. In der Folge ergingen die Urteile des Bundesgerichtshofs in Sachen „dortmund.de“⁶, „muenchen.de“⁷ sowie die Entscheidungen des Landgerichts Bonn⁸ und jüngst des Oberlandesgerichts Köln⁹ zu „gesund.bund.de“. Diese wettbewerbsrechtlichen Entscheidungen stehen im Zentrum der nachfolgenden Betrachtung.

1. Geschäftliche Handlung?

Eine tatbestandliche Voraussetzung des in Rede stehenden Unterlassungsanspruchs bildet das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung (§ 8 Abs. 1 Satz 1 UWG). Was das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG a.F. (nunmehr § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG) angeht, wird angenommen, ein erwerbswirtschaftliches Handeln der öffentlichen Hand stelle immer eine geschäftliche Handlung dar. Dagegen sei bei einer Tätigkeit zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben weiter danach zu unterscheiden, ob die öffentliche Hand aufgrund gesetzlicher Ermächtigung hoheitlich tätig werde. Sei dies der Fall, sei ihre Betätigung einer Überprüfung anhand des Wettbewerbsrechts entzogen, solange sich das Handeln innerhalb der Ermächtigungsgrundlage bewege, die insoweit den Handlungsspielraum vorgebe. Handele die öffentliche Hand zwar zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, werde sie aber ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung tätig, sei eine geschäftliche Handlung nicht ausgeschlossen. Eine geschäftliche Handlung sei allerdings auch in diesen Fällen nicht ohne weiteres zu vermuten, sondern anhand einer umfassenden Würdigung der relevanten Umstände des Einzelfalls besonders festzustellen¹⁰. Aus einem Verstoß

5 BGH 20.12.2018 – I ZR 112/17, GRUR 2019, 189 ff.

6 BGH 14.7.2022 – I ZR 97/21, GRUR 2022, 1336 ff.

7 BGH 13.7.2023 – I ZR 152/21, GRUR 2023, 1299 ff.

8 LG Bonn 28.6.2023 – 1 O 79/21, MMR 2023, 701 ff.

9 OLG Köln 7.2.2024 – 6 U 109/23 (juris.de). Mit diesem Beschluss wird die in der vorherigen Fn. zitierte Entscheidung des LG Bonn über den Unterlassungsanspruch aufgehoben. Gleichwohl sollen die in dieser Entscheidung vorgebrachten Argumente in die kritische Würdigung einbezogen werden.

10 BGH 20.12.2018 – I ZR 112/17, GRUR 2019, 189 (195).

gegen den Grundsatz der Staatsferne der Presse bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben wird in der Entscheidung „Crailsheimer Stadtblatt II“ geschlossen, die öffentliche Hand bewege sich außerhalb ihres Aufgabenbereichs, so dass das Wettbewerbsrecht einschlägig sei¹¹. In Bezug auf „gesund.bund.de“ wurde aufgrund einer restriktiven verfassungskonformen Interpretation der einfach-gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage anhand des Grundsatzes der Staatsferne der Presse angenommen, es liege eine geschäftliche Handlung vor, da dieses Angebot die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage überschreite¹².

Im Verkauf eines „erweiterten“ Amtsblatts bzw. im kostenpflichtigen Angebot entsprechender Internet-Dienste sowie in der entgeltpflichtigen Veröffentlichung einer Werbeanzeige liegen geschäftliche Handlungen gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG. Daher hätte der Bundesgerichtshof bei Entgeltpflichtigkeit von Erwerb oder Abdruck von Anzeigen unabhängig von der Frage der Wahrung der Kompetenzen durch die Kommunen oder andere der staatlichen Seite zuzurechnenden Institutionen stets das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung bejahen können.

In der Tat liegt aber in der unentgeltlichen Veröffentlichung eines Inhalte-Angebots ohne entgeltpflichtigen Anlagenteil durch die öffentliche Hand kein unternehmerisches Handeln im Sinne eines Verhaltens zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens¹³, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrages über Waren oder Dienstleistungen unmittelbar und objektiv zusammenhängt (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG)¹⁴. Dies gilt unabhängig davon, ob die öffentliche Hand sich innerhalb oder außerhalb ihrer Kompetenzen bewegt. Mit Recht wendet

11 BGH 20.12.2018 – I ZR 112/17, GRUR 2019, 189 (195).

12 LG Bonn 28.6.2023 – 1 O 79/21, MMR 2023, 701 (703 ff.).

13 Zutreffend weist C. Peter, Staatsferne der Presse: Stadtportale und das nationale Gesundheitsportal des Bundes in der Schnittmenge von Verfassungs- und Wettbewerbsrecht, GRUR 2022, 624 (627), darauf hin, in der Erwähnung eines Unternehmens liege keine geschäftliche Handlung, wenn dies im Rahmen eines breiten, vielfältigen Informationsangebots mit einer Fülle an Inhalten und Unternehmen handele, es also um allgemeine Wirtschaftsfürsorge gehe.

14 So bereits H. Köhler, Das Gebot der „Staatsferne der Presse“ als Schranke kommunaler Öffentlichkeitsarbeit, GRUR 2019, 265 (266). A.A. Ch. Degenhart, Marktverhaltensregeln im Wettbewerb der Medien, AfP 2018, 189 (191); ders., Erweitertes Amtsblatt, Stadtzeitung und kommunales Internetportal nach dem Urteil des BGH „Crailsheimer Stadtblatt II“, AfP 2020, 185 (190); J. Fabi/L. Struß, Rechtsschutz gegen staatliche Pressetätigkeit, GRUR 2020, 144 (145).

sich nun das Oberlandesgericht Köln¹⁵ gegen die Annahme, aus einer aus der Überschreitung des Aufgabenbereichs resultierenden Verletzung des Gebots der Staatsferne als Marktverhaltensregelung folge stets das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung. Eine solche zirkelschlussartige Argumentation, die gemäß der von der Klägerin ausdrücklich so vertretenen Ansicht darauf hinausliefe, dass jeder Verstoß gegen das Gebot der Staatsferne der Presse denklogisch immer auch eine geschäftliche Handlung im Sinne des UWG darstelle und ohne weiteres zu einem Unterlassungsanspruch aus den §§ 8, 3a UWG in Verbindung mit dem Gebot der Staatsferne der Presse als Marktverhaltensvorschrift führe, überzeuge nicht. Letztlich würden die Anwendbarkeit des UWG und der daraus folgende Rechtsweg zu den Zivilgerichten mit dem Verstoß gegen einen Tatbestand des UWG begründet. Dies sei dogmatisch nicht haltbar.

Die wettbewerbsrechtliche Frage nach dem Vorliegen einer geschäftlichen Handlung einerseits und die staatsorganisations- oder verwaltungsrechtliche Frage nach der Wahrung von Kompetenzen von Hoheitsträgern liegen – das kann hier festgehalten werden – auf zwei verschiedenen Ebenen – und ihre Klärung muss auf verschiedenen Rechtswegen erfolgen¹⁶.

2. Konkretes Wettbewerbsverhältnis?

Für die Kläger in den hier angesprochenen Verfahren kann sich die Aktivlegitimation aus einem Status als Mitbewerber im Sinne des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG ergeben. Das setzt voraus, dass zwischen den Parteien ein konkretes Wettbewerbsverhältnis besteht (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG). Die Rechtsprechung hat ein solches Wettbewerbsverhältnis mit Recht bejaht, wenn die Parteien um Werbeanzeigen konkurrieren¹⁷.

Darüber hinaus wurde ein wettbewerbslicher Bezug aber bereits angenommen mit Blick auf redaktionelle Inhalte eines Stadtportals, die „typischerweise von der Presse besetzt[e] Themen“ behandeln¹⁸ bzw. wegen der

15 OLG Köln 7.2.2024 – 6 U 109/23 (juris.de), Rn. 31ff.

16 Vgl. H. Köhler, GRUR 2019, 265 (266). Krit. auch K.-N. Peifer, Rezension „Crailsheimer Stadtblatt II“, WRP 2019, 325 (326): „Dass solche Kämpfe vor den Zivilgerichten stattfinden, ist konzeptionell verfehlt, [...]“ – Zur Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs zutreffend F. Schoch, Kommunales Amtsblatt und Lokalpresse im Konflikt, AfP 2019, 93 (95).

17 BGH 20.12.2018 – I ZR 112/17, GRUR 2019, 189 (196); BGH 13.7.2023 – I ZR 152/21, GRUR 2023, 1299 (1301).

18 BGH 13.7.2023 – I ZR 152/21, GRUR 2023, 1299 (1301).

Ähnlichkeit von Inhalten und Aufmachung von den Parteien betriebener Gesundheitsportale¹⁹. Auch *Degenhart* nimmt an, unabhängig von einer Konkurrenz auf dem Anzeigenmarkt begründe der Wettbewerb auf dem Lesermarkt ein konkretes Wettbewerbsverhältnis. Bereits durch die Verteilung einer Stadtzeitung mit redaktionellem Teil werde, wenn diese die lokale Zeitung auch nur partiell zu substituieren vermöge, auf deren Absatz eingewirkt²⁰. Dem wird zutreffend entgegengehalten, bei Unentgeltlichkeit und fehlendem Anzeigenteil könne kein konkretes Wettbewerbsverhältnis bestehen, da es bereits an einem unternehmerischen bzw. gewerblichen²¹ Handeln fehle²².

Die privaten Inhalteanbieter verfügen also im Hinblick auf den geltend gemachten wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch nicht über die notwendige Aktivlegitimation.

3. Der Grundsatz der Staatsferne als Marktverhaltensregelung?

Gemäß § 3a UWG handelt unlauter, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, und der Verstoß geeignet ist, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen.

Der Bundesgerichtshof²³ wie auch das Landgericht Bonn²⁴ haben angenommen, der Grundsatz der Staatsferne stelle eine Marktverhaltensregelung dar. Das für den Staat bestehende, aus der Garantie des Instituts der freien Presse des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG abgeleitete Gebot, sich nur in engen Grenzen auf dem Gebiet der Presse zu betätigen, regele – so

19 LG Bonn 28.6.2023 – 1 O 79/21, MMR 2023, 701 (702 f.).

20 Ch. *Degenhart*, AfP 2018, 189 (192).

21 So C. *Peter*, GRUR 2022, 624 (627).

22 H. *Köhler*, GRUR 2019, 265 (267). S.a. jüngst OLG Köln 7.2.2024 – 6 U 109/23 (juris.de), Rn. 28, in Bezug auf das Portal „gesund.bund.de“: „Das Bundesministerium für Gesundheit tritt durch die Erfüllung der ihm in § 395 SGB V zugewiesenen öffentlichen Aufgabe nicht als Unternehmer in ein konkretes Wettbewerbsverhältnis mit den Anbietern anderer Gesundheitsportale, weil das sich im Rahmen der Ermächtigungsgrundlage haltende Informationsangebot kostenfrei und nicht werbefinanziert ist.“ Das Gericht, a.a.O., Rn. 17, hat die Unterlassungsklage an das zuständige Verwaltungsgericht verwiesen.

23 BGH 20.12.2018 – I ZR 112/17, GRUR 2019, 189 (191); BGH 14.7.2022 – I ZR 97/21, GRUR 2022, 1336 (1338); BGH 13.7.2023 – I ZR 152/21, GRUR 2023, 1299 (1301).

24 LG Bonn 28.6.2023 – 1 O 79/21, MMR 2023, 701 (703).

grundlegend der Bundesgerichtshof in der „Crailsheimer Stadtblatt II“-Entscheidung²⁵ – die Frage, wie sich Hoheitsträger und von Hoheitsträgern beherrschte Unternehmen im Falle ihrer Teilnahme am Wettbewerbsgeschehen auf dem Gebiet der Presse zu verhalten hätten. Dieses Gebot sei im Sinne des § 3a UWG zumindest auch dazu bestimmt, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Das Gebot der Staatsferne der Presse setze der am Markt tätigen öffentlichen Hand zugunsten der anderen Marktteilnehmer – insbesondere der institutionell geschützten Presse, aber auch im Interesse der Bürgerinnen und Bürger an einer unabhängigen Information und Meinungsbildung – enge Grenzen. Es solle nicht bestimmte Anbieter von bestimmten Märkten fernhalten, sondern lasse zu, dass private und staatliche Stellen sich in einem überschneidenden Bereich auf dem Markt begegneten. In der Entscheidung „dortmund.de“²⁶ wird hinzugefügt, das Gebot der Staatsferne der Presse schütze auch vor Substitutionseffekten kommunaler Online-Informationsangebote.

In der Literatur ist bereits streitig, ob der Grundsatz der Staatsferne der Presse eine bloße, von § 3a UWG nicht erfasste Marktzutrittsregelung²⁷ oder eine Marktverhaltensregelung im Sinne dieser Vorschrift²⁸ darstellt. Selbst wenn angenommen wird, dieser Grundsatz solle nicht Angebote der staatlichen Seite zuzuordnende Stellen von bestimmten Märkten fernhalten, wirft diese Sichtweise einige Probleme auf. Fraglich erscheint zunächst, ob ein hochabstrakter verfassungsrechtlicher Grundsatz dazu taugt, daraus konkrete Marktverhaltensregeln abzuleiten²⁹. Weiterhin leitet der Bundesgerichtshof den Grundsatz der Staatsferne der Presse aus der „Garantie des Instituts der freien Presse“ ab³⁰. Gemeinhin wird diese normative Figur als objektiv-rechtlicher Gehalt der Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) verstanden³¹. Aus einer objektiv-rechtlichen Institutsgarantie, die primär an den Gesetzgeber im Hinblick auf die Gestaltung der Gesamtordnung

25 BGH 20.12.2018 – I ZR 112/17, GRUR 2019, 189 (191).

26 BGH 14.7.2022 – I ZR 97/21, GRUR 2022, 1336 (1340).

27 So J. Fabi/L. Struß, GRUR 2020, 144 (149).

28 So etwa Ch. Degenhart, AfP 2020, 185 (190); H. Ludyga, Die Presseberichterstattung von Gemeinden in kommunalen Amtsblättern und das Wettbewerbsrecht, ZUM 2016, 706 (707 ff). Zweifelnd, M. Cornils, in: Burkhardt, Presserecht, 7. Aufl., 2023, § 1 LPG, Rn. 147i.

29 Vgl. F. Schoch, AfP 2019, 93 (94).

30 Vgl. nur BGH 20.12.2018 – I ZR 112/17, GRUR 2019, 189 (191).

31 Vgl. nur H. Bethge, in: Sachs, GG, 9. Aufl., 2021, Art. 5 Rn. 72; A.-B. Kaiser, in: Dreier, GG, 4. Aufl., 2023, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 199.

des Pressewesens gerichtet ist³², eine drittschützende Norm zugunsten der institutionell geschützten Presse sowie der an einer unabhängigen Information und Meinungsbildung interessierten Bürgerinnen und Bürger zu machen, die mittels des wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruchs durchgesetzt werden kann, ist indes alles andere als trivial. Eine überzeugende Begründung, die sich etwa mit der Frage der Resubjektivierung objektiv-rechtlicher Schutzpflichten³³ zu beschäftigen hätte, bleibt der Bundesgerichtshof schuldig.

Davon abgesehen ist nicht erkennbar, dass der Grundsatz der Staatsferne im Interesse der Marktteilnehmer ein Marktverhalten (vgl. § 3a UWG) regelte. Der Zweck dieses Grundsatzes besteht im Schutz der Meinungsvielfalt und der Freiheitlichkeit des Prozesses der Meinungsbildung, ist also publizistisch und nicht wie die gegen unlauteren Wettbewerb gerichteten Vorschriften des UWG am Schutz der Integrität ökonomischer Märkte orientiert³⁴. Soweit private und staatliche Inhaltenanbieter überhaupt auf einem ökonomischen Markt konkurrieren, handelt es sich, sofern sie Anzeigen in ihren Angeboten platzieren, um den Anzeigenmarkt. Für diesen Markt enthält aber der Grundsatz der Staatsferne keinerlei Verhaltensvorgaben. Auch betrifft der Grundsatz der Staatsferne nicht Verbraucher als Marktteilnehmer, sondern Bürgerinnen und Bürger als Teilnehmer am Meinungsbildungsprozess.

Nach alledem kommt der Grundsatz der Staatsferne nicht als Marktverhaltensnorm im Sinne des § 3a UWG in Betracht.

4. Staatsleitung oder kommunale Selbstverwaltungsgarantie als Kompetenzgrundlagen für „erweiterte“ publizistische Aktivitäten staatlicher Akteure?

Als kompetenzielle Grundlage für Informations- und Öffentlichkeitsarbeit von Regierung und Regierungsmitgliedern betrachtet das Bundesverfas-

32 S. dazu nur *H. Bethge* (Fn. 31), Art. 5, Rn. 73.

33 Der Staat, primär der Gesetzgeber, hat eine Schutzpflicht – vgl. nur BVerfGE 80, 124 (133) – Postzeitungsdienst – für die Bewahrung der durch das Institut freie Presse geschützten Funktionsbedingungen eines freien Pressewesens; vgl. *H. Bethge* (Fn. 31), Art. 5 Rn. 73.

34 *H. Köhler*, GRUR 2019, 265 (266): „Unter einem Markt ist [...] nicht etwa der ‚Markenmarkt‘ [...] zu verstehen, sondern der [virtuelle] Ort, auf dem Waren und Dienstleistungen angeboten und nachgefragt werden.“

sungsgericht die Kompetenz zur Staatsleitung, die als integralen Bestandteil die Befugnis der Bundesregierung zur Informations- und Öffentlichkeitsarbeit einschlieÙe³⁵. Darauf rekurriert auch das Landgericht Bonn im Hinblick auf „gesund.bund.de“, ein Angebot des Bundesministeriums für Gesundheit³⁶. Die in Rede stehende Kompetenz soll die Darlegung und Erläuterung der Regierungspolitik hinsichtlich getroffener Maßnahmen und künftiger Vorhaben angesichts bestehender oder sich abzeichnender Probleme sowie die sachgerechte, objektiv gehaltene Information über die Bürgerinnen und Bürger unmittelbar betreffende Fragen und wichtige Vorgänge auch außerhalb oder weit im Vorfeld der eigenen gestaltenden politischen Tätigkeit einschließlich Empfehlungen und Warnungen umfassen³⁷. Die Kompetenz zur Informations- und Öffentlichkeitsarbeit umfasst demnach grundsätzlich einen thematisch weit gefassten Bereich.

Im Hinblick auf die in Rede stehende Kompetenz hat das Landgericht Bonn hervorgehoben, eine sehr weitgehende und umfangreiche Information ohne jeglichen konkreten Anlass, bei der es weder um gefahrenbezogene Information noch um Erklärung und Darstellung der Regierungspolitik gehe, könne nicht auf die Kompetenz zum staatlichen Informationshandeln gestützt werden; ein allgemeiner thematischer Aufgabenbezug reiche nicht aus³⁸.

In Bezug auf kommunale Inhalteangebote nimmt der Bundesgerichtshof eine Kompetenz aus der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie³⁹ (Art. 28 Abs. 2 GG und korrespondierende landesverfassungsrechtliche Normen) bzw. besonderen einfach-rechtlichen Normen an. Dabei wird hinsichtlich der inhaltlichen kompetenziellen Reichweite auf die diesbezüglichen Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in Bezug auf Informations- und Öffentlichkeitsarbeit im Rahmen der Staatsleitung rekurriert⁴⁰. Spezifisch

35 Vgl. nur BVerfGE 148, 11 (27).

36 LG Bonn 28.6.2023 – 1 O 79/21, MMR 2023, 701 (704).

37 Vgl. nur BVerfGE 148, 11 (28).

38 LG Bonn 28.6.2023 – 1 O 79/21, MMR 2023, 701 (704).

39 So auch *H. Gersdorf*, Staatliche Kommunikationstätigkeit, AfP 2016, 293 (296); *H.-J. Papier/M. Schröder*, Verfassungsrechtliche Grenzen kommunaler Publikationen, DVBl. 2017, 1 (1 f.); *F. Schoch*, AfP 2019, 93 (96 f.); *K.-A. Schwarz/D. Dorsch*, Online-Stadtportale nach der Entscheidung des BGH in der Rechtssache dortmund.de, NVwZ 2022, 1329 (1331); *J. Fabi/L. Struß*, GRUR 2020, 144 (148); *M. Cornils* (Fn. 28), § 1 LPG, Rn. 147j.

40 BGH 20.12.2018 – I ZR 112/17, GRUR 2019, 189 (192); darauf rekurrend BGH 14.7.2022 – I ZR 97/21, GRUR 2022, 1336 (1339); darauf rekurrend BGH 13.7.2023 – I ZR 152/21, GRUR 2023, 1299 (1302).

im Hinblick auf die aus der Selbstverwaltungsgarantie fließenden Kompetenzen wird ausgeführt, die kommunale Selbstverwaltungsgarantie gewährleiste den Gemeinden das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft seien diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzelten oder auf sie einen spezifischen Bezug hätten, die also den Gemeindeeinwohnern gerade als solchen gemeinsam seien, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der (politischen) Gemeinde beträfen. Bezugspunkt der Allzuständigkeit der Gemeinden seien dabei jedoch immer die Angelegenheiten, die als Aufgaben der öffentlichen Verwaltung anzusehen seien⁴¹. Kommunale Pressearbeit sei von innen begrenzt durch das Erfordernis eines spezifischen Orts- und Aufgabenbezugs. Zwar gehe die Zuständigkeit der Kommunen über Verwaltungshandeln im bürokratischen-technischen Sinne hinaus. Ein Bezugspunkt für ihre Zuständigkeit könne auch im Hinblick auf Angelegenheiten gegeben sein, mit denen sich die Gemeinde aufgrund eigener Betroffenheit im Vorfeld künftiger eigener Aufgabenwahrnehmung befassen dürfe. Es wird dabei aber betont, ein lokaler oder gemeinschaftsstiftender Bezug allein mache eine Angelegenheit noch nicht zu einer solchen der örtlichen Gemeinschaft⁴². Ihre äußere Grenze fänden kommunale Publikationen in der institutionellen Garantie des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, die ihrerseits nicht durch die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, Grundrechte Dritter oder das Sozialstaatsprinzip eingeschränkt werde⁴³.

Gegen die Heranziehung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie als Grundlage kommunaler Publikationen wird allerdings angeführt, dass es sich bei dieser Garantie um ein verfassungsrechtliches Staatsaufbauprinzip handele⁴⁴, das die Institution Gemeinde als politische Einheit⁴⁵ und den

41 BGH 20.12.2018 – I ZR 112/17, GRUR 2019, 189 (192). Weitergehend M. Cornils (Fn. 28), § 1 LPG, Rn. 147j, der ausführt, eine (subsidiäre) Ersatzkompetenz der Gemeinden zur Berichterstattung über lokale Angelegenheiten als Daseinsvorsorgeleistung lasse sich, wenn diese nicht durch eine private Lokalpresse erfolge, kaum schon definitorisch zuverlässig aus dem Begriff der Verwaltung ausschließen.

42 BGH 14.7.2022 – I ZR 97/21, GRUR 2022, 1336 (1339) m.w.N.; BGH 13.7.2023 – I ZR 152/21, GRUR 2023, 1299 (1301).

43 Grundlegend BGH 20.12.2018 – I ZR 112/17, GRUR 2019, 189 (192 f.).

44 Vgl. nur A. Engels, in: Sachs, GG (Fn. 31), Art. 28, Rn. 34.

45 Vgl. nur A. Engels (Fn. 44), Art. 28, Rn. 41. – Zusätzlich wird Art. 28 Abs. 2 GG ein subjektives staatsgerichtetes Recht der Kommunen entnommen; ders., a.a.O., Rn. 40, 42.

Kommunen gegenüber Bund und Ländern einen Kompetenzbereich – denjenigen aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft – gewährleiste. Dementsprechend habe die Selbstverwaltungsgarantie eine ausschließlich staatsgerichtete Funktion und entfalte keine Wirkung im Verhältnis zwischen Staat und gesellschaftlicher Sphäre⁴⁶, könne also auch nicht herangezogen werden, um Reichweite und Grenzen kommunaler Kompetenzen zur publizistischen Tätigkeit im Verhältnis zu privaten Inhalteanbietern zu bestimmen. „Mit einer Legitimation in die Sphäre der Gesellschaft hat“ – so Müller-Franken⁴⁷ – „der bürgerlich-partizipative Aspekt kommunaler Selbstverwaltung nichts zu tun“. Sie sei „kein Kompetenztitel, um auf Aufgaben zuzugreifen, die von Privatrechtssubjekten wahrgenommen werden“⁴⁸. Es ist zutreffend, dass die Garantie kommunaler Selbstverwaltung ausschließlich die Abgrenzung gemeindlicher Kompetenzen gegenüber Bund und Ländern bezweckt. Gleichwohl gehört die Wahrung der Kompetenznormen, die stets der Abgrenzung von Kompetenzen im Verhältnis verschiedener Hoheitsträger zueinander dienen, zu den Voraussetzungen der Rechts- und Verfassungsmäßigkeit staatlichen Handelns und wird auf eine zulässige Klage vor den Verwaltungsgerichten bzw. eine zulässige Verfassungsbeschwerde (der Presse) hin überprüft. Der hier diskutierte Einwand führt also nicht weit.

Für Informations- und Öffentlichkeitsarbeit im Bereich der Staatsleitung und der kommunalen Selbstverwaltung bestehen also schon verfassungsrechtliche, z.T. auch einfach-rechtliche Kompetenzen, die über die Grenzen der verfassungsrechtlichen Kompetenzen nicht hinausgehen dürfen⁴⁹.

Bereits auf der Ebene der Auslegung hinsichtlich der an sich großen Reichweite der verfassungsrechtlichen Kompetenzen aus Staatsleitung und kommunaler Selbstverwaltungsgarantie nehmen gerichtliche Entscheidungen, wie sich gezeigt hat, eine Bestimmung und damit zugleich bestimmte Eingrenzungen der zulässigen Gegenstände der Öffentlichkeitsarbeit und des Informationshandelns staatlicher Akteure vor. Dies zeigt sich etwa an der Betonung des notwendigen Orts- und Aufgabenbezugs kommunaler Inhalteangebote. Gerade wegen des Erfordernisses des Aufgabenbezugs sollen

46 Vgl. nur A. Engels (Fn. 44), Art. 28, Rn. 40.

47 S. Müller-Franken, Die Verfassungsgarantie der Freiheit der Presse, AfP 2019, 103 (108).

48 E. Schmidt-Aßmann, Kommunale Selbstverwaltung „nach Rastede“, in: FS Sendler, 1991, 121 (131).

49 Vgl. S. Müller-Franken, AfP 2019, 103 (105 f.).

Gegenstände von lokaler, aber bloß gemeinschaftsstiftender Bedeutung als Anknüpfungspunkte kommunaler Information ausscheiden.

Die Bezeichnung der zulässigen Gegenstände staatlichen Öffentlichkeits- und Informationshandelns, also die Antwort auf die Frage, ob bezüglich bestimmter Gegenstände eine Kompetenz bzw. Aufgabe besteht, erfolgt zweckgesteuert, genauer anhand des Kriteriums, ob ein (notwendig zu verfolgender) Zweck die Behandlung bestimmter Gegenstände im Rahmen des Handelns staatlicher Akteure zur Öffentlichkeitsarbeit oder zur Informationsarbeit erfordert⁵⁰. Kompetenzen bezüglich bestimmter Gegenstände bestehen, soweit damit notwendige Inputs staatlicher Institutionen und Amtsträger in den Prozess freiheitlicher Meinungsbildung gegeben werden, um die Bürger zur Aktualisierung ihrer privaten wie politischen Autonomie im Hinblick auf ihre Meinungsbildung zu befähigen. Aus diesem Grund wird der Regierung, einzelnen Regierungsmitgliedern und den gesetzgebenden Körperschaften die Kompetenz eingeräumt, ihr politisches Programm und ihr erfolgtes, aktuelles und/oder in Aussicht genommenes Handeln – ggf., in Auseinandersetzung mit daran geübter Kritik – zu erklären und darzustellen⁵¹. Die Darstellung und Erklärung von Regierungshandeln wird dadurch nicht bei den zur Staatsleitung Berufenen monopolisiert, aber diese müssen Möglichkeit haben, ihr eigenes Handeln und politisches Programm authentisch selbst darzustellen und zu erläutern. Dies trägt i.Ü. nicht zuletzt auch zur Gewinnung von Legitimation bei – ebenso wie mangelnde Öffentlichkeitsarbeit zur Delegitimation beitragen kann. Entsprechendes gilt für die Öffentlichkeitsarbeit von Kommunen und ihrer Amtsträger. Eine auf Gegenstände außerhalb des eigenen politischen Programms und des eigenen Handelns der staatlichen Akteure bezogene Kompetenz für Öffentlichkeitsarbeit ist weder erforderlich noch gegeben.

Das Informationshandeln beinhaltet nicht nur, durch die rechtzeitige öffentliche Information die Bewältigung von Konflikten in Staat und Gesellschaft zu erleichtern, sondern auch, auf diese Weise neuen, oft kurzfristig auftretenden Herausforderungen entgegenzutreten, auf Krisen schnell und sachgerecht zu reagieren sowie den Bürgern zu Orientierungen – ggf. in

50 Die Frage, ob die Behandlung eines Gegenstands von der Öffentlichkeits- und Informationsarbeit umfasst ist, ist eine Frage nach der Reichweite von Kompetenzen. Die Frage nach der Notwendigkeit neutraler und sachlicher Behandlung eines Gegenstands – also nach dem *Wie* der Ausübung einer Kompetenz – ist demgegenüber eine materiell-verfassungsrechtliche Frage.

51 Deutlich bereits BVerfGE 44, 125 (147).

Gestalt von Warnungen und Empfehlungen – zu verhelfen und dadurch Legitimationsverluste zu verhindern⁵². Auch das Informationshandeln soll dem Zweck der Ermöglichung individueller Meinungsbildung dienen⁵³. Wiederum gilt Entsprechendes für das kommunale Informationshandeln im Rahmen der kommunalen Selbstverwaltung.

Die Kompetenzen staatlicher Akteure⁵⁴ zur Öffentlichkeitsarbeit und zum Informationshandeln sind demnach durch deren legitime Zwecke gleichermaßen getragen wie begrenzt⁵⁵. So ist die Öffentlichkeitsarbeit auf die Selbstdarstellung und -erklärung wie ggf. auf die Verteidigung staatlicher Akteure hinsichtlich ihres politischen Programms und ihres erfolgten, aktuellen und/oder in Aussicht genommenen Handelns zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben beschränkt. Ein Ausgreifen in den Bereich politischer Diskussionen um die Bewertung von Regierungspolitik und -handeln ist nicht von vornherein ausgeschlossen, aber an die Einhaltung materiell-verfassungsrechtlicher Vorgaben gebunden. Das Informationshandeln dient der Gewinnung von Orientierung der Bürger im Hinblick auf Konflikte wie kurzfristig auftretenden Herausforderungen und Krisen. Demgemäß sind eine Öffentlichkeitsarbeit ohne Bezug zu politischem Programm und Aufgaben staatlicher Akteure und ein nicht aufgaben- bzw. anlassbezogenes, kontinuierliches und thematisch umfassendes Informationshandeln über Vorgänge innerhalb des kommunalen Bereichs schon auf kompetenzzieller Ebene nicht zulässig. Auch einfach-rechtliche Kompetenz-/Aufgabenbestimmungen müssen sich im Rahmen dieser verfassungsrechtlichen Grenzen bewegen.

Nach alledem besteht bereits keine Kompetenz staatlicher Akteure für über die markierten Grenzen hinausgehende redaktionelle Teile. Diese Kompetenzgrenzen sind nicht durch wertende Gesamtbetrachtungen relativierbar. Also sind auch vereinzelte allgemeine Beiträge über ortsansässige Unternehmen, die Bewertung privater Initiativen oder die allgemeine Beratung der Leserinnen und Leser, Berichte über rein gesellschaftliche Ereignisse, etwa aus den Bereichen Sport, Kunst und Musik, und eine nicht anlassbezogene allgemeine Berichterstattung über alle nicht-amtli-

52 BVerfGE 105, 252 (269 f.).

53 BVerfGE 105, 252 (269); 148, 40 (53).

54 Mit Recht weist *H. Gersdorf*, AfP 2016, 293 (295) darauf hin, der Staat müsse seine Urhebererschaft offenlegen.

55 Vgl. *Ch. Starck/A.L. Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 5, Rn. 166: „Diese Normen legitimieren und limitieren zugleich.“ S.a. *H. Gersdorf*, AfP 2016, 293 (294).

chen Themen nicht erst durch das Gebot der Staatsferne verboten, sondern bereits kompetenziell nicht gedeckt⁵⁶.

5. Staatsleitung oder kommunale Selbstverwaltungsgarantie als Ermächtigungsgrundlagen für pressemäßige Aktivitäten von staatlicher Seite?

Einer gesonderten gesetzlichen Ermächtigung für Informations- und Öffentlichkeitsarbeit im Zusammenhang mit der Staatsleitung soll es nicht bedürfen⁵⁷. Vielmehr liege bei der Staatsleitung in der Aufgabenzuweisung grundsätzlich auch eine Ermächtigung zum Informationshandeln⁵⁸.

Das ist – jedenfalls im Hinblick auf Kommunikationen, die die Sphäre von Grundrechtsträgern betreffen – schwerlich haltbar. Zunächst ist nicht zuletzt um der Effektivität des Freiheitsschutzes willen die Formulierung von Intensitätsschwellen für hoheitliches Handeln, deren Überwindung Voraussetzung für den Zugang zum Grundrechtsschutzbereich sein soll, schwerlich zu rechtfertigen⁵⁹. Der Schutzbereich ist in sachlicher Hinsicht bereits eröffnet, wenn ein staatliches Handeln den Schutzbereich der Grundrechte bestimmter Grundrechtsträger nur berührt⁶⁰.

Nach dem Stand der allgemeinen Grundrechtsdogmatik sind weiterhin auch faktische und mittelbare Grundrechtsbeeinträchtigungen prinzipiell als Grundrechtseingriffe anerkannt⁶¹. Die Formulierung restriktiver Voraussetzungen für die Annahme eines Eingriffs durch derartige Grundrechtsbeeinträchtigungen wie derjenigen der Finalität und der eingriffsäquivalenten Wirkung⁶² sind – ganz davon abgesehen, dass eine dogmatische Klärung hinsichtlich solcher Voraussetzungen bislang nicht erfolgt ist⁶³ – im Grunde mit der inneren Logik der Erweiterung des Eingriffsbe-

56 So aber BGH 20.12.2018 – I ZR 112/17, GRUR 2019, 189 (193 f.).

57 Vgl. BVerfGE 105, 252 (270); 105, 279 (304 f.).

58 BVerfGE 105, 252 (268).

59 So aber etwa BVerfGE 105, 252 (265 ff.).

60 G. Manssen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG (Fn. 55), Art. 12, Rn. 87, behandelt den Bezug zu bestimmten Grundrechtsträgern als Voraussetzung der Annahme eines Eingriffs. M.E. ist aber bereits der Schutzbereich in subjektiv-rechtlicher Hinsicht nicht eröffnet, wenn sich kein Bezug zu der grundrechtlichen Freiheit bestimmter Grundrechtsträger herstellen lässt.

61 Vgl. dazu nur Sauer, in: Dreier, GG, 4. Aufl., 2023, vor Art. 1, Rn. 145 m. zahlr. N.

62 Vgl. nur BVerfGE 148, 40 (51).

63 Vgl. Sauer (Fn. 61), vor Art. 1, Rn. 147.

griffs nicht vereinbar. Die konkrete, durch einen Träger von Staatsgewalt verursachte Beeinträchtigung der vom jeweiligen Schutzbereich erfassten Freiheit bestimmter Grundrechtsträger muss lediglich einem Träger von Staatsgewalt zurechenbar sein⁶⁴. Unter dieser Voraussetzung spricht nichts dagegen, auch hinsichtlich der Presse- und der Rundfunkfreiheit grundsätzlich jede hoheitliche Einwirkung – auch Informations- und Öffentlichkeitsarbeit der Träger von Staatsgewalt – als Eingriff zu begreifen⁶⁵. Auf dieser Grundlage sind in der Tat die einschränkenden Vorgaben für die Annahme von Eingriffen durch Informationshandeln staatlicher Einheiten kaum dogmatisch zu rechtfertigen⁶⁶.

Schließlich bedarf regelmäßig ein staatlicher Eingriff nach Maßgabe der verschiedenen speziellen Gesetzesvorbehalte im Hinblick auf die verschiedenen Grundrechte oder nach dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt⁶⁷ einer gesetzlichen Grundlage. Einer gesetzlichen Grundlage unter dem Gesichtspunkt der Wesentlichkeit wegen Grundrechtsrelevanz bedürfen auch hoheitliche Akte, die den Garantiebereich objektiv-rechtlicher Gehalte wie denjenigen des Instituts freie Presse betreffen⁶⁸. Demgegenüber hat das Bundesverfassungsgericht in der *Osho*-Entscheidung angenommen, das Informationshandeln entziehe sich wegen Vielgestaltigkeit und Veränderlichkeit der in Betracht kommenden Lebenssachverhalte, der Vielfalt der Zwecke staatlichen Informationshandelns sowie der Ungewissheit der Wirkungen und weiteren Folgen des Informationshandelns für die Bürger

64 *Ch. Starck*, in: v Mangoldt/Klein/Starck, GG (Fn. 55), Art. 1, Rn. 265.

65 In diesem Sinne *G. Manssen* (Fn. 60), Rn. 75, im Hinblick auf die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG).

66 Vgl. *G. Manssen* (Fn. 60), Rn. 88.

67 Nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis ist der allgemeine Gesetzesvorbehalt nicht aus Art. 20 Abs. 3 GG, sondern ist als Konkretisierung des demokratischen Prinzips unter den Bedingungen der horizontalen Gewaltenteilung bei unterschiedlichem Legitimationsniveau der verschiedenen Teile der Staatsgewalt zu verstehen; *K.-E. Hain*, Grundsätze des Grundgesetzes, 1999, S. 334. Der allgemeine Gesetzesvorbehalt greift bei Eingriffen in schrankenlose Grundrechte ein.

68 Vgl. *H.-J. Papier/M. Schröder*, DVBl. 2017, 1 (3 ff.), die unter diesem Gesichtspunkt die Wesentlichkeit „erweiterter“ Amtsblätter aufwendig begründen (a.a.O., 5 ff.), dann aber die Notwendigkeit einer gesonderten gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage verneinen, da für staatliches Informationshandeln eine Abschwächung des Gesetzesvorbehalts insoweit anerkannt sei, als schon eine (auch in der Verfassung selbst vorgesehene allgemeine Zuständigkeitszuweisung eine hinreichende Rechtsgrundlage sein könne (a.a.O., 7). Dass aber diese „Abschwächung“ gerade vor dem Hintergrund der Wesentlichkeit staatlichen publizistischen Handelns nicht überzeugend ist, wird sogleich gezeigt.

einer Normierung. Weder die rechtsstaatliche, grundrechtsschützende und den Rechtsschutz gewährleistende noch die demokratische Funktion des Gesetzesvorbehalts fordere unter diesen Umständen eine über die Aufgabenzuweisung hinausgehende gesetzliche Ermächtigung. Gegenstand und Modalitäten staatlichen Informationshandelns seien so vielgestaltig, dass sie angesichts der eingeschränkten Erkenntnis- und Handlungsmöglichkeiten des Gesetzgebers allenfalls in allgemein gehaltenen Formeln und Generalklauseln gefasst werden könnten. Ein Gewinn an Messbarkeit und Berechenbarkeit staatlichen Handelns sei für den Bürger auf diesem Wege regelmäßig nicht zu erreichen oder nur in einer Weise, die den Erfordernissen staatlicher Informationstätigkeit nicht gerecht werde. Gleiches gelte für das Ziel, die Entscheidung grundsätzlicher, insbesondere für die Verwirklichung der Grundrechte wesentlicher Fragen aus Gründen der demokratischen Legitimation wenigstens in den Grundzügen dem parlamentarischen Gesetzgeber vorzubehalten⁶⁹. Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu dem die Gesetzesvorbehalte flankierenden Bestimmtheitsgebot in anderen sich dynamisch entwickelnden und in ihrer Entwicklung nicht im Einzelnen vorhersehbaren Materien infolge von unbestimmten Rechtsbegriffen und/oder Ermessen hochgradig offene Normen zulässt⁷⁰ und nicht aus dieser Offenheit von Normen auf deren Verzichtbarkeit schließt. Zudem ist die in der Glykol-Entscheidung enthaltene Aussage, könnten Aufgaben der Regierung oder der Verwaltung wie diejenige der Staatsleitung der Regierung mittels öffentlicher Informationen wahrgenommen werden, liege in der Aufgabenzuweisung grundsätzlich auch eine Ermächtigung zum Informationshandeln⁷¹, nicht akzeptabel. Denn ein Kurzschluss von Kompetenz bzw. Aufgabe und Ermächtigung ist in der Tat auch im Verfassungsrecht unzulässig⁷². Es bedarf also für die Öffentlichkeitsarbeit und das Informationshandeln von Hoheitsträgern in Ermangelung einer verfassungsrechtlichen einer einfachgesetzlichen Grundlage.

Auch im Hinblick auf die Selbstverwaltungsgarantie darf aus den soeben dargelegten Gründen nicht von einer Kompetenz bzw. Aufgabe auf eine Ermächtigung geschlossen werden.

69 BVerfGE 105, 279 (304 f).

70 Vgl. nur K.-P. Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG (Fn. 55), Art. 20, Rn. 289.

71 BVerfGE 105, 252 (268).

72 Vgl. G. Manssen (Fn. 60), Rn. 110 m.w.N.

Daher bedarf staatliche Öffentlichkeits- und Informationsarbeit in den Bereichen der Staatsleitung und der kommunalen Selbstverwaltung einer nicht bereits durch die diesbezüglichen verfassungsrechtlichen Kompetenzen zugleich gegebenen Ermächtigungsgrundlage.

6. Materiell-verfassungsrechtliche Grenzen

a) Neutralitäts- und Sachlichkeitsgebot

Wegen der aus dem demokratischen Prinzip (Art. 20 Abs. 1, 2 GG) resultierenden Vorgabe der Freiheitlichkeit der von unten nach oben erfolgten Meinungsbildung und der Chancengleichheit der Parteien (Art. 21 Abs. 1 GG) gilt für Regierung und Regierungsmitglieder sowie auch für kommunale Amtsträger (in Ausübung der jeweiligen Ämter), dass diese den politischen Wettbewerb nicht zugunsten oder zulasten einzelner Parteien beeinflussen dürfen und sich daher neutral und sachlich zu äußern haben. Das Neutralitätsgebot und das Sachlichkeitsgebot gelten – ersteres ggf. in abgestufter Intensität – während und außerhalb des Wahlkampfs⁷³. Im politischen Meinungskampf unterliegen nicht parteibezogene Äußerungen nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts⁷⁴ lediglich dem Sachlichkeitsgebot. Informationshandeln erfordert Richtigkeit⁷⁵ und Sachlichkeit⁷⁶ der Darstellung.

b) Staatsferne

Der Bundesgerichtshof leitet den Grundsatz der Staatsferne der Presse bezüglich publizistischer Aktivitäten der Gemeinden aus objektiv-rechtlichen Gehalten der Pressefreiheit in Gestalt der „Freiheitlichkeit des Pressewesens

73 Vgl. dazu nur BVerfGE 148 II (23 ff.); 162, 207 (228 ff.). – Die Neutralitätspflicht des Bundespräsidenten soll gegenüber derjenigen der Regierung(-smitglieder) weniger intensiv sein; BVerfGE 136, 323 (336). Vgl. nur *Ferreau*, NVwZ 2017, 1259 (1260) m.w.N.

74 BVerwGE 159, 327 (335 f.).

75 BVerfGE 148, 40 (54).

76 BVerfGE 105, 252 (268), dort allerdings fälschlich als Voraussetzungen der Nicht-Beinträchtigung des grundrechtlichen Gewährleistungsbereichs behandelt.

insgesamt⁷⁷ unter Rekurs auf die „Institutsgarantie der Presse“⁷⁸ ab, die u.a. die privatwirtschaftliche Struktur der Presse schützen soll⁷⁹, und will die Reichweite der Staatsferne aus der Begrenzung der Kompetenzen zur Öffentlichkeits- und Informationsarbeit durch eben dieses Institut gewinnen⁸⁰. Der Grundsatz der Staatsferne des Rundfunks, der eine ermöglichende Bedingung für den zentralen Wert inhaltlicher Vielfalt bildet, wird auf der Basis des Konzepts der „dienenden“ Rundfunkfreiheit⁸¹ ebenfalls als deren objektiv-rechtlicher Gehalt auf der Gewährleistungsebene des Grundrechts verstanden⁸².

Das Gebot der Staatsferne gilt für die Presse und den Rundfunk im verfassungsrechtlichen Sinne⁸³. Es zielt darauf ab, dass der für die Demokratie essenzielle Prozess freier Meinungsbildung sich „von unten nach oben“ vollzieht sowie insbesondere in den Medien inhaltliche Vielfalt hervorbringt, und begrenzt daher staatlichen Einfluss „von oben“ auf die Medieninhalte. Daher ist es – was im hier gegebenen Kontext interessiert – ausgeschlossen, dass der Staat, soweit er nicht Kompetenzen zur Öffent-

77 BGH 20.12.2018 – I ZR 112/17, GRUR 2019, 189 (193). Bereits in seinem ersten Rundfunkurteil hat das Bundesverfassungsgericht – E 12, 205 (260) – ausgeführt, durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG sei insbesondere auch die institutionelle Eigenständigkeit der Presse von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachricht und der Meinung gewährleistet. Dieser Verfassungsgarantie widerspräche es, die Presse oder einen Teil von ihr unmittelbar oder mittelbar von Staats wegen zu reglementieren oder zu steuern. In diesem Dictum ist in der Rechtsprechung des Gerichts der Grundsatz der Staatsferne der Presse bereits angelegt.

78 BGH 14.7.2022 – I ZR 97/21, GRUR 2022, 1336 (1339).

79 Vgl. nur Ch. Degenhart, in: BK GG, Losebl., Stand: 12/2023; Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 250 f.; S. Müller-Franken, Unzulässige Staatsmedien oder zulässige Informationstätigkeit, AfP 2016, 301 (303). Das Bundesverfassungsgericht führt bereits im Spiegel-Urteil aus – E 20, 162 (175) – aus, Presseunternehmen arbeiteten nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen und in privatrechtlichen Organisationsformen und ständen in geistiger und wirtschaftlicher Konkurrenz, in die die öffentliche Gewalt grundsätzlich nicht eingreifen dürfe. Was das objektiv-rechtliche Institut freie Presse betrifft, folgert es daraus die freie Gründung von Presseorganen.

80 Vgl. nur BGH 20.12.2018 – I ZR 112/17, GRUR 2019, 189 (192 ff.).

81 Vgl. dazu nur K.-E. Hain (Fn. 1), Allgemeines, C, Rn. 62 ff. m.w.N., zur Kritik Rn. 122 ff. m.w.N.

82 Vgl. dazu nur K.-E. Hain (Fn. 1), Allgemeines, C, Rn. 65 m.w.N.

83 D. Dörr, Die verfassungsrechtliche Bewertung des vorgeschlagenen § 20 Abs. 3 Gemeindeordnung im Gesetzesentwurf der baden-württembergischen Landesregierung zur Änderung kommunalverfassungsrechtlicher Vorschriften (unveröffentlichtes Gutachten), 2015, ist der Ansicht, das Gebot der Distanz des Staates zu den Medien sei durch die Pressefreiheit stärker ausgeprägt als durch die Rundfunkfreiheit und spricht daher von der Staatsfreiheit der Presse.

lichkeits- und Informationsarbeit wahrnimmt, selbst Medien betreibt oder etwa durch Beteiligungen bestimmenden Einfluss auf privatrechtlich organisierte Medien hat bzw. nehmen kann⁸⁴.

Nun wurde bereits gezeigt, dass die eine erweiterte redaktionelle Berichterstattung ausschließenden Grenzen publizistischer Tätigkeit staatlicher Akteure schon auf kompetenzieller Ebene bestehen. Daher ist insoweit ein Rückgriff auf das Institut freie Presse und den Grundsatz der Staatsferne nicht erforderlich⁸⁵. Aus wettbewerbsrechtlicher Perspektive ist allerdings ein Rekurs auf Kompetenznormen problematisch, liegt es doch nahe, diese als Marktzutrittsregeln zu qualifizieren. Was öffentlich-rechtliche Rechtsstreitigkeiten betrifft, sind die Kompetenzen Gegenstand der Prüfung der formellen Recht- bzw. Verfassungsmäßigkeit. Allerdings muss bei Verfassungsbeschwerden und auf Beseitigung/Unterlassung gerichtete Klagen Privater vor den Verwaltungsgerichten die Verletzung subjektiver (Grund-)Rechte geltend gemacht werden. Insofern reicht die Berufung auf ausschließlich objektiv-rechtliche Gehalte nicht aus. Nun ist die Resubjektivierung objektiv-rechtlicher Gehalte wie grundrechtlicher Schutzpflichten zwar nicht ausgeschlossen. Jedoch dürfte eine Resubjektivierung objektiv-rechtlicher Gehalte aus dem Institut freie Presse wie der Freiheitlichkeit des Pressewesens insgesamt bzw. der Wahrung der privatwirtschaftlichen Struktur der (gesamten) Presse nicht anzunehmen sein. Weiterhin wirkt eine Presse- oder Rundfunk Tätigkeit des Staates nicht direktiv auf die Inhalte privatwirtschaftlich betriebener Medien ein.

Es wird allerdings angenommen, das Gebot der Staatsferne schütze auch vor Substitutionseffekten kommunaler Informationsangebote, die dazu führten, dass die private Presse ihre besondere Aufgabe im demokratischen Gemeinwesen nicht mehr erfüllen könne⁸⁶. Auch diese Vorgabe dürfte als objektiv-rechtlicher Gehalt indes auf die Erfüllung der öffentlichen

84 BVerfGE 83, 239 (330) bezüglich des Rundfunks; s. insoweit auch BVerfGE 12, 205 (262 f.; 121, 30 (51 ff.)). Entsprechend für den Bereich der Presse *Ch. Degenhart* (Fn. 79), Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 253 f. m.w.N.

85 S.a. *H. Gersdorf*, AfP 2016, 293 (295), der ausführt, die Grenzen zulässiger Kommunikationsarbeit des Staates seien allein aus der Kompetenzordnung zu gewinnen, und der Grundsatz der Staatsfreiheit der Medien sei keine eigenständige Schranke dieser Kommunikationsarbeit.

86 *H.-J. Papier/M. Schröder* (Fn. 39), DVBi. 2017, 1 (6 f.), nehmen dies sowohl bezüglich gedruckter als auch hinsichtlich im Netz publizierter kommunaler Inhalteangebote an. Die von BGH 14.7.2022 – I ZR 97/21, GRUR 2022, 1336 (1340) angeführte Passage des soeben zitierten Aufsatzes bezieht sich nur auf Online-Publikationen; s.a. BGH 13.07.2023 – I ZR 152/21, GRUR 2023, 1299 (1302).

Aufgabe durch das Pressewesen insgesamt bezogen sein. Aus einem solchen objektiv-rechtlichen Gehalt könnten im Wege der „Resubjektivierung“ auch dann kaum individuelle Rechte von Presse-/Rundfunkhäusern abgeleitet werden, wenn nur ein oder zwei private Anbieter über einen bestimmten lokalen Raum berichten, also dort „die Lokalpresse“ oder „den Lokalfunk“ ausmachen.

Wollen sich einzelne Anbieter gegen Inhalteangebote etwa der Kommunen wehren, geht es letztlich um Schutz vor publizistischer und ökonomischer Konkurrenz⁸⁷ durch Träger hoheitlicher Gewalt. Ein Schutz vor publizistischer Konkurrenz ist – da sie vielfaltserweiternd wirkt – jedenfalls im Hinblick auf durch die Rundfunkfreiheit geschützten Rundfunk im verfassungsrechtlichen Sinne kaum zu begründen⁸⁸. Diese Einschränkung kann indes im Hinblick auf publizistische Konkurrenz durch nicht ihrerseits durch Grundrechte geschützte Hoheitsträger zulasten privater Rundfunk- wie auch Presseunternehmen nicht gelten: Dem Staat zuzurechnende publizistische, für private(n) Presse oder Rundfunk spürbare Konkurrenz ist als Eingriff rechtfertigungsbedürftig.

Was ökonomische Konkurrenz betrifft, wird auf verfassungsrechtlicher Ebene⁸⁹ angenommen, Art. 12 Abs. 1 GG schütze nicht vor ökonomischer staatlicher Konkurrenz – die in den hier angesprochenen Konstellationen bei entgeltlich oder mit Anzeigenteil angebotenen kommunalen oder sonst von Trägern von Hoheitsgewalt verantworteten Publikationen vorläge –, es sei denn, es werde ein staatliches Monopol errichtet oder private Konkurrenz unerträglich eingeschränkt oder verdrängt bzw. deren Markteintritt verhindert⁹⁰. Diese restriktive Ansicht ist bereits im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG nicht unbestritten⁹¹; teilweise wird bereits eine spürbare Beeinträchtigung als ausreichend zur Bejahung eines Eingriffs erachtet⁹². Nach

87 Dies klingt bereits bei *H.-J. Papier/M. Schröder*, DVBl. 2017, 1 (6) an.

88 BVerfGE 74, 297 (334 ff.).

89 Einen Schutz privater Anbieter vor ökonomischer Konkurrenz können die Vorschriften der Gemeindeordnungen zu den Grenzen kommunaler Wirtschaftstätigkeit bieten, soweit ihnen ein (auch) subjektiv-rechtlicher Charakter attestiert wird; vgl. dazu nur *A. Engels* (Fn. 44), Art. 28, Rn. 50 m.w.N. *Schwarz/Dorsch*, NVwZ 2022, 1329 (1332 f.) m.w.N., betonen indes, dass ein Anzeigenteil, wenn er lediglich einen wirtschaftlichen Nebenzweck darstelle, als zulässig erachtet werde. Gegen derartige Argumentationen mit bedenkenswerten Gründen *H. Gersdorf*, AfP 2016, 293 (297 f.).

90 Vgl. nur *Th. Mann*, in: Sachs, GG (Fn. 31), Art. 12, Rn. 16 m.w.N.

91 Vgl. *F. Wollenschläger*, in: Dreier, GG (Fn. 31), Art. 12, Rn. 84 m.w.N.

92 *Th. Mann* (Fn. 90), Art. 90, Rn. 95.

hier vertretener Ansicht⁹³ reicht für die Annahme faktischer und mittelbarer Eingriffe jede spürbare, dem Staat zurechenbare Beeinträchtigung der von dem jeweiligen Schutzbereich erfassten Freiheit. Die Voraussetzungen für die Annahme eines staatlichen Eingriffs unter Hinweis darauf höher zu schrauben, Konkurrenz sei einer auf Wettbewerb angelegten Wirtschaft immanent und der Staat grundsätzlich nur einer unter anderen dem Wettbewerbsrecht unterliegenden Wettbewerbern, überzeugt nicht: Der Staat ist Wettbewerbern aus der privatwirtschaftlichen Sphäre nicht gleichzustellen; wirtschaftliche Konkurrenz zulasten privater Wettbewerber durch den Staat stellt eine Ingerenz in den durch die Grundrechte in ihrer Abwehrdimension gerade geschützten gesellschaftlichen Sektor dar, die nicht *per se* ausgeschlossen, aber rechtfertigungsbedürftig ist. Soweit die wirtschaftlichen Grundlagen von Presseorganen – wie etwa der Anzeigenteil – durch die Pressefreiheit geschützt sind⁹⁴, dieser Schutz dann auch die Abwehr von Beeinträchtigungen durch staatliche Konkurrenz umfassen sollte⁹⁵ und man Entsprechendes – was naheläge – für den privaten Rundfunk annehmen könnte, kann bzw. könnte im Hinblick auf die Annahme eines Eingriffs nichts anderes gelten.

Nach alledem haben private Inhaltenanbieter einen subjektiv-rechtlichen Grundrechtsschutz nicht auf der Basis (resubjektivierter) objektiv-rechtlicher Grundrechtsgehalte, sondern aus der klassischen abwehrrechtlichen Dimension der Grundrechte gegen spürbare Eingriffe durch staatliche – publizistische wie ökonomische – Konkurrenz⁹⁶, der im Rahmen öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten geltend gemacht werden kann.

III. Abschließende Bemerkungen

Geht es um das vom Bundesministerium für Gesundheit verantwortete nationale Gesundheitsportal (gesund.bund.de), besteht für diese deutlich über anlassbezogene Information hinausgehende publizistische Staatsaktivität – die auch zu politischen Zwecken missbraucht werden kann – be-

93 S.o. B IV.

94 Dazu *Ch. Degenhart* (Fn. 79), Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 237 m.w.N.

95 So etwa *Ch. Degenhart*, AfP 2020, 185 (187). A.A., aber ohne weitere Begründung *F. Schoch*, AfP 2019, 93 (102); dagegen wiederum mit guten Gründen *S. Müller-Franken*, AfP 2019, 103 (111).

96 Derartige Konkurrenz kann auf lokaler Ebene i.Ü. durchaus marktverdrängend oder einen Marktzutritt verhindernd wirken – und würde sich dann auch nach einem engeren Verständnis eines Eingriffs durch staatliche Konkurrenz als Eingriff darstellen.

reits keine Kompetenz. Soweit tatsächlich Defizite bezüglich objektiver und sachlicher Gesundheitsberichterstattung durch private Angebote bestehen, sind diese durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk kompensierbar – es dürfte nicht schwerfallen, derartige publizistische Aktivitäten dem öffentlich-rechtlichen Grundversorgungsauftrag zuzurechnen. Diese Lösung wäre deutlich staatsferner als das nationale Gesundheitsportal.

Im Hinblick auf den kommunalen Bereich ist zu konzedieren, dass eine vielfältige Lokalberichterstattung durch private Akteure vielfach nicht mehr gewährleistet⁹⁷, aber für die Demokratie, die Meinungsbildung und den Zusammenhalt der Bürger der Gemeinden von großer Bedeutung ist. Um eine Lokalberichterstattung durch private Angebote weiterhin zu ermöglichen, wäre zunächst an eine verfassungsrechtlich notwendig inhaltsneutrale und den publizistischen Wettbewerb nicht verzerrende staatliche Förderung⁹⁸ zu denken. Soweit dadurch eine vielfältige Information durch private Anbieter nicht mehr zu gewährleisten ist, könnte der öffentlich-rechtliche Rundfunk verstärkt einen lokalen Auftrag wahrnehmen⁹⁹. Schließlich könnte daran gedacht werden, dass Gemeinden zusätzlich zu den amtlichen Verlautbarungen einen Raum für (intern) vielfältige Lokalberichterstattung zur Verfügung stellen, dabei aber abgesichert ist, dass sie selbst nicht redaktionell tätig werden und keinen Einfluss auf die Inhalte haben. Solche Modelle bedürften weiterer rechtlicher Konkretisierung insbesondere zur Gewährleistung der Vielfalt, der Wahrung der allgemeinen Gesetze und der redaktionellen Verantwortlichkeit, bei rechtlich abgesichertem Ausschluss einer inhaltlichen Einflussnahme der Kommunen würde aber jedenfalls gegen das Gebot der Staatsferne nicht verstoßen¹⁰⁰.

Es bestehen also durchaus Optionen im Vorfeld staatlich betriebener, über die kompetenziellen Grenzen staatlicher Öffentlichkeits- und Informationsarbeit hinausgehender Inhalteangebote, die in Bezug auf den freiheitlichen und vielfältigen Meinungsbildungsprozess „from the bottom to the top“ deutlich weniger Risiken bergen.

97 Vgl. F. Schoch, AfP 2019, 93 (93 f.).

98 So BVerfGE 80, 124 (133 f.) zur Presseförderung.

99 In Telemedien der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ist derzeit gemäß § 30 Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 MStV eine flächendeckende lokale Berichterstattung verboten.

100 Soweit ein Ausschluss redaktioneller Tätigkeit nicht bereits auf der Kompetenz-Ebene angenommen werden sollte, wären die vorgenannten Gesichtspunkte jedenfalls im Rahmen der Prüfung der Rechtfertigung von staatlichen Akteuren verantworteter Inhalteangebote zu berücksichtigen.

Die Beweislast bei der Verdachtsberichterstattung

– Verfassungsfragen einer Ausbalancierung des Grundrechts der Pressefreiheit mit dem Grundrecht auf Ehre

Sebastian Müller-Franken

I. Mediales Streuen eines Verdachts

In ihrer Ausgabe vom 26./27. August 2023 machte die Süddeutsche Zeitung mit der Nachricht auf, Hubert Aiwanger, der Bundes- und bayerische Landesvorsitzende der Partei „Freie Wähler“, habe als Schüler ein antisemitisches Flugblatt verfasst und in seiner Schule verteilt.¹ Aiwanger, der auf die Anfrage der Zeitung die Vorwürfe zuvor von sich gewiesen hatte, bestritt auch nach Erscheinen des Berichts weiter eine Urhebererschaft und teilte darüber hinaus mit, dass er den Verfasser des Flugblattes kenne und dieser sich äußern werde. Kurze Zeit darauf trat sein jüngerer Bruder, Helmut Aiwanger, mit der Erklärung an die Öffentlichkeit, das Flugblatt verfasst zu haben.² Er denke, dass sein Bruder Hubert die Flugblätter nur deshalb seinerzeit an sich genommen und in seinen Schulranzen gesteckt habe, um zu „deeskalieren“.³ Die gegen ihn daraufhin verhängten Schulstrafen hatte Hubert Aiwanger, in dessen Ranzen Exemplare des Flugblattes gefunden worden waren, auf sich genommen, um den jüngeren Bruder nicht zu belasten.⁴ Daran, ob er auch Flugblätter verteilt habe, könne er sich nicht mehr erinnern.

Dieser Artikel war neben der Berichterstattung der Süddeutschen Zeitung über Behauptungen einer jungen Irin, der Frontmann der Musikgruppe „Rammstein“, Till Lindemann,⁵ habe sich an ihr auf einer sog. Aftershow-Party der Gruppe gegen ihren Willen sexuell vergangen, ein weiterer aufsehenerregender Fall einer sog. Verdachtsberichterstattung in den deutschen Medien der jüngeren Zeit: einer Verbreitung von die Ehre einer Person beeinträchtigenden Tatsachenbehauptungen, die eine die Öffentlichkeit

1 SZ Nr. 196 v. 26./27.8.2023, S. 1.

2 FAZ Nr. 199 v. 28.8.2023, S. 1.

3 PNP Nr. 198 v. 29.8.2023, S. 3.

4 SZ Nr. 198 v. 29.8.2023, S. 25.

5 SZ Nr. 126 v. 3.6.2023, S. 16-17.

wesentlich berührende Angelegenheit betreffen und deren Wahrheit im Zeitpunkt ihrer Veröffentlichung ungeklärt ist.⁶

Während im Fall Till Lindemann nach einem Tätigwerden seiner Anwälte die Behauptungen von den Medien und von der jungen Frau nicht weiter aufrechterhalten werden durften,⁷ stehen die Verdächtigungen gegen Hubert Aiwanger weiter im Raum. Denn die juristischen Schritte gegen die Süddeutsche Zeitung, die Aiwanger zunächst angekündigt hatte,⁸ hatte dieser dann nicht ergriffen. Da der Jubilar zu Rechtsfragen der Verdachtsberichterstattung immer wieder Stellung genommen hat,⁹ soll in einem Beitrag zu seinen Ehren über ein Problem aus diesem Themenkreis nachgedacht werden, vor dem Hubert Aiwanger bei der Abschätzung des Für und Wider einer Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes gegen die Süddeutsche Zeitung gestanden hatte: Er hatte sich zu fragen, ob er zur vollen Überzeugung eines Gerichts würde beweisen können, nicht der Autor des Flugblattes gewesen zu sein.

II. Grundsätze der Rechtsprechung

1. Anforderungen an eine Verdachtsberichterstattung

Die rechtlichen Regeln für eine Verdachtsberichterstattung sind nicht vom Gesetzgeber, sondern von der Rechtsprechung entwickelt worden.¹⁰ Damit eine Verdachtsberichterstattung zulässig ist, bedarf es danach eines „Mindestbestandes an Beweistatsachen“, die für den Wahrheitsgehalt der

6 BGH, NJW 2022, 1751, 1753, Rn. 27; bei dieser Angelegenheit kann es sich um eine Straftat, aber auch um ein sonstiges Ereignis handeln, welches das Ansehen eines anderen beeinträchtigen kann, OLG Hamburg, ZUM-RD 2009, 326, 328; *Molle*, ZUM 2010, 331, 332; zur Anwendung der Regeln der Verdachtsberichterstattung auf Tatsachenbehauptungen *Brost/Rodenbeck*, K&R 2017, 460 ff.

7 FAZ Nr. 165 v. 19.7.2023, S. 13; FAZ Nr. 172 v. 27.7.2023, S. 13; FAZ Nr. 188 v. 15.8.2023, S. 13; FAZ Nr. 190 v. 17.8.2023, S. 13; FAZ Nr. 191 v. 18.8.2023, S. 15; FAZ Nr. 21 v. 25.1.2024, S. 13.

8 SZ Nr. 196 v. 26./27.8.2023, S. 1.

9 Verdachtsberichterstattung durch den Staatsanwalt, NJW 2012, 1473 ff.; Anmerkung zu BGH, Urt. v. 19.3.2013 – VI ZR 93/12 (OLG Köln), LMK 2013, 347893; Geldentschädigung bei vorverurteilenden Äußerungen durch Medien oder Justiz, NJW 2016, 737 ff.; Anmerkung zu BGH, Urt. v. 27.9.2016 – VI ZR 250/13 (KG), LMK 2017, 387139; Anmerkung zu BGH, Urt. v. 14.1.2021 – VI ZR 403/19 (KG), LMK 2022, 810450.

10 Zur Entwicklung *Schlüter*, Verdachtsberichterstattung, 2011, S. 71 ff.

Information sprechen und ihr damit erst „Öffentlichkeitswert“ verleihen.¹¹ Das Berichtete hat von „gravierendem Gewicht“ zu sein, dessen Mitteilung durch ein Informationsbedürfnis der Allgemeinheit gerechtfertigt ist.¹² Vor der Veröffentlichung ist regelmäßig eine Stellungnahme des Betroffenen einzuholen¹³ und der Wahrheitsgehalt der Behauptungen hinreichend sorgfältig zu recherchieren,¹⁴ wobei die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht umso höher anzusetzen seien, je schwerer und nachhaltiger das Ansehen des Betroffenen durch die Veröffentlichung beeinträchtigt wird.¹⁵ Der Betroffene darf nicht vorverurteilt, der unzutreffende Eindruck, dass er einer strafbaren Handlung überführt ist, nicht erzeugt werden.¹⁶

2. Beweislastumkehr bei zulässiger Verdachtsberichterstattung

Kann die Presse die Einhaltung dieser Anforderungen darlegen, kann ihre Verdachtsberichterstattung rechtlich nicht beanstandet werden.¹⁷ Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung des Betroffenen gegen eine Zeitung auf Unterlassung einer drohenden Veröffentlichung vor einem deutschen Gericht¹⁸ bliebe ohne Erfolg.¹⁹ Zugleich hat die Erfüllung der von der Rechtsprechung statuierten Voraussetzungen der Verdachtsberichterstattung auch zur Folge, dass die Beweislast für die Wahrheit des Berichteten in einem

11 BGH, NJW 1977, 1288, 1289; NJW 2000, 1036; zum Ganzen *Keil*, Verdachtsberichterstattung – Medienberichterstattung über Straftatverdächtige, 2013, S. 73 ff.

12 BGH, NJW 2000, 1036, 1037.

13 BGH, NJW 2000, 1036, 1037; BGHZ 132, 13, 25.

14 BGH, NJW 2022, 1751, 1753, Rn. 27.

15 BGH, NJW 1972, 1658, 1659; NJW 1977, 1288; NJW 2022, 1751, 1753, Rn. 27; NJW 2000, 1036; OLG Brandenburg NJW 1995, 886, 888.

16 BGH, NJW 2000, 1036 f.; OLG Brandenburg, NJW 1995, 886; OLG München, NJW-RR 1996, 1487, 1488.

17 Zur Darlegungslast der Presse BGH, GRUR 1975, 36, 37; NJW 1998, 3047, 3048; *Grimm*, NJW 1995, 1697, 1702 f.; *Klass*, in: Erman, BGB, 17. Aufl., 2023, Anhang zu § 12, Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Rn. 242; *Soehring*, in: *Soehring/Hoene*, Presserecht, 6. Aufl., 2019, Unterlassungsanspruch, Rz. 30.47; krit. *Hager*, in: *Mansel* (Hrsg.), *Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2017*, § 823, Rn. C 119.

18 Der für die Zuständigkeit der deutschen Gerichte notwendige „Bezirk der Handlung“ (§ 32 ZPO) liegt im Inland, wenn die Druckschrift in dieses erscheint oder der Bestimmung des Verbreiters gemäß in dieses gelangt, BGHZ 131, 332, 335; die Abrufbarkeit im Internet genügt dafür allein nicht, wenn in fremder Sprache und Schrift gehaltene Berichte über Vorkommnisse im Ausland ganz überwiegend an Adressaten im Ausland gerichtet sind, BGH, NJW 2011, 2059, 2060; zuvor BGH, NJW 2010, 1752, 1754 (Erfordernis eines „objektiv deutlichen Bezugs zum Inland“).

späteren Prozess umgekehrt wird: Grundsätzlich darf niemand über einen anderen ehrenrührige Tatsachenbehauptungen in die Welt setzen, ohne im Streitfall die Last für den Beweis ihrer Wahrheit tragen zu müssen.²⁰ Denn berühren Tatsachenbehauptungen, die als Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Recht der unerlaubten Handlungen als „sonstiges Recht“ iSv § 823 Abs. 1 BGB geschützte Ehre eines anderen, kann der Betroffene von demjenigen, der solche Behauptungen von sich gegeben hat, verlangen, dass dieser ihre Wiederholung künftig unterlässt, wenn dieser ihre Wahrheit in einem Prozess nicht beweisen kann.²¹ Die für den Straftatbestand der üblen Nachrede statuierte Regel, dass das Risiko der Beweislosigkeit den Ehrverletzer trifft (§ 186 StGB), gilt auch im Streit unter Privaten.²² Wenn aber die Presse bei einer ehrenrührigen Tatsachenbehauptung die Einhaltung der genannten Voraussetzungen darlegen kann,²³ steht ihr der Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen zur Seite (§ 193 StGB),²⁴ was

-
- 19 Zum vorbeugenden Rechtsschutz RGZ 116, 151, 152; *Soehring*, in: *Soehring/Hoene*, Presserecht, 6. Aufl., 2019, Unterlassungsanspruch, Rz. 30.17 ff.; *Hager*, in: *Mansel* (Hrsg.), *Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2017*, § 823, Rn. C 261.
- 20 BGH, NJW 1959, 2011, 2013; 77, 1288, 1289; 85, 1621, 1622; 1993, 525, 527; v. *Gamm*, NJW 1979, 513, 516.
- 21 *Isensee*, FS Kriele, 1997, S. 5, 11; einen Anspruch auf Widerruf der Behauptung im Falle des non liquet lehnt die Rechtsprechung ab, da es gegen die Rechte des Sichäußernden aus Art. 1 und 2 GG verstoßen würde, ihn zum Widerruf einer Aussage zu zwingen, die möglicherweise wahr ist, NJW 1974, 1710; BGHZ 37, 187, 189; zustimmend *Hubmann*, JZ 1963, 131; Kritik: *Schlosser*, JZ 1963, 309, 310 ff.; *Stern*, FS Oehler, 1985, S. 473, 479, 484 f.; zum „eingeschränkten Widerruf“ siehe unter V 2b.
- 22 RGZ 115, 74; RG, JW 1932, 3060, 3061; JW 1933, 2352 f.; BVerfG, NJW 2016, 3360; BGHZ 199, 237, 250, Rn. 24; ob es sich hier um den Regelfall der Beweislast des zivilrechtlichen Ehrenschatzes, so *Schlosser*, JZ 1963, 309, 311 mN; *Johannes*, JZ 1963, 317, 318 ff.; *Helle*, NJW 1964, 841, 842, oder unter Zugrundelegung der Rosenberg'schen Beweislastlehre, Die Beweislast, 5. Aufl., 1965, § 18 II 2, S. 261, um eine Beweislastumkehr zu Lasten des Sichäußernden handelt, LG Hamburg, ZUM-RD 2018, 96, 102; *Soehring*, in: *Soehring/Hoene*, Presserecht, 6. Aufl., 2019, Unterlassungsanspruch, Rz. 30.46, 30.48 ff. (Unwahrheit der Behauptung anspruchsbegründend), dazu unter V 2e.
- 23 Die Berufung auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen steht allerdings nicht nur der Presse, sondern jedermann zu, BGH, NJW 1959, 2011, 2013; NJW 1962, 1438; NJW 1993, 525, 527; *Regge/Pegel*, in: *Münchener Kommentar zum StGB*, 4. Aufl., 2021, § 193, Rn. 42; aufgrund des in der Regel kleineren Empfängerkreises sind die Auswirkungen von ehrenrührigen Behauptungen, die von nicht zur Presse gehörigen Personen in die Welt gesetzt werden, für den Betroffenen zwar geringer, die Rechtsfragen sind jedoch die gleichen.
- 24 BVerfGE 12, 113, 125 f.; die Wahrnehmung berechtigter Interessen iSv § 193 StGB ist ein Rechtfertigungsgrund, BGHSt 18, 182, 184 f.; *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger*, StGB, 30. Aufl., 2023, § 193, Rn. 1. Ob die Norm des § 823 Abs. 1 BGB bei einer Verletzung des

die Beweislast von ihr auf den Betroffenen verschiebt:²⁵ nicht die Presse muss dann im Streitfall die Wahrheit ihrer Behauptungen beweisen, sondern es ist am Betroffenen nachzuweisen, dass die gegen ihn erhobenen Behauptungen unwahr sind. Durch die Umkehr der Beweislast erfährt das ohnehin schon für die Ehre des Betroffenen ein Potential der Zerstörung in sich bergende Institut der Verdachtsberichterstattung zusätzlich an Brisanz. Denn treffen die als Verdacht berichteten Tatsachen zu, hat der Betroffene grundsätzlich kein Recht, sich gegen sie zu wehren.²⁶ Entsprechen sie hingegen nicht der Wahrheit, hat derjenige, der sich geäußert hat, wiederum kein Recht, einen Verdacht weiter zu streuen,²⁷ da die Äußerung erwiesen unwahrer Tatsachenbehauptungen grundrechtlich nicht geschützt ist.²⁸ Problematisch ist allein der hier diskutierte Fall, in dem die Wahrheit oder Unwahrheit des Behaup-

allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch unwahre Tatsachenbehauptungen, anders als bei ehrkränkenden Meinungsäußerungen, BGHZ 50, 133, 140; BGH, GRUR 1962, 552, 555; nicht als offener Tatbestand anzusehen ist, bei dem sich die Rechtswidrigkeit der Handlung erst aus einer Abwägung der widerstreitenden grundrechtlich geschützten Belange ergibt, so BGHZ 31, 308, 314; BGH, NJW 1960, 476, 477; ZUM 2020, 472, 474, Rn. 18; *Klass*, in: Erman, BGB, 17. Aufl., 2023, Anhang zu § 12, Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Rn. 228, 240; *Hager*, in: Mansel (Hrsg.), Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2017, § 823, Rn. C 73 f., C 271 ff.; sondern hier der Tatbestand einer üblen Nachrede bereits die Rechtswidrigkeit der Handlung indiziert, *Kübler*, Medien, Menschenrechte und Demokratie, 2008, S. 375, 389, wirkt sich im Ergebnis nicht aus. Denn im einen, wie im anderen Fall, kommt es darauf an, ob die Kriterien der Verdachtsberichterstattung eingehalten worden sind und so die Wahrnehmung berechtigter Interessen angenommen werden kann. Rechtmäßige Verdachtsberichterstattung verlangt aber bei der Frage des „hinreichenden Gewichts“ eine Abwägung: indiziert der Tatbestand die Rechtswidrigkeit, findet die Abwägung bei der Prüfung des § 193 StGB und damit den Kriterien der Verdachtsberichterstattung als Rechtfertigungsgrund statt, ist bereits die Rechtswidrigkeit nach der Lehre vom offenen Tatbestand das Ergebnis einer Abwägung, hängt deren Ergebnis ebenso von der Prüfung des § 193 StGB, *Klass*, in: Erman, BGB, 17. Aufl., 2023, Anhang zu § 12, Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Rn. 240 f., und damit der Einhaltung der – wiederum eine Abwägung voraussetzenden – Grundsätze der Verdachtsberichterstattung ab, BGH, NJW 2013, 790, 793; *Cläßen*, NJW 2023, 3392, 3393 f. Auf beiden Wegen sind mithin die gleichen Überlegungen anzustellen.

25 BGH, NJW 1959, 2011, 2013; 1985, 1621, 1622; 1993, 525, 527; OLG Saarbrücken, NJW-RR 2010, 346, 347; *Klass*, in: Erman, BGB, 17. Aufl., 2023, Anhang zu § 12, Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Rn. 242; *Hager*, Jura 1995, 566, 568.

26 *Grimm*, NJW 1995, 1697, 1702; *Heldrich*, FS Heinrich, 1998, S. 319, 327, jeweils mit Nachweisen zu den Ausnahmen.

27 *Molle*, ZUM 2010, 331, 334.

28 BVerfGE 61, 1, 7; 90, 241, 247; 94, 1, 8; 97, 125, 126; 99, 185, 197; BGHZ 31, 308, 318; BGH, NJW-RR 2000, 1209, 1210.

teten in einem späteren Verfahren ungeklärt bleibt.²⁹ Hier kommt es darauf an, ob der Ehrverletzer das Risiko trägt, dass sich die Wahrheit seiner Behauptungen erweisen lässt oder ob es, wie nach den gegenwärtig praktizierten Regeln, Sache des Betroffenen sein soll, ihre Unwahrheit zur vollen Überzeugung des Gerichts beweisen zu müssen. Denn der Ausgang eines Ehrenschutzprozesses gleicht oft einer Lotterie,³⁰ der Ehrenschutz steht und fällt mit der Frage der Beweislast.³¹

III. Rechtfertigung durch das Grundrecht der Pressefreiheit

1. Die „Aufgabe“ der Presse

Die Rechtfertigung dafür, dass der Presse die Wahrnehmung berechtigter Interessen zugutegehalten werden und sie so von der Last des Beweises der Wahrheit der von ihr in die Welt gesetzten ehrenrührigen Tatsachenbehauptungen enthoben sein soll, wird von den in solchen Verfahren zuständigen Zivilgerichten auf das Grundrecht der Pressefreiheit und damit das Grundgesetz gestützt.³² Diese Rechtfertigung baut auf der Begründung für die vorgelagerte Frage auf, warum die Presse überhaupt zur Verdachtsberichterstattung berechtigt sein soll, bei der bereits ebenfalls auf die verfassungsrechtliche Garantie der Pressefreiheit abgestellt wird. Das Recht der Presse zur Verdachtsberichterstattung an sich wird damit begründet, dass wenn „die Presse, falls der Ruf einer Person gefährdet ist, nur solche Informationen verbreiten“ dürfte, „deren Wahrheit im Zeitpunkt der Veröffentlichung bereits mit Sicherheit feststeht, ... sie ihre durch Art. 5 I GG verfassungsrechtlich gewährleisteten Aufgaben bei der öffentlichen Meinungsbildung nicht durchweg erfüllen“ könnte.³³ Dabei sei auch zu beachten, „dass ihre ohnehin begrenzten Mittel zur Ermittlung der Wahrheit durch den Zwang zu aktueller Berichterstattung verkürzt sind“. Deshalb verdiene „im Rahmen der gebotenen Abwägung zwischen dem Eingriff in

29 Für das Kriterium des Erwiesenseins der Unwahrheit kommt es auf den Zeitpunkt der Äußerung an, *Lerche*, FS W. Lorenz, 1991, S. 143, 145; *Grimm*, NJW 1995, 1697, 1699.

30 *Klöppel* bei Kronecker, JW 1921, 386, 388.

31 *Rehbinder*, JZ 1963, 314, 316; *Ossenbühl*, JZ 1995, 633, 639.

32 BGHZ 80, 25, 33 f.; BGH NJW 1987, 2225, 2226 f.; BGH, NJW-RR 1990, 1058, 1060.

33 BVerfGE 97, 126, 149; BGH NJW 1977, 1288, 1289; NJW 2000, 1036, 1037; zustimmend *Cläßen*, NJW 2023, 3392, 3394; *Hager*, in: Mansel (Hrsg.), Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2017, § 823, Rn. C 116.

das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen und dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit regelmäßig die aktuelle Berichterstattung und mithin das Informationsinteresse jedenfalls dann den Vorrang“, wenn die genannten „Sorgfaltsanforderungen eingehalten sind“,³⁴ was die Presse darzulegen und im Bestreitensfalle zu beweisen hat.

Das aus dem Grundrecht der Pressefreiheit abgeleitete Recht auf Verdachtsberichterstattung wird nun aber ebenso in einem nachfolgenden Zivilprozess gegen den Betroffenen zur Geltung gebracht. Dies geschieht in der Weise, dass mit dem Recht auf Verdachtsberichterstattung auch die im Zentrum dieses Beitrages stehende Umkehr der Beweislast verbunden sein soll. Das Grundrecht der Pressefreiheit immunisiert die Verdachtsberichterstattung so auch beweisrechtlich gegen ein nachträgliches Sich-zur-Wehr-Setzen durch den Betroffenen. Denn hat die Presse, so formuliert es der Bundesgerichtshof, die ihr „obliegende pressemäßige Sorgfalt“ walten lassen, dann kann sie „sich deshalb gem. Art. 5 I 2 GG und § 193 StGB auf ein Recht zur Veröffentlichung“ ihres „Berichts mit der Folge berufen“, dass es dem Betroffenen obliegt, zur Begründung seines „Unterlassungsbegehrens die Unwahrheit der beanstandeten Äußerung zu beweisen.“³⁵ Das Bundesverfassungsgericht hat, wurde es angerufen, in dieser Beweislastumkehr keine Verletzung des Grundgesetzes erkennen können.³⁶

2. Die objektiv-rechtliche Dimension der Pressefreiheit

Die Pressefreiheit hat neben ihrer Funktion eines Freiheitsrechts des Einzelnen seit den Anfängen ihrer Durchsetzung in der Zeit der Freiheitsbewegung des 19. Jahrhunderts von vornherein auch eine demokratische Funktion zu erfüllen.³⁷ Der Parlamentarische Rat, der die Pressefreiheit als ein Freiheitsrecht konstituieren wollte, konnte so an die liberalen Wurzeln dieses Grundrechts anknüpfen, ohne seine Gewährleistung im Grundgesetz auf ein klassisch-abwehrrechtliches Verständnis beschränken zu müssen.³⁸ Die Presse-

34 BGH, NJW 2000, 1036, 1037.

35 BGH, NJW 2000, 1036, 1037.

36 BVerfGE 54, 148, 157 f.; 99, 185, 199 ff.; 114, 339, 353; NJW 2023, 510, 512, Rn. 17.

37 Zur Geschichte *Bullinger*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 2009, § 163, Rn. 8 f. mwN; *Scheuner*, VVDStRL 22 (1965), S. 1, 3 ff.

38 *Hoffmann-Riem*, in: AK-GG, Art. 5 I, II, Rn. 3 f.; *Trute*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. VI, 2011, § 104, Rn. 1; wobei die demokratische Funktion der Pressefreiheit in ihren Anfängen noch nicht Bestandteil der rechtlichen Garantie gewesen ist, sondern diese Zuordnung sich erst unter dem Grundgesetz

freiheit hat daher nicht nur die Bedeutung eines Freiheitsrechts, das Schutz vor staatlichen Eingriffen gewährt, sondern sie hat auch eine über die Freiheit ihres Inhabers hinausweisende, objektiv-rechtliche Dimension:³⁹ „Eine freie, nicht von der öffentlichen Gewalt gelenkte, keiner Zensur unterworfenene Presse ist Wesenselement des freiheitlichen Staates und für die moderne Demokratie unentbehrlich“,⁴⁰ sie ist für die freiheitliche demokratische Grundordnung „konstituierend“⁴¹ Aus der objektiv-rechtlichen Bedeutung des Grundrechts folgt die Pflicht des Staates, in seiner Rechtsordnung überall der Forderung nach Freiheit der Presse Rechnung zu tragen,⁴² sie zu schützen,⁴³ Meinungsmonopole zu verhindern⁴⁴ und Vielfalt zu sichern.⁴⁵ Die Frage aber ist, ob deshalb auch die Verschiebung der Beweislast auf den von einer Verdachtsberichterstattung Betroffenen geboten ist.

IV. Struktur des Konflikts

1. Grundrecht gegen Grundrecht

Eine Antwort auf diese Frage hat auszugehen von der Struktur, von welcher der rechtliche Konflikt um eine Verdachtsberichterstattung gekennzeichnet ist: Es geht hier nicht um einen Konflikt, bei dem sich auf der einen Seite der Inhaber eines Grundrechts, hier der Angreifer als Inhaber des Grundrechts der Pressefreiheit, und auf der anderen Seite der Inhaber eines einfach-rechtlichen Anspruchs, hier der Betroffene als Inhaber eines bürgerlich-rechtlichen quasinegatorischen Unterlassungsanspruchs, gegen-

entwickelt hat, *Bullinger*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VII, 2009, § 163, Rn. 8.

39 BVerfGE 107, 299, 329; 117, 244, 258.

40 BVerfGE 20, 162, 174; 52, 283, 296; 66, 116, 133.

41 BVerfGE 12, 113, 125; 20, 162, 197; 77, 65, 74; 117, 244, 258.

42 BVerfGE 20, 162, 175.

43 BVerfGE 80, 124, 133.

44 BVerfGE 20, 162, 175 f.; *Gounalakis*, NJW 2006, 1624 ff.; *ders.*, ZUM 2006, 716 ff.; siehe auch die jährlich erscheinenden Berichte der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich, KEK, in die der Jubilar im Jahre 2007 als Sachverständiger berufen wurde und die er seit dem Jahre 2017 als Vorsitzender leitet.

45 *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 17. Aufl., 2022, Rn. 41; *Grabenwarter*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), GG, 82. Lfg. 2018, Art. 5, Rn. 367; *Gounalakis*, JZ 2008, 652 ff.; *ders.*, pro media 6/2017, 17 ff. u.ö.

überstehen.⁴⁶ Vielmehr kann sich der Betroffene ebenfalls auf ein Grundrecht berufen, nämlich auf sein Grundrecht auf Ehre,⁴⁷ das in Art. 5 Abs. 2 GG, in dem neben den allgemeinen Gesetzen und dem Jugendschutz das „Recht der persönlichen Ehre“ den Freiheiten des Absatzes 1 als Schranke gesetzt und damit als solches anerkannt wird, und das in dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit des Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit der Garantie der Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG abzuleitenden allgemeinen Persönlichkeitsrecht begründet ist.⁴⁸ Auf beiden Seiten des Rechtsverhältnisses sind Grundrechte betroffen, auf der Seite des in seiner Ehre Gekränkten nicht weniger als auf der Seite der Presse.⁴⁹ Der Umstand, dass dem Grundrecht der Pressefreiheit neben einer subjektiv-rechtlichen auch eine objektiv-rechtliche Funktion zugeordnet ist, ändert an diesem Ausgangspunkt nichts.⁵⁰

2. Unterscheidung von Staat und Gesellschaft

Ist die Presse unter dem Grundgesetz notwendig privatwirtschaftlich verfasst,⁵¹ handelt es sich hier allerdings nicht um einen öffentlich-rechtlichen, sondern um einen privatrechtlichen Konflikt. Bei der grundrechtlichen Behandlung eines solchen Konflikts verläuft die Frontlinie primär zwischen Privaten, nicht verläuft sie primär zwischen einem Privaten und dem Staat. Verpflichtet, das Grundrecht auf Ehre zu achten, ist jedoch allein der Staat, nicht sind es Private.⁵² Denn die freiheitliche Verfassung bindet den Staat, nicht bindet sie die Gesellschaft.⁵³ Wenn mit der objektiven Bedeutung der Grundrechte eine „Drittwirkung“ für Private im Sinne einer „Ausstrahlung“ von Grundrechten auf die Normen des Privatrechts bezeichnet wird, so

46 In dieser Struktur noch BVerfGE 7, 199, 203 ff.; aus jüngerer Zeit *Brinkmann*, AfP 2015, 290, 291, der lediglich von „rechtspolitischen Schutzzwecken“ der für die Beweislast im Zivilrechtsstreit maßgebenden §§ 185 ff. StGB spricht.

47 So der gleichnamige Titel eines Beitrages von *Isensee*, FS Kriele, 1997, S. 5 ff., normative Verortung S. 10 f.

48 BVerfGE 15, 283, 286; 28, 151, 163.

49 *Isensee*, FS Kriele, 1997, S. 5, 30 f.

50 In diese Richtung aber offenbar *Kübler*, Medien, Menschenrechte und Demokratie, 2008, S. 333; zur Frage, ob auch dem Ehrenschatz eine objektiv-rechtliche Bedeutung zukommt, siehe unter V 2 c.

51 BVerfGE 20, 162, 174 f.; 66, 116, 133.

52 *Isensee*, FS Kriele, 1997, S. 5, 11.

53 *Isensee*, DÖV 1982, 609, 612; *H. H. Klein*, Der Staat 14 (1975), 153, 157 f.

treffen die grundrechtlichen „Strahlen“ in erster Linie den Richter.⁵⁴ Die im Bereich der Presse tätigen Akteure sind dagegen allein an die Normen des Privatrechts gebunden, die ihnen die Pflicht auferlegen,⁵⁵ Eingriffe in durch das Privatrecht geschützte absolute Rechte zu unterlassen.⁵⁶ Das privatrechtlich geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht ist vom verfassungsrechtlich geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrecht zu unterscheiden, es sind verschiedene Rechte.⁵⁷

3. Abwehrrechte und Schutzpflichten

Grundrechte entbinden einerseits Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat, die ihm ein Unterlassen von Eingriffen in die grundrechtlich geschützten Güter der Bürger abverlangen, und andererseits Schutzpflichten des Staates, sich schützend und fördernd vor diese Güter der Bürger zu stellen.⁵⁸ Das Grundrecht auf Ehre zeigt sich typischerweise in seiner Funktion als Schutzpflicht des Staates, es geht um Ehrenschaft.⁵⁹ Ist der Gesetzgeber im Bereich der Verdachtsberichterstattung nicht durch den

54 BVerfGE 73, 261, 269; 84, 192, 195; *Jarass*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 38, Rn. 65. Die grundrechtlichen „Strahlen“ treffen allerdings nicht allein den Richter, sondern sie durchdringen die Normen des Privatrechts und erzeugen so auch Pflichten für Private, Fn. 121.

55 Zum Vorbehalt des Gesetzes: *Isensee*, FS Kriele, 1997, S. 5, 33 ff.

56 Zum Unterlassungsanspruch bei den in § 823 Abs. 1 BGB geschützten absoluten Rechten und damit auch bei dem unter die Kategorie des „sonstigen Rechts“ zu fassenden allgemeinen Persönlichkeitsrecht BGH, NJW 2012, 2345 f.; *Sprau*, in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl., Einf. v. § 823, Rn. 27 f.; *Hager*, in: Mansel (Hrsg.), Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2017, § 823, Rn. H 5.

57 BVerfGE, NJW 2006, 3409, 3410; *Heldrich*, FS Heinrich, 1998, S. 319, 321; *Jarass*, NJW 1989, 857, 858; *Klass*, in: Erman, BGB, 17. Aufl., 2023, Anhang zu § 12, Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Rn. 4; a.A. *Hager*, in: Mansel (Hrsg.), Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2017, § 823, Rn. C 4 ff.

58 Die „Drittwirkung der Grundrechte für Private“ wird heute über die Schutzpflichtenlehre gelöst, *Papier*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 55, Rn. 10; *Oeter*, AöR 119 (1994), 529, 549 ff.; das Bundesverfassungsgericht geht allerdings nicht einheitlich vor und unterscheidet nicht zwischen Abwehr und Schutz, *Jarass*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 38, Rn. 67.

59 Der Lehrsatz, dass der typische Widersacher der Grundrechte Private sind, denen der Staat Schutz zu gewähren hat, so *Isensee*, FS Kriele, 1997, S. 5, 14 f., gilt heute allerdings nur noch *cum grano salis*, denn der Staat geht immer mehr dazu über, sich in den gesellschaftlichen Diskurs einzumischen, dazu *Möstl*, Demokratische Willensbildung und Hoheitsträger, in: Uhle (Hrsg.) Information und Einflussnahme, 2018, S. 49 ff., wobei es ebenso zu Beeinträchtigungen des Grundrechts auf Ehre der

Erlaß von die Ehre schützenden Regeln tätig geworden, ist dieser Schutz durch die Gerichte zu gewähren, und zwar durch die Fachgerichte.

Das Recht auf Ehre geht über den Kernbereich der Menschenwürde hinaus und ist damit, anders als diese, nicht absolut geschützt.⁶⁰ Es tritt in eine Beziehung zur Pressefreiheit, so dass es im Konfliktfalle der Herstellung praktischer Konkordanz bedarf: eines wechselseitigen, schonenden Ausgleichs zwischen den konfligierenden Gütern mit dem Ziel, beide Güter zu „optimaler Wirksamkeit“ gelangen zu lassen.⁶¹

Da dieser Ausgleich von den Fachgerichten vorzunehmen ist, kommt es nicht darauf an, ob die von diesen etablierte Praxis abstrakt als „verfassungswidrig“ anzusehen ist, sondern es ist zu fragen, ob sie vom Bundesverfassungsgericht beanstandet werden kann. Das Gericht hat die Eigenständigkeit der für diesen Ausgleich primär zuständigen Fachgerichte nämlich zu respektieren und die von diesen vorgenommene Gewichtung und Abwägung der beiderseitigen Positionen nur eingeschränkt zu überprüfen.⁶² Einen Grundrechtsverstoß kann es u.a. nur dann annehmen,⁶³ wenn die Gerichte die für den Fall erheblichen Abwägungsgesichtspunkte nicht identifiziert und ausreichend in Rechnung gestellt⁶⁴ oder wenn sie das „Gewicht“ der hier zu beachtenden Grundrechte „unrichtig eingeschätzt“ haben, „so daß darunter die Abwägung der beiderseitigen Rechtspositionen im Rahmen der privatrechtlichen Regelung leidet.“⁶⁵

Betroffenen kommen kann, dazu *Conrad/Kalscheuer/Jacobsen*, in: *Conrad/Grünewald/Kalscheuer/Milker* (Hrsg.), *Handbuch Öffentlich-rechtliches Äußerungsrecht*, 2022, § 10. Auch speziell im vorliegenden Zusammenhang betreiben mit den Staatsanwaltschaften staatliche Stellen selbst eine eigene Verdachtsberichterstattung im Rahmen ihrer Öffentlichkeitsarbeit, dazu *Gounalakis*, NJW 2012, 1473 ff.; *Vendt*, AfP 2022, 100, 103 f.

60 *Isensee*, FS Kriele, 1997, S. 5, 9.

61 Ursprung: *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19. Aufl., 1995, Rn. 317 f.; für das Verhältnis der Pressefreiheit zum Ehrenschrift *Stern*, FS Heinz Hübner, 1984, S. 815, 827 f.; *Lehr*, AfP 2007, 7, 9.

62 *Bethge*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. III, 2009, § 72, Rn. 95 ff.

63 Zu weiteren Vorgaben der wechselseitigen Zuordnung *Klass*, in: *Erman*, BGB, 17. Aufl., 2023, Anhang zu § 12, Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Rn. 249 ff. mN; *Hager*, in: *Mansel* (Hrsg.), *Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2017*, § 823, Rn. C 12 mN.

64 BVerfG, NJW 2020, 2622, 2625, Rn. 27; NJW 2020, 2629, 2630, Rn. 20; NJW 2020, 2636, 2639, Rn. 26.

65 BVerfGE 101, 361, 388; st. Rspr.

V. Verhältnismäßige Zuordnung des Beweisrisikos

1. Keine Verdachtsberichterstattung bis zum Erwiesensein der Wahrheit?

Den Konflikt zwischen dem Grundrecht der Pressefreiheit und dem Grundrecht auf Ehre in der Weise aufzulösen, dass dem Sichäußernden eine Verdachtsberichterstattung verboten ist, bis die Wahrheit seiner Behauptungen geklärt ist, wie dies vorgeschlagen worden ist,⁶⁶ würde allein das Grundrecht des Betroffenen auf Ehre zur Wirksamkeit gelangen lassen.⁶⁷ Das Grundrecht der Presse, frei zu entscheiden, welche Vorgänge sie für berichtenswert hält,⁶⁸ wie auch ihre objektiv-rechtliche Informations- und Kontrollfunktion, ihre Funktion eines „öffentlichen Wachhunds“,⁶⁹ träten hinter diesem vollständig zurück. Denn angesichts der Begrenztheit der Mittel der Presse zur Ermittlung der Wahrheit, die durch den Zwang zu aktueller Berichterstattung noch einmal verkürzt werden, würde der Presse damit eine Verdachtsberichterstattung nahezu unmöglich gemacht. Im Falle einer Veröffentlichung noch nicht aufgeklärter Verdachtstatsachen kann die Ehre zwar schwer beeinträchtigt werden, die sich in einem späteren Verfahren, in dem es um das Recht des Betroffenen geht, von der Presse die Unterlassung ihrer Berichterstattung verlangen zu können, auch bei völliger Rehabilitierung regelmäßig nicht wiederherstellen lässt.⁷⁰ Jedoch ist es in einem solchen Verfahren immerhin möglich, wenigstens die Perpetuierung des Verdachts zu stoppen und so den Schaden für das Ansehen des Betroffenen zu begrenzen.

In dieser Alternative würde eine derartige vollständige Überordnung des Ehrenschatzes über die Pressefreiheit nach den beschriebenen Maßstäben einen Grundrechtsverstoß bedeuten. Ist der Presse bei ihrer Verdachtsberichterstattung aufgegeben, eine „auf Sensationen ausgehende, bewusst einseitige oder verfälschende Darstellung“ zu vermeiden und „auch die zur Verteidigung des Beschuldigten vorgetragenen Tatsachen und Argumente“

66 Kriele, NJW 1994, 1897, 1902.

67 Molle, ZUM 2010, 331, 332; Hager, in: Mansel (Hrsg.), Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2017, § 823, Rn. C 116; Soehring, in: Soehring/Hoene, Presserecht, 6. Aufl., 2019, Unterlassungsanspruch, Rz. 16.48.

68 BVerfGE 101, 369, 389.

69 BVerfGE 20, 162, 174 ff.; BVerfG, NJW 1997, 2589, 2590; EGMR NJW 2012, 747, 750, Rn. 112, 114; 2012, 1053, 1055, Rn. 12; 2013, 3501, 3502, Rn. 49; Rodenbeck, NJW 2018, 1227, 1230 f.; Lehr, AfP 2007, 7 f.

70 Rodenstock, NJW 2018, 1227, 1228.

zu berücksichtigen,⁷¹ wird man ihr im Ausgangspunkt das Berichten von Verdachtstatsachen, deren Wahrheit noch nicht geklärt ist, daher zugestehen müssen.⁷²

2. Gesichtspunkte der Zuordnungsentscheidung

a) Wegfall des Arguments des Haftungsrisikos

Die Frage kann daher nur sein, ob die Presse in einem der Veröffentlichung nachfolgenden Verfahren, in dem es darum geht, ob sie ihre Behauptungen weiter aufrechterhalten darf oder sie diese künftig zu unterlassen hat, sie deren Wahrheit zu beweisen oder es Sache des Betroffenen zu sein hat, ihre Unwahrheit beweisen zu müssen. Eine Vorwirkung einer solchen Beweislast für die Presse dergestalt, dass diese wegen eines mit dieser Last verbundenen Haftungsrisikos von Verdachtsberichterstattungen nur noch absehen kann („chilling effect“),⁷³ entsteht nicht. Wenn die Anforderungen an eine Verdachtsberichterstattung eingehalten sind,⁷⁴ fällt deren Rechtfertigung durch die Wahrnehmung berechtigter Interessen nämlich nicht rückwirkend weg, wenn sich in einem Prozess die Unwahrheit der Behauptungen herausstellt.⁷⁵ Da im Falle des non liquet in der Frage der Wahrheit der Behauptungen die ursprüngliche Berichterstattung nicht rechtswidrig wird, sondern ebenso weiter als rechtmäßig anzusehen ist,⁷⁶ besteht für die Presse bei einer Verdachtsberichterstattung, die sich an die hierfür entwickelten Regeln der Rechtsprechung hält, durch die Beweislast für die Wahrheit des Behaupteten in einem späteren Prozess kein Haftungsrisiko.⁷⁷ Wenn Verdachtsberichterstattung für die Presse mit dem Risiko verbunden ist, auf Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden, dann hängt das mit den von der Rechtsprechung um des Ehrenschatzes willen dafür statuierten und von der Presse

71 BVerfGE 35, 202, 232; BGH, NJW 2000, 1036, 1037.

72 Scholz/Konrad, AöR 123 (1998), 60, 109.

73 BGHZ 199, 237, 250 ff., Rn. 26; Hoffmann, NJW 1966, 1200, 1202; Grimm, NJW 1995, 1697, 1699; Trute, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. VI, 2011, § 104, Rn. 59.

74 Ob diese im Falle Aiwanger eingehalten wurden, siehe Fn. 108.

75 BVerfGE 61, 1, 8; 90, 1, 15; 90, 241, 254; NJW 1999, 1322, 1324; Molle, ZUM 2010, 331, 334.

76 Höcker/Gronemeyer, AD LEGENDUM 2020, 311, 316.

77 Kübler, Medien, Menschenrechte und Demokratie, 2008, S. 442.

darzulegenden Anforderungen zusammen,⁷⁸ nicht aber hat dies etwas mit der Beweislast für die Wahrheit der berichteten Verdachtstatsachen in einem späteren Verfahren zu tun. Der „chilling effect“ lässt sich schließlich auch nicht mit dem durch die Beweislast gesteigerten Kostenrisiko der Presse in dem nachfolgenden Prozess begründen. Denn wenn die Presse nur den für eine Verdachtsberichterstattung geforderten „Mindestbestand an Beweistatsachen“, nicht aber auch die für den Vollbeweis ihrer Behauptungen nötigen Nachweismittel aufbieten kann, was dem handelnden Presseorgan - wie dies einer auf dem Prinzip der Eigenverantwortung basierenden Privatrechtsordnung gemäß ist - im vorhinein einzuschätzen obliegt, braucht sie diesen Prozess nicht zu führen und kann so das Entstehen dieser Kosten vermeiden.

Lastet man hingegen dem Betroffenen, wie es die gegenwärtige Praxis vorsieht, in dem anschließenden Verfahren die Beweislast für die Unwahrheit der Behauptungen auf, schmälert dies seine Chancen, seine Ehre wiederherzustellen. Dem Betroffenen wird ein negativer Beweis auferlegt, den zu führen oft unmöglich ist.⁷⁹ Die Ehre lässt sich nun aber bereits ohnehin kaum wieder herstellen,⁸⁰ denn nach dem Erfahrungssatz „semper aliquid haeret“⁸¹ bleibt trotz einer späteren Entlastung des Betroffenen immer etwas hängen und ist seine berufliche und persönliche Existenz oftmals unwiederbringlich zerstört.⁸² Der Eintritt dieses Rufschadens ist nun indes Folge der zuerst getroffenen Abwägungsentscheidung, die Schutzpflicht für die Ehre des Betroffenen hinter das Informationsinteresse der Öffentlichkeit bei der initialen Verdachtsberichterstattung zurücktreten zu lassen.⁸³ Da der Betroffene so schon ein Sonderopfer für die Allgemeinheit erbracht hat,⁸⁴ bedarf es zusätz-

78 Dazu BVerfGE 85, 1, 17; BVerfGK 9, 317, 321, Rn. 33 ff.; Beschl. v. 18.3.2020 – 1 BvR 34/17, juris, Rn. 5; AfP 2020, 320, 321, Rn. 16; BGHZ 199, 237, 250 ff., Rn. 26; Soehring, NJW 1994, 2926, 2928.

79 Kriele, NJW 1994, 1897, 1899; Tröndle, FS Odersky, 1996, S. 259, 264; Rodenstock, NJW 2018, 1227, 1229.

80 Zur Irreparabilität von Rufschäden Gounalakis, NJW 2016, 737.

81 Claßen, NJW 2023, 3392, 3394 f.

82 Klass, ZUM 2022, 1, 2 f.

83 Zu der Abwägungsentscheidung kommt die Auslegungsentscheidung der Gerichte hinzu, das Gewicht einer Berichterstattung nach der von ihnen bemessenen Wichtigkeit für die Öffentlichkeit in die Abwägung einzustellen, dazu ablehnend statt aller Lerche, Universitas 1990, S. 670, 672 f.

84 Weber, FS Faller, 1984, S. 433, 457 f., die Ehre wird auf dem „Altar der politischen Diskussion geopfert“, sie wird „sozialisiert“. Der Umstand, dass die Rechtsprechung bei den von besonders belastenden, vom Gemeinwohl motivierten Eingriffen in immaterielle Güter Betroffenen einen Aufopferungsanspruch nur bei den Gütern des Art. 2 Abs. 2 S. 1, 2 GG anerkennt, BGH, NJW 1994, 1468, ändert am Vorliegen eines

licher rechtlicher Begründung,⁸⁵ in einer weiteren Abwägungsentscheidung seine Ehre mit dem Beweisrisiko in einem anschließenden Verfahren ein zweites Mal gegenüber der Pressefreiheit niedriger zu gewichten.⁸⁶

Das Sonderopfer, das dem Betroffenen bereits abverlangt worden ist, ist dabei von Gewicht, denn eine Verdachtsberichterstattung birgt stets das Risiko der Unrichtigkeit in sich. Dieses Risiko ist auch nicht gering, da im Interesse aktueller Berichterstattung „die Anforderungen an die pressemäßige Sorgfalt und die Wahrheitspflicht nicht überspannt und insbesondere nicht so bemessen werden“ dürfen, „dass darunter die Funktion der Meinungsfreiheit leidet“.⁸⁷

b) Wegfall des Arguments der Zwänge der Aktualität

Das Argument dafür, dass nicht nur über erwiesene wahre Tatsachen, sondern auch über einen Verdacht berichtet werden darf, das Verkürztsein der ohnehin begrenzten Mittel der Presse zur Ermittlung der Wahrheit durch den Zwang zu aktueller Berichterstattung,⁸⁸ fällt bei der Frage der Beweislast für die Wahrheit des Berichteten in einem späteren Verfahren weg. Denn im gerichtlichen Verfahren, das der Berichterstattung nachfolgt, geht es nicht um

Sonderopfers bei einem Eingriff in das immaterielle Gut des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nichts; zur Kritik an dieser Rechtsprechung statt aller *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl., 2024, § 28, Rn. 8 mN.

85 *Hesse* (Fn. 61), Rn. 319.

86 Die von der Rechtsprechung kreierte Urteilsvariante eines eingeschränkten Widerrufs, wonach der Sichäußernde den erhobenen Vorwurf nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht aufrechterhalten kann, wenn zwar nicht die Unwahrheit des Vorwurfs positiv feststeht, andererseits aber die Beweisaufnahme für einen objektiven Beurteiler keine ernstlichen Anhaltspunkte für die Richtigkeit des Vorwurfs ergeben hat, RG, JW 1939, 234, 238; BGH, NJW 1960, 672, 673; 1979, 266, 267, ändert nichts an der Beweislast. Es genügt nicht, dass die Wahrheit der Behauptung nicht bewiesen werden kann, sondern es müssen bei objektiver Betrachtung ernstliche Anhaltspunkte für die Wahrheit fehlen, MDR 1970, 579, 580; *Kamps*, in: Götting/Schertz/Seitz (Hrsg.), Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., 2019, § 44, Rn. 60. Zweifel an der Wahrheit oder Unwahrheit der Behauptung gehen auch hier grundsätzlich zu Lasten des Betroffenen, BGHZ 66, 182, 193 ff.; *Gamer/Peifer*, in: Wenzel (Hrsg.), Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl., 2018, Berichtigungsanspruch, Rn. 108; *Kamps*, aaO.

87 BGH, NJW 2000, 1036, 1037; BVerfGE 85, 1, 15; BGHZ 132, 13, 24; Kritik: *Wenzel*, AfP 1980, 195, 197; *Starck*, Ehrenschutz in Deutschland, 1996, S. 61; *Scholz/Konrad*, AöR 123 (1998), 60, 109.

88 Siehe oben sub III 1, V 1.

die initiale Berichterstattung als solche, sondern um das künftige Unterlassen der ehrenrührigen Behauptungen. In diesem Verfahren stünden der Presse alle Beweismittel des Zivilprozesses zur Verfügung, mit denen sich der Beweis der Wahrheit des von ihr Berichteten führen ließe.

c) Bedeutsamkeit des Ehrenschatzes für ein demokratisches Gemeinwesen

Dabei geht es bei der Frage der Zuordnung der Beweislast und damit eines wesentlichen Aspekts des Prozessrisikos im Unterlassungsverfahren nicht nur um das Grundrecht auf Ehre des konkret Betroffenen. Die Wirksamkeit des Schutzes des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes, die hiervon abhängt, besitzt auch eine objektiv-rechtliche Dimension: Ein wirksamer Ehrenschatz ist, nicht anders als eine funktionstüchtige Presse,⁸⁹ ebenso konstituierend für das Gelingen einer freiheitlichen Demokratie.⁹⁰

Das ist lange Zeit übersehen worden. Das Bundesverfassungsgericht hat auf eine Verfassungsbeschwerde der Politikerin Renate Künast gegen eine gerichtliche Entscheidung in ihrem Streit mit dem Netzwerk Facebook hin vor kurzem dargelegt, dass „insbesondere unter den Bedingungen der Verbreitung von Informationen durch ‚soziale Netzwerke‘ im Internet ein wirksamer Schutz der Persönlichkeitsrechte von Amtsträgerinnen und Amtsträgern sowie Politikerinnen und Politikern über die Bedeutung für die jeweils Betroffenen hinaus im öffentlichen Interesse“ liegt, „was das Gewicht dieser Rechte in der Abwägung verstärken kann.“⁹¹ „Denn“, so das Gericht weiter, „eine Bereitschaft zur Mitwirkung in Staat und Gesellschaft kann nur erwartet werden, wenn für diejenigen, die sich engagieren und öffentlich einbringen, ein hinreichender Schutz ihrer Persönlichkeitsrechte gewährleistet ist.“⁹² Es bedarf eines wirksamen Schutzes der Ehre mithin allein schon zum Erhalt der für eine Demokratie nötigen Bereitschaft der Bürger, sich zu engagieren und öffentlich einzubringen.⁹³

Die Bedeutung eines wirksamen Ehrenschatzes greift jedoch darüber hinaus. Er ist nämlich ebenso eine Voraussetzung für die Selbstbestimmung

89 Nachweise in Fn. 39-41.

90 BVerfG, NJW 2022, 680, 683, Rn. 35; bereits *Stern*, FS Hübner, 1984, S. 815, 816 f.; *Kriele*, NJW 1994, 1897 f.; *Isensee*, FS Kriele, 1997, S. 5, 37 f.

91 BVerfG, NJW 2022, 680, 683, Rn. 35.

92 BVerfG, NJW 2022, 680, 683, Rn. 35; zuvor BVerfG, NJW 2020, 2622, 2626, Rn. 32.

93 BVerfG, NJW 2020, 2622, 2626, Rn. 32; NJW 2022, 680, 683, Rn. 35; *Lehr*, AfP 2023, 291, 294 f.

jedes Einzelnen, die nicht weniger eine „elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens ist.“⁹⁴ Denn Selbstbestimmung findet statt „in der Zeit“, so dass das freimütige Gebrauchmachen von grundrechtlicher Freiheit durch die Bürger und damit der Zweck des freiheitlichen Staates überhaupt⁹⁵ in dieser zeitlichen Dimension zu begreifen ist. Wenn nämlich, so das Bundesverfassungsgericht bei seiner Herausbildung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung in seinem Volkszählungsurteil, „Irrtümer und Fehltritte den Betroffenen unbegrenzt vorgehalten und zum Gegenstand öffentlicher Erregung gemacht werden können, beeinträchtigt das nicht nur die individuellen Entfaltungsmöglichkeiten, sondern auch das Gemeinwohl.“⁹⁶ Was das Bundesverfassungsgericht für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als eine der Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts herausgearbeitet hat,⁹⁷ gilt für das allgemeine Persönlichkeitsrecht indes allgemein.⁹⁸ Der Parlamentarische Rat hat denn auch bewusst darauf verzichtet, der Forderung nachzugeben, „dass die Männer des öffentlichen Lebens in Sonderheit und im Interesse des Staates einen bestimmten Schutz gegen Verleumdung erhalten müssten.“⁹⁹ Der Schutz der persönlichen Ehre wurde in Art. 5 Abs. 2 GG vielmehr aufgenommen, weil Verleumdung und falsche Berichterstattung über das private und öffentliche Leben keines Menschen zulässig sein sollten.¹⁰⁰ Alle Menschen, unabhängig davon, ob sie im öffentlichen Leben stehen oder nicht, haben den gleichen Anspruch auf Wahrung ihrer persönlichen Ehre.¹⁰¹ Ein Widerspruch zum Grundrecht der Pressefreiheit erwächst aus einem solch weitgefassten Verständnis des Ehrenschatzes nicht, denn

94 BVerfGE 65, 1, 43.

95 *Isensee*, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 3. Aufl., 2006, § 71, Rn. 159, unter Bezug auf *Spinoza*, Tractatus theologico-politicus, 1670, in: Bartuschat (Hrsg.), Sämtliche Werke, Bd. 3, Ausgabe Felix Meiner, 2012, Kapitel XX, S. 308: „Der Zweck des Staates ist in Wahrheit die Freiheit“.

96 BVerfGE 65, 1, 43.

97 BVerfGE 65, 1, 43.

98 BVerfGE 152, 152, 199, Rn. 108.

99 Abg. Dr. Heuss, in: Deutscher Bundestag und Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Bd. 5/I, Fünfte Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen vom 9.9.1948, 1993, S. 113; im Anschluss *Stern*, FS Hübner, 1984, S. 815, 823.

100 Abg. Dr. Heuss aaO.

101 Abg. Dr. Heuss aaO.

jenes ist nicht um seiner selbst willen geschützt, sondern ebenso um der Freiheit und Würde der Menschen willen.¹⁰²

Das Argument der „konstituierenden Bedeutung für die Demokratie“ streitet damit auf beiden Seiten des Rechtsverhältnisses, eine Verschiebung der Beweislast von der Presse auf den Betroffenen verteilt den „Nutzen“ für die Demokratie lediglich um. Ein Gewinn für das Verfassungsprinzip ergibt sich daraus nicht.

d) Tätigwerden im öffentlichen Interesse und Pflichtenbindung

Umgekehrt wird die Presse durch die Zuordnung der „öffentlichen Aufgabe“,¹⁰³ eine „umfassende Information zu ermöglichen, die Vielfalt der bestehenden Meinungen wiederzugeben und selbst Meinungen zu bilden und zu vertreten“,¹⁰⁴ aus der Wahrnehmung privater wirtschaftlicher Interessen herausgehoben und mit einer höheren Legitimität im öffentlichen Interesse ausgestattet.¹⁰⁵ Nun ist der Begriff der Aufgabe irreführend, denn er impliziert eine Pflicht ihres Trägers, das Aufgegebene zu erfüllen, was der Idee grundrechtlicher Freiheit widerspricht; richtigerweise sollte von einer Funktion der Presse gesprochen werden, der Öffentlichkeit Informationen zur Verfügung zu stellen, auf welche diese für ihre Meinungsbildung angewiesen ist.¹⁰⁶ Jedoch wenn sich die Presse dieser „öffentlichen Aufgabe“ annimmt, dann wird sie in der Tat auch im öffentlichen Interesse tätig. Mit dem Tätigwerden von Privaten im öffentlichen Interesse wird indes herkömmlicherweise ein Grund gesehen, dem Verantwortlichen eine gesteigerte Pflichtenbindung aufzuerlegen,¹⁰⁷ was bei der Verdachtsberichterstattung der Presse sonst genauso auch geschieht, sieht man sich die von der Rechtsprechung für ihre Rechtmäßigkeit postulierten Kriterien an: die Bindung der Verdachtsberichterstattung an ein „aner kennenswertes Informationsbe-

102 *Di Fabio*, in: Gesellschaft für Rechtspolitik (Hrsg.), *Bitburger Gespräche 1999/I*, 2000, S. 159, 164.

103 BVerfGE 20, 162, 175; 60, 234, 240; 66, 116, 132; §§ 3 der Pressegesetze der Länder.

104 BVerfGE 52, 283, 296; 113, 63, 76; BFHE 253, 505, Rn. 51.

105 *Bullinger*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VII, 2009, § 163, Rn. 62.

106 *Cornils*, in: Löffler (Bgr.), *Presserecht*, 6. Auf. 2015, § LPG, Rn. 18 ff., 26; *Degenhart*, in: Kahl/Walther/Waldhoff (Hrsg.), *BK-GG*, 185. Akt. 2017, Art. 5, Rn. 189 f.

107 *Isensee*, FS Kriele, 1997, S. 5, 41; *Bullinger*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VII, 2009, § 163, Rn. 62, 74 ff.

dürfnis“¹⁰⁸ ist eine Anforderung, die der Ausübung grundrechtlicher Freiheit fremd ist, sondern an die sonst allein staatliches Handeln gebunden ist. Die Ausübung grundrechtlicher Freiheit braucht sich nämlich nicht durch die Verfolgung aner kennenswerter Ziele zu rechtfertigen, sondern sie trägt ihre Rechtfertigung in sich selbst.¹⁰⁹

Für die Frage der Beweislast gilt nun für das Verhältnis zwischen Staat und Bürger, dass der Staat von Verfassungen wegen die Voraussetzungen zu beweisen hat, von denen seine Eingriffe in die Rechte der Bürger abhängig sind.¹¹⁰ Setzt der Staat ehrenrührige Tatsachenbehauptungen über einen Bürger in die Welt, ist es an ihm, die Wahrheit seiner Behauptungen zu beweisen.¹¹¹ Dies müsste bei ebensolchen Behauptungen der Presse in gleicher Weise für sie gelten.

108 Nachweise in Fn. 11. In der causa Aiwanger fehlte es an einem aner kennenswerten Informationsbedürfnis, das die Interessen Aiwangers überwogen hätte. Dabei kann dahinstehen, ob sich dies bereits aus dessen jugendlichen Alter sowie zudem aus dem langen Zeitablauf ergab. Zum Zeitpunkt der Geschehnisse war Aiwanger minderjährig und zwar, legt man das Datum des Einsendeschlusses des – auf dem Flugblatt ausgelobten – „Bundeswettbewerbs“, den 1.1.1988, zugrunde, erst 16 und nicht, wie es stets hieß, 17 Jahre alt. Sofern es sich bei dem Flugblatt um eine Straftat gehandelt haben sollte (Verharmlosung des Holocaust), wäre diese nicht nur seit Jahren verjährt (Verjährungsfrist 5 Jahre, § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB), was zu berücksichtigen ist, *Rodenbeck*, NJW 2018, 1227, 1229 f. (Ausnahme bei schweren Sexualdelikten), weitergehend *Claßen*, NJW 2023, 3392, 3397, sondern wäre eine jugendgerichtliche Ahndung aus dem Bundeszentral- bzw. Erziehungsregister seit Jahren getilgt (§§ 46, 59 BZRG), so dass sie Aiwanger nicht mehr vorgehalten werden dürfte (§§ 51, 59 BZRG). Vor allem aber befand sich der damals minderjährige Aiwanger in dem Sonderstatusverhältnis Schule, das einen besonderen Schutzraum für die ihm durch die gesetzliche Schulpflicht zugeordneten Schüler bildet. Die in der Schule über einen Schüler gesammelten Daten genießen besonderen Schutz, Art. 37 ff. BaySchulO, ihre Verwendung durch seinen ehemaligen Lehrer verstieß gegen Art. 38 BaySchulO. An der Publikation von aus einer Schule über einen zur Tatzeit minderjährigen Schüler von einem Lehrer durch Rechtsbruch erlangtem Material besteht nach Ablauf registerrechtlicher Tilgungsfristen kein aner kennenswertes Informationsbedürfnis.

109 Grundrechte stehen jedem Gebrauch offen, ihr Gebrauch muss sich nicht rechtfertigen, *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. IX, 2011, § 190, Rn. 40, 225, 273; *ders.*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. IX, 2011, § 191, Rn. 71 f.

110 *Nierhaus*, *Beweismaß und Beweislast*, 1989, S. 446 ff.

111 VG Düsseldorf, NJW 1982, 2333 f.; *Nierhaus*, *Beweismaß und Beweislast*, 1989, S. 396.

e) Grundrechtliche Schutzpflicht

Wird nun, wie dies von den Gerichten angenommen wird,¹¹² dem Betroffenen die Beweislast für die Unwahrheit des Behaupteten auferlegt, wird die Presse nicht nur von einer ihrer öffentlichen Funktion gemäßen Last befreit. Sie wird vielmehr ebenso von einer Risikoverteilungsregel dispensiert, die verfassungsrechtlich für sie auch als privater Akteur vorgezeichnet wäre. Denn für Eingriffe in das einfachrechtlich geschützte Gut eines anderen ergibt sich aus dem hinter dem Gut stehenden Grundrecht, dass der Angreifer sein Recht zum Eingriff zu beweisen hat.¹¹³ Die Zuordnung der Beweislast für die Wahrheit der ehrenrührigen Behauptungen zum Angreifer folgt aus der Schutzpflicht, die der Staat für das Grundrecht auf Ehre zu erfüllen hat,¹¹⁴ sie verwirklicht den Gedanken des Grundrechtsschutzes im gerichtlichen Verfahren.¹¹⁵ Angreifer ist aber der, der sich geäußert hat, hier also das Organ der Presse.

112 S. die Nachweise in Fn. 25.

113 *Prütting*, in: Baumgärtl/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. I, 5. Aufl., 2023, § 5, Rn. 36; *Stern*, FS Oehler, 1985, S. 473, 482 f.; *Ossenbühl*, JZ 1995, 633, 639; zum Ehreenschutz bereits *Erdsiek*, NJW 1963, 1965, 1966; a.A. *Nolte*, Beleidigungsschutz in der Demokratie, 1992, S. 85; unentschieden *Scholz/Konrad*, AöR 123 (1998), 60, III. Die Kritik an dieser Regel von *Brinkmann*, AfP 2015, 290 ff., überzeugt nicht, denn gäbe es die Regel nicht, wären der Verunglimpfung Tür und Tor geöffnet. Man bräuchte sich lediglich eine Behauptung ausdenken, bei deren Widerlegung der Betroffene nur scheitern kann, *Wenzel*, AfP 1980, 195, 198.

114 *Stern*, FS Oehler 1985, S. 473, 474 ff., 481 ff.; *Ossenbühl*, JZ 1995, 633, 639; zur Beweislast als Frage des Grundrechtsschutzes *Huster*, NJW 1995, 112, 113; *Reinhart*, NJW 1994, 93, 97; Anwendungsfälle des Gedankens des Grundrechtsschutzes im zivilrechtlichen Verfahren bei der Eigentumsgarantie BVerfGE 37, 132, 141, 148; 46, 325, 334 f.; 49, 220, 225; weitere Nachweise bei *Dederer*, in: Kahl/Walther/Waldhoff (Hrsg.), BK-GG, 188. Akt. 2017, Art. 14, Rn. 340 ff.; *Papier/Shirvani*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 83. Lfg., 2018, Art. 14, Rz. 132. Die Aussage, es gebe keine verfassungsrechtlich vorgezeichneten Regeln der Beweislast für den Zivilprozess, so *Leipold*, in: Stein/Jonas (Bgr.), ZPO, 22. Aufl., 2008, § 286, Rn. 74, ist nicht richtig; der Grundrechtsschutz, den das einfache Recht bezweckt, darf durch die Normen der Beweislast nicht beeinträchtigt werden, *Greger*, in: Zöller, ZPO, 35. Aufl., 2024, Vor § 284, Rn. 1; *Huster*, NJW 1995, 112, 113; zum „Quasi-Verfassungsrang“ der Regel des § 186 StGB *Roellecke*, JZ 1980, 701, 703.

115 *Reinhart*, NJW 1994, 93, 98 f.; *Stern*, FS Oehler, 1985, S. 473, 482; zur Unterscheidung von Grundrechtsschutz im Verfahren und durch Verfahren *Schmidt-Aßmann*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 2007, § 109, Rn. 21.

VI. Gewinne der Verlage und Sonderopfer des Betroffenen

Zu sehen ist schließlich ein Letztes. Die Zuordnung einer öffentlichen Aufgabe hebt die Presse zwar über die Wahrnehmung privatwirtschaftlicher Interessen hinaus.¹¹⁶ Die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe ändert jedoch nichts daran, dass die Presse privatwirtschaftlich organisiert und sie so den in der Privatwirtschaft geltenden Rationalitäten unterworfen ist.¹¹⁷ Verdächtigungen, die für die Betroffenen ehrenrührig sind, erregen das Interesse der Öffentlichkeit, so dass es sich für Presseunternehmen kommerziell lohnt, über sie zu berichten. So findet eine Berichterstattung etwa über behauptetes sexuelles Fehlverhalten, wie die bereits erwähnte Berichterstattung über behauptete Verfehlungen des Frontmannes der Musikgruppe „Rammstein“, Till Lindemann, wie vor einigen Jahren die Berichterstattung über behauptete Verfehlungen des Schweizer Wettermoderators Jörg Kachelmann¹¹⁸ oder jüngst über behauptete Verfehlungen des bereits vor einigen Jahren verstorbenen österreichischen Schauspielers Maximilian Schell¹¹⁹ in der Öffentlichkeit große Aufmerksamkeit, was den Verlagen entsprechende Verkaufszahlen (Seitenaufrufe) beschert. Die hierbei von den Verlagen erzielten Gewinne, anstelle sie zu gewichten und in die Abwägung einzustellen,¹²⁰ mit einer Entlastung von dem für die Verbreitung ehrenrühriger Tatsachenbehauptungen üblichen Prozessrisiko zu prämiieren ist nicht einsichtig. Dies gilt zumal wenn man bedenkt, dass dem Betroffenen mit der Pflicht zur Duldung der Verdachtsberichterstattung bereits, wie erwähnt, ein Sonderopfer für die Informationsinteressen der Allgemeinheit abverlangt worden ist.¹²¹

116 Bullinger, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 2009, § 163, Rn. 62.

117 Lerche, Pressefreiheit, in: Kewenig (Hrsg.), Deutsch-Amerikanisches Verfassungssymposium 1976, 1978, S. 67, 81.

118 Zum Fall Kachelmann Höcker/Dierkes/Engel, IPRB 2011, 156 ff.

119 Bild-Zeitung Nr. 227 v. 28.9.2023, S. 1, 4.

120 Zur Notwendigkeit einer Gewichtung kommerzieller Interessen bei der Zubilligung eines immateriellen Schadensersatzanspruchs BGHZ 35, 363, 369 f.; zur verfassungsrechtlichen Pflicht der Gerichte, die für den Fall erheblichen Abwägungsgesichtspunkte zu identifizieren und ausreichend in Rechnung zu stellen, oben Fn. 64.

121 Da der Betroffene verpflichtet ist, dies zu dulden – er hat kein Notwehrrecht, Hager, in: Mansel (Hrsg.), Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2017, § 823, Rn. C 95 –, treffen ihn insoweit auch die „Strahlen“ der Grundrechte und damit eine über die Normen des Privatrechts in der Auslegung der Gerichte vermittelte Bindung an Grundrechte, dazu Müller-Franken, FS Bethge, 2008, S. 223, 235 ff.

Der Begriff des Bildnisses bei Verkörperung durch eine andere Person – Zugleich eine Besprechung der jüngsten Rechtsprechung des BGH zum Recht am eigenen Bild bei Darstellungen realer Vorbilder durch Schauspieler und Auftritten von Doppelgängern/Lookalikes

Christian Schertz

I. Vorbemerkung

Der Bundesgerichtshof hat sich unlängst in zwei Entscheidungen noch einmal mit dem Bildnisbegriff des § 22 Satz 1 KUG beschäftigt. In beiden Fällen ging es um die Frage, ob ein Bildnis einer konkreten Person vorliegt, wenn diese durch eine andere Person verkörpert wird.

Der eine Fall betraf den Weltstar *Tina Turner* im Zusammenhang mit einer werblichen Nutzung des Bildes einer Doppelgängerin der Sängerin auf einem Plakat, welches für das Musical „Die Tina Turner Story“ warb.¹ Zu entscheiden hatte hier der 1. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs, der traditionell für Fragen der kommerziellen Auswertung von Persönlichkeitsrechten zuständig ist. Der Bundesgerichtshof spricht im Zusammenhang mit dieser Fallgruppe betreffend die Befugnis über die Verwertung der eigenen Person selbst zu entscheiden, ausdrücklich von einem „vermögenswerten Ausschließlichkeitsrecht“.² In diesen Fällen geht es also regelmäßig um die Nutzung von Bildnissen zu kommerziellen Zwecken, insbesondere zu Werbezwecken, zu denen auch Merchandisingnutzungen wie etwa der unautorisierte Vertrieb von Fotos, T-Shirts, Aufnähern, Briefpapier etc. mit dem Bild einer bekannten Person zählen.

In den meisten Fällen beschäftigte sich der Bundesgerichtshof bei werblichen Nutzungen mit Bildnissen der konkreten prominenten Person,³ mitunter aber auch von Doppelgängern oder sog. Lookalikes, die bewusst von

1 BGH Urt. v. 24.2.2022 – I ZR 2/21, NJW 2022, 1676 – Tina Turner.

2 Vgl. BGH Urt. v. 14.4.1992 – VI ZR 285/91, AfP 1992, 149 (151) – Joachim Fuchsberger.

3 C. Schertz in: H. Götting/C. Schertz/W. Seitz (Hrsg.), Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., München 2019, § 12 Rn. 59.

der werbetreibenden Wirtschaft für die werbliche Maßnahme eingesetzt wurden, um etwa auch hohe Lizenzgebühren zu vermeiden.⁴ Genau um einen solchen Fall der Abbildung einer Doppelgängerin ging es in der genannten Entscheidung *Tina Turner*. Insofern hatte hier der Bundesgerichtshof zu prüfen, inwiefern die Nutzung eines Bildes einer Doppelgängerin zugleich auch eine Bildnisnutzung der prominenten Person darstellte, ob also der Bildnisbegriff auch dann erfüllt ist, wenn die abgebildete Person nicht die Prominente selbst, sondern personenverschieden ist.

Der Bundesgerichtshof hob darauf ab, dass als Bildnis der dargestellten Person auch eine Darstellung anzusehen ist, bei der „täuschend echte Eindruck erweckt wird, es handele sich um die dargestellte Person selbst, wie dies etwa bei dem Einsatz eines Doppelgängers oder ‚Look-alike‘ oder einer nachgestellten berühmten Szene oder Fotografie der Fall sein kann.“⁵

Es sei aber hierbei nicht von Bedeutung, auf welchen Merkmalen des äußeren Erscheinungsbildes dieser Eindruck beruht. Er müsse sich nicht aus den Gesichtszügen, sondern könne sich auch aus anderen, die betreffende Person kennzeichnenden Einzelheiten ergeben.⁶ Auch die Beifügung des Namens der dargestellten Person könne dazu beitragen. Im konkreten Fall erkannte der Bundesgerichtshof, dass die in Rede stehenden Plakate ein Bildnis der berühmten Künstlerin *Tina Turner* zeigten, obwohl es sich um die Fotografie einer Doppelgängerin handelte. Der Bundesgerichtshof erlaubte indes dort die konkrete Nutzung unter dem Gesichtspunkt des § 23 Abs. 1 Ziff. 4 KUG, da das Plakat für eine Musicaldarbietung geworben hatte.⁷

Bereits einige Monate zuvor hatte der VI. Senat des Bundesgerichtshofs zum Bildnisbegriff im Zusammenhang mit der Darstellung einer realen Person durch einen Schauspieler in einem Film entschieden. Der Fall betraf den Spielfilm „Die Auserwählten“, der sich mit Missbrauchsfällen in der Odenwaldschule beschäftigte.⁸ Dass hier der VI. Senat zuständig war, ergibt sich aus dem Umstand, dass dieser seit jeher über die ideellen Fragen des Persönlichkeitsrechts entscheidet, sich mithin mit dem Schutz vor Indiskretion und Eindringen in die Privatsphäre, dem Schutz vor Unwahrheit, von

4 Vgl. etwa BGH Urt. v. 1.12.1999 – I ZR 226/97, GRUR 2000, 715 – Der blaue Engel.

5 BGH Urt. v. 24.2.2022 – I ZR 2/21 Rn. 13, NJW 2022, 1676 – Tina Turner.

6 BGH Urt. v. 24.2.2022 – I ZR 2/21, NJW 2022, 1676 (1678) Rn. 16 – Tina Turner.

7 Vgl. C. Schertz, Bildnisse die einem höheren Interesse der Kunst dienen – Die Ausnahmegvorschrift des § 23 Abs. 1 Nr. 4 KUG; GRUR 2007, 558.

8 BGH Urt. v. 18.5.2021 – VI ZR 441/19, GRUR 2021, 1222 – Die Auserwählten.

Ehre und Ruf sowie dem Selbstbestimmungsrecht über die Darstellung der eigenen Person in Film, Fernsehen und Medien beschäftigt.⁹

Mit seiner in diesem Urteil getroffenen Feststellung, wonach die „als solche erkennbare bloße Darstellung einer realen Person durch einen Schauspieler in einem Spielfilm“ kein Bildnis im Sinne des § 22 Satz 1 KUG ist, gab der Bundesgerichtshof aber nicht weniger als seine bisherige Rechtsprechung auf und stellte sich auch gegen die bis dahin geltende herrschende Lehre, wonach die §§ 22, 23 KUG auch Fälle erfassen, in welchen eine bestimmte Person in einem Fernsehfilm oder Spielfilm nicht unmittelbar persönlich gezeigt, sondern durch einen Schauspieler verkörpert wird.¹⁰ Entscheidend war nach dieser bisherigen Meinung allein, ob der Betroffene durch Maske, Mimik oder Gestik des Schauspielers äußerlich erkennbar wurde; für die dargestellte Person selbst musste der Schauspieler nicht gehalten werden.¹¹

In der neuen Entscheidung des BGH im Zusammenhang mit dem Film „Die Auserwählten“ fordert dieser nunmehr ein sehr viel engeres Verständnis und schließt sich der bisher im Schrifttum vertretenen Mindermeinung

9 Näheres zu den Fallgruppen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auch: C. Schertz, Merchandising:

Rechtsgrundlagen und Rechtspraxis, München 1997, S. 126 Rn. 304.

10 Vgl. etwa hierzu OLG Koblenz Ur t. v. 24.3.1998 – 4 U 1922/97, AfP 1998, 328; ebenso bereits KG JW 1928, 363 – Piscator; daran anschließend BGH Ur t. v. 15.11.1957 – I ZR 83/56, BGHZ 26, 52 (67) – Sherlock Holmes; OLG Hamburg Ur t. v. 24.10.1974 – 3 U 134/74, NJW 1975, 649 (650) – Aus nichtigem Anlass; v. Gamm, UrhG, München 1968, Einf. Rn. 104; H. Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., Köln 1967, S. 298; C. Schertz GRUR 2007, 558 (560 f.); OLG Koblenz Ur t. v. 5.10.1972 – 9 U 552/72, NJW 1973, 251 (252) – Lebach I; OLG Koblenz Ur t. v. 24.3.1998 – 4 U 1922/97, AfP 1998, 328 – Lebach II; H. Götting in: G. Schricker/U. Loewenheim (Hrsg.), Urheberrecht, 6. Aufl., München 2020, § 22 KUG Rn. 33; C. Schertz, Die Verfilmung tatsächlicher Ereignisse, ZUM 1998, 757 (760). Im Ergebnis auch BGH Ur t. v. 1.12.1999 – I ZR 226/97, GRUR 2000, 715 – Der blaue Engel, wonach es beim Doppelgänger für den Bildnisbegriff des Dargestellten nicht darauf ankommt, ob bei der Bildnisnutzung die abgebildete Person sich in ihren Gesichtszügen von der prominenten dargestellten Person unterscheidet. Entscheidend sei vielmehr allein, dass die abgebildete Person erkennbar das äußere Erscheinungsbild „nachahmt“, da dadurch bereits der Eindruck erweckt würde, es handele sich um die prominente Person, die dargestellt wird. Andere Auffassung OLG München Ur t. v. 14.9.2007 – 18 W 1902/07, AfP 2008, 75 (76) – Baader Meinhof; U. Fuchs/ J. Schäufele, Die Beachtung von Persönlichkeitsrechten bei der Verfilmung wahrer Begebenheiten, AfP 2015, 395 (400); A. Freitag, Die Nachahmung bekannter Persönlichkeiten in der Werbung, GRUR 1994, 345 (346).

11 BGH Ur t. v. 18.5.2021 – VI ZR 441/19, GRUR 2021, 1222 (1224) Rn. 18 – Die Auserwählten.

an, wonach die „bloße Erkennbarkeit der dargestellten Person“ für die Annahme eines Bildnisses im Sinne von § 22 Satz 1 KUG nicht ausreichte, vielmehr die äußere Erscheinung der abgebildeten Person hierfür in einer Art und Weise täuschend echt dargestellt werden muss, dass das Abbild tatsächlich für die abgebildete Person selbst und damit für das Urbild gehalten wird.¹²

Die Folgen dieser Entscheidung für die Praxis im Film- und Fernsehbereich sind erheblich. Da in den allermeisten Fällen der Zuschauer erkennt, dass die prominente Person von einem Schauspieler dargestellt wird, kommt regelmäßig in diesen Fällen das Recht am eigenen Bild des Dargestellten nicht mehr zur Anwendung. Der diesbezügliche Rechtsschutz entfällt.

Was das in der Praxis bedeutet wird an späterer Stelle beschrieben. Jedenfalls geben die aktuellen Gerichtsentscheidungen zum Bildnisbegriff zweier verschiedener Zivilsenate genügend Anlass, sich einmal grundsätzlich mit der Frage des Bildnisbegriffes bei Verkörperung durch eine andere Person zu beschäftigen, die diesbezügliche bisherige Rechtsprechung und Literatur zu benennen, ebenso sich mit der aktuellen, neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs insoweit auch kritisch auseinanderzusetzen. Es kann bereits an dieser Stelle festgestellt werden, dass der Persönlichkeitsschutz insbesondere durch die Entscheidung „Die Auserwählten“ stark eingeschränkt wird und sich zumeist ein Schutz gegen die Darstellung der eigenen Person in einem Film bei Lebenden, erst recht aber auch bei Toten für die Angehörigen über das Recht am eigenen Bild nicht mehr herstellen lässt. Dass das etwa bei True Crime-Formaten, also der Verfilmung von Straftaten zu teilweise unerträglichen Ergebnissen führt, da die Persönlichkeitsrechte des Täters gewährleistet sind, jedoch der Schutz der Opfer nahezu faktisch entfällt, wurde bereits an anderer Stelle beschrieben.¹³ Die Entscheidung des BGH kann auch nicht absehbare Folgen für Darstellungen von konkreten Personen durch Replikanten im Wege künstlicher Intelligenz, etwa in Form von sog. Deepfakes haben.

Ebenso geprüft werden muss, inwiefern sich die neueste Rechtsprechung des VI. Senats zum Bildnisbegriff bei Darstellung durch Schauspieler in Spiel- und Fernsehfilmen in Einklang mit den Feststellung des I. Senats in der aktuellen Tina Turner-Entscheidung bringen lässt, die ausdrücklich auf

¹² Ebenda Rn. 19.

¹³ Vgl. hierzu C. Schertz, True Crime-Formate zum Persönlichkeitsschutz der Opfer, NJW 2023, 3275.

die Entscheidung „Der blaue Engel“ Bezug nimmt, wonach eine Ähnlichkeit des Schauspielers mit der berühmten Person gerade nicht erforderlich ist.¹⁴

II. Der Begriff des Bildnisses

Um zu sinnvollen Ergebnissen zur Frage der Anwendbarkeit des Rechts am eigenen Bild bei Darstellungen durch Schauspieler bzw. Verkörperungen durch Doppelgänger zu gelangen, bedarf es zunächst der kurzen Beschäftigung mit dem Bildnisbegriff an sich.

Ein Bildnis im Sinne von § 22 Satz 1 KUG ist anerkanntermaßen die Darstellung einer oder mehrerer Personen, die die äußere Erscheinung des Abgebildeten in einer für Dritte erkennbaren Weise wiedergibt.¹⁵ Bei einem Bildnis muss es sich nicht um ein Portrait im engeren Sinne handeln. Erfasst sind vielmehr sämtliche Darstellungen von lebenden oder auch toten Personen.¹⁶ Unter den Bildnisschutz fallen Abbildungsformen wie Fotografien, Fotomontagen, Zeichnungen, Gemälde, Karikaturen, aber auch dreidimensionale Darstellungen wie Bronzestatuen, Plastiken und Puppen, die die Gesichtszüge einer realen Person tragen.¹⁷

Die geforderte **Erkennbarkeit** der abgebildeten Person ergibt sich naturgemäß in erster Linie aus den Gesichtszügen des Abgebildeten.¹⁸

Aber auch andere Identifizierungshilfen kommen in Betracht, etwa eine Namensangabe unter einem Bild.¹⁹ Erkennbar ist eine Person auch aufgrund der für sie typischen Figur, Bekleidung, Frisur, Haltung.²⁰ Für die Erkennbarkeit reicht es weiterhin anerkanntermaßen aus, dass der Betroffene von seinem persönlichen Umfeld erkannt wird, also Familienmitgliedern, Kollegen, Nachbarn etc.²¹ Insofern genügt oftmals die im Medienbe-

14 s. hierzu die Feststellungen des BGH im Urte. v. 18.5.2021 – VI ZR 441/19, GRUR 2021, 1222 (1224) Rn. 25 – Die Auserwählten.

15 C. Schertz in: Handbuch des Persönlichkeitsrechts, § 12 Rn. 10 ff.

16 Ebenda.

17 Ebenda; J. Helle, Besondere Persönlichkeitsrechte, S. 98; C. Schertz, Merchandising, S. 130 Rn. 311.

18 Vgl. H. Götting in: G. Schricker/U. Loewenheim, Urheberrecht, § 22 KUG, Rn. 16.

19 C. Schertz in: Handbuch des Persönlichkeitsrechts, § 12 Rn. 12.

20 H. Götting in: G. Schricker/U. Loewenheim, Urheberrecht, § 22 KUG Rn. 16; Wanckel, Foto- und Bildrecht, 6. Aufl. München 2023, Rn. 219.

21 Wanckel, Foto- und Bildrecht, Rn. 219.

reich genutzte Praxis der Pixelung des Gesichtes nicht, da die Person für Eingeweihte erkennbar bleibt.²²

III. Der Bildnisbegriff im Zusammenhang mit Doppelgängern und Darstellungen durch Schauspieler

Während die Frage des Vorliegens eines Bildnisses stets bejaht wurde, wenn es sich bei der Darstellung um die abgebildete Person selbst handelt und sie erkennbar war, bedurfte es immer der eigenständigen Erörterung und Überlegung, inwiefern die Voraussetzung des Bildnisses auch dann gegeben war, wenn die Verkörperung durch eine andere Person erfolgt.

Wie oben bereits dargelegt, bestand über viele Jahre die nahezu einhellige Meinung, dass auch Darstellungen oder Abbildungen von Doppelgängern bzw. Schauspielern in der Rolle prominenter Personen als Bildnisse der von ihm verkörperten Person anzusehen sind.²³ Auch der Verfasser hat regelmäßig diese Rechtsauffassung vertreten.²⁴ Es macht für den Bildnisbegriff im Sinne der Darstellung einer Person keinen Unterschied aus, ob die Person mit Mitteln der bildenden Kunst und Fotografie oder durch Zusammenwirken von Maske, Mimik und Gestik dargestellt wird.²⁵

Wichtigstes Kriterium für das Vorliegen eines Bildnisses ist anerkanntermaßen die **Erkennbarkeit**. Diese ist aber auch in den beschriebenen Fällen der Darstellungen durch Schauspieler, aber auch Doppelgänger, gegeben, da der Zuschauer in diesen Verkörperungen regelmäßig das prominente Vorbild erkennt und im wahrsten Sinne des Wortes „sieht“. Dessen äußere Erscheinung - und nicht die eigene - wird durch das Double wiedergegeben. Entscheidend ist für die Erkennbarkeit allein, ob der Betroffene durch Maske, Mimik oder Gestik des Schauspielers etwa äußerlich erkennbar wird. Nicht erforderlich ist es nach hiesiger Auffassung, dass der Schauspieler oder Doppelgänger für die dargestellte Person selbst gehalten wird. Dem steht auch nicht entgegen, dass der Bildnisschutz auch für den Schauspieler bestehen bleiben kann, etwa wenn eine konkrete Filmszene mit

22 Wanckel, Foto- und Bildrecht, Rn. 220.

23 Vgl. s. oben Fn. 8; C. Schertz in: Handbuch Persönlichkeitsrecht, § 12 Rn. 11.

24 s. bereits C. Schertz, Merchandising, S 131 Rn. 312; C. Schertz ZUM 1998, 760; C. Schertz GRUR 2007, 558 (560 ff.); C. Schertz in: Handbuch Persönlichkeitsrecht, § 12 Rn. 11.

25 Vgl. C. Schertz in: Handbuch Persönlichkeitsrecht, § 12 Rn. 11.

dem Schauspieler für eine Werbung bewusst mit seiner Prominenz ohne seine Zustimmung genutzt wird.²⁶ Es ist kein Grund ersichtlich, wieso bei der Verkörperung einer prominenten Person durch ein Double der Bildnisschutz nach § 22 KUG nicht für beide bestehen kann.²⁷

Zu Recht wird in der Lehre darauf hingewiesen, dass auch Fotos von Modellen, mit denen Einzelpersonen gedoubelt oder nachgestellt werden, den Begriff des Bildnisses erfüllen können. So stellt *Götting* fest, dass die bei Werbeagenturen beliebte Methode, das Bildnis einer berühmten Person nur scheinbar zu verwenden, gleichwohl in deren Recht am eigenen Bild eingreift.²⁸

Eine Firma, die mit dem Bildnis von einem Double eines Stars werbe, profitiere nicht vom Bildnis des Doubles, sondern vom **Image** der dargestellten bekannten Person.²⁹ Das Gleiche gelte für einen Schauspieler, der in täuschend ähnlicher Maske und Garderobe einen bekannten Sänger parodierte. In dem Auftritt eines Prominentendoubles in einem Werbefilm ohne Zustimmung liege eine Verletzung des Rechts am eigenen Bild, die einer unbefugten Verwendung eines „echten“ Bildnisses für Werbezwecke gleichstehe.³⁰ Dabei sei nicht erforderlich, dass die Gesamtheit oder der überwiegende Teil der angesprochenen Verkehrskreise irregeführt werde.³¹

Die Gegner dieses Verständnisses des Bildnisbegriffs trugen hauptsächlich vor, dass der Rückgriff auf den Bildnisschutz in diesen Fällen aus einer Zeit fehlenden allgemeinen Persönlichkeitsschutzes stammt, wofür aufgrund dessen nunmehriger Existenz aktuell keine Notwendigkeit mehr bestehe.³²

26 Vgl. BGH Urt. v. 17.11.1960 – I ZR 87/59, GRUR 1961, 138 – Familie Schölermann.

27 Anders BGH Urt. v. 18.5.2021 – I ZR 441/19, GRUR 2021, 1222 (1224) Rn. 23 – Die Auserwählten.

28 Vgl. H. *Götting* in: Urheberrecht, § 22 KUG Rn. 20 unter Verweis auf BGH Urt. v. 1.12.1999 – I ZR 226/97, GRUR 2000, 715 – Der blaue Engel; LG Düsseldorf Urt. v. 29.8.2001 – 12 O 566/00, AfP 2002, 64 – Franz Beckenbauer.

29 Vgl. H. *Götting* in: Urheberrecht, § 22 KUG Rn. 20.

30 Ebenda.

31 Ebenda.

32 *Pietzko*, Die Werbung mit dem Doppelgänger eines Prominenten, AfP 1988, 209 (214); *A. Freitag*, Die Nachahmung bekannter Persönlichkeiten in der Werbung, GRUR 1994, 345 (346); im Ergebnis auch *J. Helle*, Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht, Tübingen 1991, S. 53.

Diesen Rechtsgedanken greift der Bundesgerichtshof in seiner neuen Entscheidung „Die Auserwählten“ auf und stellt fest, dass ein Erstrecken des Bildnisschutzes aus § 22 Satz 1 KUG auf die erkennbar nur dargestellte Person seit der Entwicklung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auch nicht mehr zur Schließung einer Schutzlücke geboten ist.³³

IV. Übersicht über die bisherige Rechtsprechung zum Bildnisbegriff bei Doppelgängern und Darstellungen durch Schauspieler

Um die beiden neuen BGH-Entscheidungen zu einer Doppelgängerin in einer Werbung bzw. Darstellung einer realen Person durch einen Schauspieler in einem Spielfilm und insbesondere deren Bedeutung und Folgen für die Praxis richtig einordnen zu können, lohnt sich ein Blick auf die Rechtsprechung zu diesen Fällen in den letzten Jahrzehnten. Da sich die BGH-Entscheidung des I. Senats mit der werblichen Nutzung des Bildes einer Doppelgängerin beschäftigt und die Entscheidung des VI. Senats mit einer Darstellung einer realen Person durch einen Schauspieler, soll auch im Folgenden zwischen den werblichen Nutzungen von Lookalikes und den Darstellungen durch Schauspieler im Film unterschieden werden.

1. Werbung mit Doppelgängern/Lookalikes

Das OLG Karlsruhe hatte sich 1994 mit einem Fall zu beschäftigen, in welchem ein Double des damals bekannten deutschen Sängers *Ivan Rebroff* in einem Werbespot auftrat, in dem für das Produkt „Kalinka Kefir“ geworben wurde. Der Spot wurde zwischen Herbst 1990 und Sommer 1992 im Rahmen der Werbekampagne „Alles Müller oder was?“ mehrfach bundesweit im Fernsehen ausgestrahlt. Das Gericht entschied, dass in dem Auftritt des Prominentendoubles eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Betroffenen liegt, die einer „unbefugten Verwendung eines ‚echten‘ Bildes für Werbezwecke gleichsteht“.³⁴

Die bisher wichtigste Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs zur Nutzung von Doppelgängern in der Werbung war die Entscheidung

33 BGH Urt. v. 18.5.2021 – VI ZR 441/19, GRUR 2021, 1222 (1224) Rn. 23 – Die Auserwählten.

34 OLG Karlsruhe Urt. v. 4.11.1994 – 14 U 125/93, AfP 1996, 282.

„Der blaue Engel“³⁵. In diesem Fall ging es um eine Zeitungsanzeige für ein Fotokopiergerät unter Verwendung einer Fotografie einer nachgestellten Szene aus dem 1930 gedrehten Film „Der blaue Engel“, in dem *Marlene Dietrich* die Hauptdarstellerin war. In der, wie der BGH schreibt, „weit-hin bekannten Originalszene“ wurde *Marlene Dietrich* in der Rolle einer Barsängerin „in aufreißender Pose sitzend – das rechte Bein nach oben gezogen und abgewinkelt“ gezeigt, während sie das Lied ‚Ich bin von Kopf bis Fuß auf Liebe eingestellt‘ singt“. Das Werbefoto stellte genau diese Szene mit einer ähnlich gekleideten Person nach und verwendete hierbei die Werbeschlagzeile „Vom blauen Engel schwärmen genügt uns nicht“.

Der BGH stellte fest, dass die dortige Beklagte durch die konkrete Nutzung der Fotografie der nachgestellten Szene aus dem Film „Der blaue Engel“ ohne die erforderliche Einwilligung die vermögenswerten Bestandteile des Rechts von *Marlene Dietrich* am eigenen Bild verletzt hatte. –Für die hier behandelte Thematik sind die Ausführungen zum Bildnisbegriff relevant. Wörtlich heißt es hierzu:

„Die Abbildung des Doppelgängers einer berühmten Person ist als Bildnis der berühmten Person anzusehen, wenn der Eindruck erweckt wird, bei dem Doppelgänger handle es sich um die berühmte Person selbst... Dabei ist nicht von Bedeutung, auf welchen Merkmalen das äußere Erscheinungsbild oder die Erkennbarkeit beruht. Diese muss sich nicht aus den Gesichtszügen, sondern könnte sich auch aus anderen, die betreffende Person kennzeichnenden Einzelheiten ergeben... Entgegen der Ansicht der Beklagten, kommt es daher nicht darauf an, ob sich die auf dem Werbefoto abgebildete Person in ihren Gesichtszügen von *Marlene Dietrich* unterscheidet und ob die Szene nicht die Person *Marlene Dietrichs*, sondern den Film „Der blaue Engel“ symbolisieren soll. Entscheidend ist, dass die abgebildete Person erkennbar das äußere Erscheinungsbild *Marlene Dietrichs* in der von ihr in dem Film „Der blaue Engel“ gespielten Rolle nachahmt. Denn damit wird der Eindruck erweckt, es handle sich um eine Abbildung *Marlene Dietrichs* in dieser Rolle.“³⁶

Dass es auf die **Ähnlichkeit** der von dem Double verkörperten Person **nicht ankommt**, entschied in Folge auch das OLG Köln im Fall des Einsatzes eines Doppelgängers von *Günther Jauch* im Zusammenhang mit

35 BGH Urt. v. 1.12.1999 – I ZR 226/97; NJW 2000, 2201 – Der blaue Engel.

36 BGH Urt. v. 1.12.1999 – I ZR 226/97, NJW 2000, 2201 (2202) – Der blaue Engel.

einer Werbung für ein Möbelhaus.³⁷ In diesem Fall trat ein Schauspieler als Moderator auf, der *Günther Jauch* grundsätzlich nicht ähnlich sah, aber wie dieser kurze braune Haare hatte, eine Brille trug und mit einem Anzug mit Krawatte gekleidet war. Zudem wurde sein Auftritt in einer Quizshow gezeigt, die nach dem Vorbild der Sendung „Wer wird Millionär?“ gestaltet war.

Das OLG Köln führte hierzu aus, dass ein Bildnis eines Prominenten auch dann vorliegen kann, wenn durch einen „Doppelgänger“ der Eindruck erweckt wird, dass es sich um die Person des Prominenten selbst handelt. Unter Anwendung der Grundsätze der soeben zitierten Entscheidung „Der blaue Engel“ sei in dem konkreten Fall das Vorliegen eines Bildnisses des Klägers zu bejahen. Zwar sei zu konstatieren, dass der Schauspieler dem Kläger nicht im Sinne eines Doubles ähnlich sehe. Auch sei es richtig, dass die Kleidung „Anzug und Krawatte“ allein nicht auf den Kläger hindeute, ebenso wenig das Tragen einer Brille. Der Schauspieler benutze zwar ebenfalls wie der Kläger eine lebhaftere Mimik, konkrete Übereinstimmung zu bestimmten, für den Kläger typischen Gesichtsausdrücken würden jedoch fehlen.

Die von der Beklagten im dortigen Fall zu verantwortenden Werbefilme würden jedoch zahlreiche erkennbar aus dem Showformat „Wer wird Millionär?“ stammende Elemente übernehmen. Diese für die Beurteilung der Erkennbarkeit mit zu berücksichtigenden Elemente führten zusammen mit einem Moderator, der dem Kläger zwar nicht ähnlich sehe, von diesem aber auch nicht deutlich und bewusst verschieden sei, aufgrund des hohen Bekanntheits- und Beliebtheitsgrades des Klägers als langjähriger und einziger Moderator der Sendung „Wer wird Millionär?“ zu einer **Verdichtung dieser zusammenspielenden Faktoren** zu einem Bildnis des Klägers selbst, die über eine bloße Assoziation hinausgehe.³⁸

Beide Entscheidungen hatten sich also mit Fällen zu beschäftigen, in welchen eine Ähnlichkeit von Gesichtszügen gerade nicht gegeben war, vielmehr die Umstände des konkreten Einsatzes des Doubles in der Werbung im Ergebnis die Voraussetzungen des Bildnisbegriffes erfüllten.

Festzuhalten ist damit aber auch, dass nach dieser Auffassung und den insoweit klaren Feststellungen des BGH die äußere Erscheinung der darge-

37 OLG Köln Urt. v. 6.3.2014 – 15 U 133/13, AfP 2015, 347.

38 OLG Köln Urt. v. 6.3.2014 – 15 U 133/13, AfP 2015, 347 (348).

stellten Person diese nicht täuschend echt wiedergeben muss, sondern auch theoretisch andere Gesichtszüge haben kann.³⁹

Ähnlich entschied auch das LG Düsseldorf im Fall eines Werbefilms mit einem Doppelgänger von *Franz Beckenbauer* für den Mobilfunkdienstleister E-Plus. Der Auftritt des in seinem Erscheinungsbild dem Kläger ähnelnden Doppelgängers in dem beanstandeten Werbespot verletze das Recht des Klägers am eigenen Bild.⁴⁰ Im vorliegenden Fall erinnere der Schauspieler stark an den Kläger. Zwar werde sein Gesicht in dem beanstandeten Werbespot nicht deutlich in vollständiger Frontansicht gezeigt. Aber auch die dargestellten Rücken- und Seitenansichten seien für sich gesehen aufgrund der für den Kläger typischen Frisur, Brille und Kleidung ausreichend charakteristisch. Dabei komme es nicht darauf an, ob der den Kläger darstellende Schauspieler bei genauer Betrachtung in der Frontansicht anders aussehe, da dieser in dem Spot nicht gezeigt werde. Es sei zwar vorliegend davon auszugehen, dass ein größerer Teil der Betrachter des streitgegenständlichen Werbespots erkenne, dass es sich um einen Doppelgänger und nicht um den Kläger selbst handle. Es sei aber in Anlehnung an die zu § 3 UWG anerkannten Grundsätze zur **Irreführungsgefahr** als ausreichend anzusehen, wenn ein nicht unbeachtlicher Teil des angesprochenen Publikums irreführt werde und glaube, es handle sich tatsächlich um den Kläger.⁴¹

Es kann also zusammengefasst festgestellt werden, dass es in den Fällen der werblichen Nutzung von Doppelgängern auf identische oder auch nur ähnliche Gesichtszüge nach Auffassung der Gerichte nicht ankommt, sondern im Ergebnis darauf, dass der Verkehr in dem konkreten Auftritt eine **Darstellung des prominenten Vorbilds** sieht und möglicherweise ein nicht unerheblicher Teil auch davon ausgeht, dass es sich tatsächlich um den Prominenten handelt.

39 Anders *U.Fuchs/J. Schäufele*, Die Beachtung von Persönlichkeitsrechten bei der Verfilmung wahrer Begebenheiten, AfP 2015, 395 – die für den Bildnisbegriff bei Darstellungen durch Schauspieler eine täuschende Ähnlichkeit verlangen.

40 LG Düsseldorf Urt. v. 29.8.2001 – 12 O 556/00, AfP 2002, 64 (65).

41 LG Düsseldorf Urt. v. 29.8.2001 – 12 O 556/00, AfP 2002, 64 (65).

2. Darstellung durch einen Schauspieler im Spielfilm

Bereits 1957 stellte der Bundesgerichtshof in der Entscheidung *Sherlock Holmes* im Zusammenhang mit einem Spielfilm nahezu apodiktisch fest, dass die Vorschriften des Rechts am eigenen Bild auch dann Anwendung finden, wenn bestimmte Personen in einem Film maskenmäßig dargestellt werden.⁴² Er verwies dabei u.a. auch auf die Entscheidung des Kammergerichts aus dem Jahre 1928 zum Fall *Piscator*.⁴³

Im sog. *Lebach-Fall*, der seinerseits Rechtsgeschichte geschrieben hat, ging es um das Dokumentarspiel „*Der Soldatenmord von Lebach*“, der ein im Jahr 1969 geschehenes reales Verbrechen in einer Spielhandlung schilderte. Einer der Täter klagte gegen die Darstellung. Das OLG Koblenz erkannte in Fortführung der beschriebenen Rechtsprechung und im Einklang mit der damals herrschenden Meinung, dass das dem dortigen Antragsteller zustehende Recht am eigenen Bild sich nicht ausschließlich auf Bildnisse seiner Person erstrecke. Es beziehe sich vielmehr auch auf die Darstellung seiner Person durch einen Schauspieler im Rahmen eines Theaterstücks, eines Films oder Fernsehspiels.⁴⁴ Mit Urteil vom 5.6.1973 bestätigte das Bundesverfassungsgericht die Grundauffassung des Oberlandesgerichts⁴⁵ und insbesondere die Anwendung des Rechts am eigenen Bild und die Bejahung des Bildnisbegriffs bei Verkörperung durch Schauspieler und führte hierzu konkret aus:

„Zu den allgemeinen Gesetzen des Art. 5 Abs. 2 gehören auch die den angefochtenen Entscheidungen zugrundeliegenden Vorschriften der §§ 22, 23 KUG... Diese Rechtsvorschriften, die sich nach ihrem Wortlaut und ursprünglichen Sinn nur auf das Recht am eigenen Bild bezogen, sind seit langem in Rechtsprechung und Schrifttum dahin ausgelegt worden, dass sie sowohl für die Abbildung mit und ohne Namensnennung sowie für die Darstellung einer Person durch einen Schauspieler auf der Bühne, in Film und Fernsehen gelten... Das Gesamtverständnis der Vorschriften hat sich seit Inkrafttreten des GG dahin gewandelt, dass das Recht am eigenen Bild als ein Ausschnitt, eine besondere Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts angesehen wird, das aus Art. 1 und 2 GG entwickelt worden ist... Diese Vorschriften sind verfassungsrechtlich nicht

42 Vgl. BGH Urt. v. 15.11.1957 – I ZR 83/55, BGHZ 26, 52 – *Sherlock Holmes*.

43 KG JW 1928, 363 (368) – *Piscator*.

44 OLG Koblenz Urt. v. 5.10.1972 – 9 U 552/72, AfP 1972, 328 (330) – *Lebach I*.

45 BVerfG Urt. v. 5.6.1973 – 1 BvR 536/72, AfP 1973, 423.

zu beanstanden; ihre relativ flexible Gestaltung bietet ausreichenden Raum für eine der Verfassung entsprechenden Anwendung. Wie die Praxis zeigt, ist es möglich, bei der § 23 KUG gebotenen Interessenabwägung die Ausstrahlungswirkung der einschlägigen Grundrechte hinreichend Rechnung zu tragen.“⁴⁶

Dieses als Lebach-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in die Rechtsgeschichte eingegangene Urteil schloss sich also der Auffassung an, dass Darstellungen durch Schauspieler im Film das Bildnis des Dargestellten verletzen können und erklärte auch noch einmal ausdrücklich, dass diese Anwendung des § 22 KUG auf Spielfilme verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei.

Auch das OLG Hamburg beschäftigte sich 1974 mit der Darstellung eines Verbrechens. Das Opfer der Tat wehrte sich gegen seine Darstellung im Film. Das OLG wandte auch hier § 22 KUG als einschlägige Norm an und stellt in diesem Zusammenhang auch unter Bezugnahme auf die Lebach Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fest, dass das durch § 22 KUG geschützte Recht am eigenen Bild nicht nur die Abbildung einer Person im eigentlichen Sinne, sondern auch die Darstellung einer Person durch einen Schauspieler auf der Bühne, im Film oder im Fernsehen umfasst.⁴⁷ In dem konkreten Fall bejahte das Gericht auch den Unterlassungsanspruch und konstatierte, dass das Opfer eines Mordversuchs grundsätzlich Anspruch darauf hat, dass das an ihm begangene Verbrechen nach Abschluss des gerichtlichen Verfahrens und der Berichterstattung in der Presse nicht auch noch zum Gegenstand eines Fernsehfilms gemacht wird.⁴⁸

Ebenso untersagte das OLG Koblenz unter Bezugnahme auf das Recht am eigenen Bild die Ausstrahlung eines Fernsehfilms, der sich erneut mit dem Soldatenmord von Lebach beschäftigte.⁴⁹ So erfassten die §§ 22, 23 KUG nach „einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum auch“ den Fall, dass eine bestimmte Person in einem Fernsehfilm nicht unmittelbar persönlich gezeigt, sondern durch einen Schauspieler dargestellt werde.⁵⁰

46 BVerfG Ur. v. 5.6.1973 – 1 BvR 536/72, AfP 1973, 423 (427).

47 OLG Hamburg Ur. v. 24.10.1974 – 3 U 134/74, NJW 1975, 649 (650) – Aus nichtigem Anlass.

48 Ebenda.

49 OLG Koblenz Ur. v. 24.3.1998 – 4 U 1922/97, AfP 1998, 328.

50 Ebenda.

Mit diesem Verbot, den Fernsehfilm auszustrahlen, musste sich sodann erneut das Bundesverfassungsgericht beschäftigen. Anders als in dem ursprünglichen Dokumentarspiel handelt es sich bei dem neuen Fernsehfilm und die Darstellung der Tat in fiktionalisierter Form. Das Bundesverfassungsgericht stellt im Tatbestand gleich zu Anfang fest:

„Die Täter haben fiktive Namen. Ihr Bild wird nicht gezeigt.“⁵¹

Es begründet die abweichende Entscheidung in Bezug auf die neue Darstellung der Tat und der Täter sodann wie folgt:

„Im Lebach-Fall ergab sich die besondere Schwere der Beeinträchtigung der Person daraus, dass die Fernsehberichterstattung über eine aufsehenerregende Straftat in Form eines Dokumentarspiels unter Namensnennung und Abbildung des Täters vorgesehen war... Im vorliegenden Fall lässt sich allerdings nicht feststellen, dass eine ‚den Täter identifizierende Sendung‘ geplant ist, von der die befürchteten negativen Auswirkungen ausgehen könnten. Das OLG Koblenz hat zwar... festgestellt, dass der Kläger durch die Sat1-Sendung identifizierbar sei. Es hat eine Identifikationsmöglichkeit aber ausdrücklich nur in Bezug auf Personen bejaht, denen der Kläger ohnehin schon als Tatbeteiligter bekannt ist. Hinsichtlich dieser Personen führt der Film indes nicht zu einer ‚erheblichen Beeinträchtigung‘ der Persönlichkeitsbelange... Auch die Resozialisierung des Klägers erscheint durch die Ausstrahlung des Films nicht gefährdet, weil der Film nach den Feststellungen der Zivilgerichte Personen, die den Kläger nicht als Täter kennen, keine Identifizierungsmöglichkeit gibt.“⁵²

Insofern lag der Fall anders als in dem ursprünglichen Lebach-Fall, da der Produzent des neuen Films offenbar alles dafür getan hatte, dass eine Identifizierung des Täters durch die Darstellung im Film nicht möglich war. Hierauf nahm das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich Bezug und gelangte so dann nur noch zu einer Abwägung zwischen der Rundfunkfreiheit und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht.

Gleich mehrfach hatten sich die Gerichte mit Darstellungen von Opfern im Zusammenhang mit dem Film „Der Baader Meinhof Komplex“ zu beschäftigen. Das KG und das OLG München hatten über die kurzen Szenen zu entscheiden, die die Töchter von *Ulrike Meinhof* als Kinder

51 BVerfG Ur. v. 25.11.1999 – 1 BvR 348/98, NJW 2000, 1859 – Lebach II.

52 BVerfG Ur. v. 25.11.1999 – 1 BvR 348/98, NJW 2000, 1859 (1860).

zeigten. Beide Gerichte gelangten aufgrund der konkreten Darstellung im Film indes zu der Erkenntnis, dass ein Bildnis der dortigen Klägerin und ihrer Schwester nicht gegeben sei. Für die Klägerin und deren Schwester typische, sie identifizierende äußeren Merkmale würden in der konkreten Filmszene nicht abgebildet, nachgeahmt oder nachgestellt. Die Klägerin werde schließlich durch die filmische Darstellung auch nicht in Maske, Bewegung oder Sprechweise imitiert.⁵³

Das KG hob darauf ab, dass nicht nur die Haarfarbe der Schauspielerin unterschiedlich zu den realen Schwestern als Kinder sei, sondern auch im Übrigen keinerlei Ähnlichkeit festzustellen sei. Vielmehr werde lediglich die Assoziation hervorgerufen, dass es sich um die Töchter von *Ulrike Meinhof* handele. Eine bloße Assoziation reiche indes nicht aus, um den Begriff des Bildnisses im Sinne des KUG auszufüllen.⁵⁴

Entsprechend entschied das LG Köln in Bezug auf eine Szene, die in einer kurzen Sequenz die Ehefrau eines Opfers der RAF im Moment der Ermordung zeigte. Das Gericht hob darauf ab, dass der Regelungsbereich des Bildnisschutzes nach § 22 KUG dann nicht eröffnet ist, wenn eine Person durch einen Schauspieler nicht erkennbar in ihren wirklichen, dem Leben entsprechenden äußeren Erscheinungen wiedergegeben wird und ihre Identifizierung lediglich auf der Ähnlichkeit der Handlung und der Ereignisse beruht. Typische, die dortige Klägerin identifizierende äußere Merkmale seien nicht abgebildet oder nachgestellt worden. Auch sei nicht erkennbar, dass die filmische Darstellung die Ehefrau in Maske, Bewegung und Sprechweise imitiere oder zeige.⁵⁵

Dass alle drei Gerichte im Zusammenhang mit den Darstellungen von realen Vorbildern im Film „Der Baader Meinhof Komplex“ den Bildnisbegriff verneinten, hatte also im Wesentlichen damit zu tun, dass eine Ähnlichkeit mit dem Vorbild nicht festzustellen war und sich die Identifizierbarkeit der Person überhaupt nur aus einer **Assoziation aufgrund der Spielhandlung** ergab.

V. Die BGH Entscheidungen Tina Turner und „Die Auserwählten“

Kurz hintereinander hatte sich dann der Bundesgerichtshof in jüngster Zeit, wie eingangs bereits dargestellt, erneut mit dem Bildnisbegriff im

53 OLG München Urt. v. 14.9.2007 – 18 W 1902/07, AfP 2008, 75 (76).

54 KG Beschl. v. 23.10.2008 – 10 U 140/08, ZUM-RD 2009, 181.

55 LG Köln Urt. v. 9.1.2009 – 28 O 765/08, NJW-RR 2009, 623 (627).

Falle der Verkörperung eines Menschen durch eine andere Person zu beschäftigen. Im Folgenden gilt es insofern herauszuarbeiten, welche Feststellungen der BGH zu den aufgeworfenen Rechtsfragen in diesen jüngsten Entscheidungen getroffen hat, inwiefern diese eine Kontinuität bzw. Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung, aber auch der herrschenden Meinung darstellen und welche Folgen die Entscheidungen für die Medienpraxis in der Zukunft haben werden und haben könnten.

1. Tina Turner

Im Fall Tina Turner hatte die Sängerin gegen die Produzentin der Show „Simply the Best – Die Tina Turner Story“, ein Musical, das ohne Beteiligung und Zustimmung von *Tina Turner* aufgeführt wurde, geklagt. Die Produzentin des Musicals warb hierfür mit Plakaten, auf denen eine Doppelgängerin abgebildet war und der Name in der Aufschrift „Die Tina Turner Story“ verwendet wurde. Der Bundesgerichtshof erkannte darauf, dass die in Rede stehenden Plakate ein Bildnis der Klägerin zeigten. Unter Bezugnahme auf die BGH-Entscheidung „Der blaue Engel“ aus dem Jahr 1999 stellte der BGH noch einmal darauf ab, dass als Bildnis der dargestellten Person eine solche Darstellung anzusehen ist, bei der der Eindruck erweckt wird, dass es sich um die dargestellte Person selbst handelt. Es sei indes nicht von Bedeutung, auf welchen Merkmalen des äußeren Erscheinungsbildes dieser Eindruck beruhe. Es müsse sich nicht aus den Gesichtszügen ergeben.⁵⁶

Auch andere, die betreffende Person kennzeichnenden Einzelheiten könnten diesen Eindruck vermitteln, ebenso die Beifügung des Namens. Der BGH bestätigte damit die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts, dass die auf den Plakaten abgebildete Hauptdarstellerin der Show schon aufgrund ihrer Frisur sowie der von ihr eingenommenen Posen stark an die Klägerin erinnere in der Zeit, als sie noch selbst Bühnenauftritte durchgeführt habe.⁵⁷

Im Ergebnis blieb der Bundesgerichtshof bei seiner Linie im Zusammenhang mit dem Einsatz von Lookalikes-Doppelgängern in der Werbung und bejahte die Anwendung des § 22 KUG im konkreten Fall.

56 BGH Urt. v. 24.2.2022 – I ZR 2/21 Rn.13, NJW 2022, 1676 (1678) Rn.16 – Tina Turner.

57 Ebenda Rn.18.

Dass die Anwendung des § 22 KUG zu keiner über das allgemeine Persönlichkeitsrecht hinausgehenden Beschränkungen der Kunstfreiheit führt, ergibt sich, wie der konkrete Fall Tina Turner zeigt, aus den §§ 23 Abs. 1 Ziff. 4 KUG, wonach die Verbreitung eines Bildnisses ohne die Einwilligung des oder der Betroffenen zulässig ist, wenn sie einem höheren Interesse der Kunst dient. So erkannte der Bundesgerichtshof im vorliegenden Fall, da das Plakat für eine Musicalaufführung warb, die der Kunstfreiheit unterlag.⁵⁸ Auch die Werbung für ein Kunstwerk genieße ebenso wie das Kunstwerk selbst den Schutz der Kunstfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG in ihrem sog. Wirkungsbereich.

2. „Die Auserwählten“

Anders als in der Tina Turner-Entscheidung sah der VI. Zivilsenat in der Darstellung einer realen Person durch einen Schauspieler kein Bildnis im Sinne von § 22 Satz 1 KUG. Der Kläger wehrte sich gegen die Darstellung seiner Person als Teenager in dem Film, zumal er selbst auch Missbrauchsoffer war. Die tatsächliche Anmutung des Schauspielers war in Frisur, Maske und Kostüm eindeutig an das reale Vorbild, konkret seindamaliges Aussehen als Punk, angelehnt.

Der Bundesgerichtshof verwies zwar in seiner Entscheidung darauf, dass nach der älteren Rechtsprechung und dem sich anschließenden Schrifttum das in § 22 Satz 1 KUG gewährleistete Recht am eigenen Bild nicht nur die Abbildung einer Person im eigentlichen Sinne, sondern auch die als solche erkennbare Darstellung einer Person durch einen Schauspieler auf der Bühne, in Film und Fernsehen umfasse.⁵⁹ Überraschenderweise gab der Senat aber die bisherige Rechtsprechung des BGH auf und schloss sich der bis dato geltenden Minderansicht in der Literatur an, wonach in einem solchen Fall der Darstellung durch einen Schauspieler die bloße Erkennbarkeit der dargestellten Person für die Annahme eines Bildnisses nicht ausreicht.⁶⁰ Nach dieser Auffassung muss die äußere Erscheinung der abgebildeten Person hierfür viel mehr in einer Art und Weise **täuschend echt** dargestellt werden, dass das Abbild tatsächlich für die abgebildete Person selbst und damit für das Urbild gehalten wird.

58 Ebenda Rn. 47.

59 BGH Urt. v. 18.5.2021 – VI ZR 441/19, GRUR 2021, 1222 (1223) Rn. 18 – Die Auserwählten.

60 Ebenda Rn. 19.

Der Senat begründet diese Neuausrichtung des Bildnisbegriffes damit, dass der Bildnisschutz im Falle einer als solchen erkennbaren bloßen Darstellung einer Person durch einen Schauspieler dem Schauspieler zustehe, der in diesem Fall auch in seiner Rolle noch „eigenpersönlich“ und damit als er selbst erkennbar bliebe. Als Bildnis der dargestellten Person sei daher erst eine Darstellung anzusehen, wenn der täuschend echte Eindruck erweckt werde, es handle sich tatsächlich um die dargestellte Person selbst. Eine **Verdoppelung des Bildnisschutzes**, der gerade auf der individuellen Unterscheidbarkeit der einzelnen Person von ihresgleichen beruhe, auch Schauspieler *und* dargestellte Person, scheide dagegen „denknotwendig“ aus. Jedenfalls soweit keine „Verwechslungsgefahr“ bestehe.⁶¹

Dieses engere Verständnis werde dem Wortlaut des § 22 Satz 1 KUG („Bildnis“) eher gerecht und entspreche zudem der Intention des historischen Gesetzgebers, wonach „die Vorschrift des § 22 KUG nur die Bildnisse im eigentlichen Sinne des Wortes im Auge hat.“⁶² Eine Erstreckung des Bildnisschutzes aus § 22 Satz 1 KUG sei weiterhin auf die erkennbar nur dargestellte Person seit der Entwicklung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auch nicht mehr zur Schließung einer Schutzlücke geboten. Dies sei zum Zeitpunkt der Entscheidung des KG im Piscator-Fall im Jahr 1928 noch anders gewesen, da das allgemeine Persönlichkeitsrecht vom Reichsgericht noch nicht anerkannt gewesen sei.⁶³

Schließlich stehe dem engeren Verständnis des Bildnisbegriffes die Rechtsprechung des I. Zivilsenats nicht entgegen. So habe der I. Zivilsenat auf Anfrage erklärt, dass er das Verständnis des erkennenden Senats teilt.⁶⁴

Auch der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts widerspreche das nunmehr vom BGH angenommene engere Verständnis des Bildnisbegriffes nicht. So habe das Bundesverfassungsgericht zwar im Lebach-Urteil die dem dort angegriffenen Urteil zivilrechtlich zugrundeliegende „überkommene weite Auslegung des Bildnisbegriffes“ verfassungsrechtlich nicht beanstandet, weil die Vorschriften des KUG auch bei einer Erweiterung des Bildnisbegriffes im Sinne des § 22 KUG hinreichend flexibel gestaltet seien und im Rahmen der nach § 23 KUG gebotenen Abwägung der Ausstrahlungswirkung der einschlägigen Grundrechte hinreichend Rech-

61 Ebenda Rn. 22.

62 S. RT-Drucks. II. Legislaturperiode, II Session 1905/1906, Bd. 2 Nr. 30, S. 31.

63 BGH Urt. v. 18.5.2021 – VI ZR 441/19, GRUR 2021, 1222 (1223) Rn. 23 – Die Auserwählten.

64 Ebenda Rn. 25.

nung getragen werden könne.⁶⁵ Das Verfassungsgericht habe damit aber lediglich den zivilrechtlichen Ausgangspunkt des Fachgerichts hingenommen. Verfassungsrechtlich maßgeblich sei insoweit vielmehr, wie eine der Verfassungsbeschwerde gegen die weitere Lebach-Entscheidung des OLG Koblenz stattgebende jüngere Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zeige, zugunsten der dargestellten Person allein das allgemeine Persönlichkeitsrecht.⁶⁶

Von Verfassungsrechts wegen wäre die Erstreckung des Bildnisbegriffs auf die als solche erkennbare Rollendarstellung eines Schauspielers sogar eher problematisch, so der BGH weiter, da bei Darstellungen im Spielfilm eine „**kunstspezifische Betrachtung** geboten“ sei.

VI. Stellungnahme und Ausblick

Während die Tina Turner-Entscheidung des I. Zivilsenats hinsichtlich des Bildnisbegriffs bei der Verkörperung durch Doppelgänger, insbesondere in der Werbung, die konsequente Fortführung der Rechtsprechung des Senats etwa zuvor in der Entscheidung „Der blaue Engel“ darstellt und der Bildnisbegriff gerade keine identischen Gesichtszüge, oder wie der VI. Senat es jetzt formuliert „täuschend echte Darstellung der äußeren Erscheinung“ verlangt, führt der VI. Senat in seiner Entscheidung „Die Auserwählten“ den insoweit neuen Begriff der „Verwechslungsgefahr“ ein und macht eine solche zur Bedingung, um den Bildnisbegriff zu bejahen.

Gerade bei Verkörperungen durch Schauspieler in Spielfilmhandlungen dürfte eine Verwechslungsgefahr nahezu regelmäßig ausgeschlossen sein, da der Zuschauer erkennt, dass das reale Vorbild durch einen Schauspieler verkörpert wird. Die Entscheidung „Die Auserwählten“ hat insoweit erhebliche Konsequenzen für den Persönlichkeitsschutz von Betroffenen bei Darstellungen in Film und Fernsehen. Wie bereits eingangs festgestellt, sind aber auch die **Auswirkungen auf drohende Bildmanipulationen** durch künstliche Intelligenz, Avatare, Replikanten etc. nicht absehbar. Während es also eigentlich aufgrund der Entwicklung von KI geradezu geboten ist, den Bildnisschutz des Menschen auszuweiten und hierdurch auch Manipulationen entgegenzutreten, bewirkt die neuerliche Entscheidung des Bundesgerichtshofs genau das Gegenteil. Der Persönlichkeitsschutz wird geschwächt.

65 Ebenda Rn. 26.

66 Ebenda unter Bezugnahme auf BVerfG Urt. v. 25.11.1999 – 1 BvR 348/98, NJW 2000, 1859 (1860) – Lebach II.

Die Gründe, die der Bundesgerichtshof für sein neues, enges Verständnis des Bildnisbegriffs anführt, können jeweils nicht überzeugen.

1. Allgemeines Persönlichkeitsrecht schließt keine Schutzlücke

Entgegen der Ansicht des Bundesgerichtshofs wird eine „Schutzlücke“ durch die Entwicklung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gerade nicht, insbesondere nicht vollständig, geschlossen. Zunächst einmal ist darauf abzuheben, dass das Persönlichkeitsrecht bereits in der Leserbriefentscheidung des Bundesgerichtshofs in den 50er Jahren entwickelt wurde und insofern nach diesem Verständnis bereits seit damals eine entsprechende Schutzlücke nicht mehr bestanden hat. Dennoch entschieden die Gerichte und auch der Bundesgerichtshof über Jahrzehnte anders und bejahten den Bildnisbegriff auch bei Verkörperungen durch andere Personen.⁶⁷

So schützt das allgemeine Persönlichkeitsrecht den Betroffenen in den allermeisten Fällen nicht vor Darstellungen seiner Person durch einen Schauspieler in einer Spielhandlung. Das konnte bisher nur das Recht am eigenen Bild leisten, da es sich nach dem beschriebenen Verständnis auch hierbei um eine Bildnisverbreitung gehandelt hatte. Indem man nun diesen Schutz entfallen lässt, kommt das allgemeine Persönlichkeitsrecht bei Spielfilmen nur in ganz wenigen Ausnahmefällen zum Tragen. Das macht gerade der Fall „Die Auserwählten“ deutlich. So hatte die erste Instanz dem Betroffenen noch einen Bildnisschutz zugestanden. Vor diesem Hintergrund musste das betroffene Missbrauchsoffer die filmische Inszenierung seines Missbrauchs schon aus dem Bildnisschutz heraus nicht hinnehmen, wenn er nicht als Person der Zeitgeschichte angesehen werden konnte oder anderweitige Ausnahmetatbestände griffen, was vorliegend nicht der Fall war. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht konnte den Betroffenen im konkreten Fall, wie der Bundesgerichtshof im Übrigen auch bei der Prüfung eines möglichen Unterlassungsanspruchs aus allgemeinem Persönlichkeitsrecht ausdrücklich feststellte, nicht helfen, da der Kläger im konkreten Fall selbst, wie der BGH es formuliert, „der Öffentlichkeit sämtliche im Film verarbeiteten Tat- und Lebensumstände bekanntgemacht“ hatte.⁶⁸

Nach hiesigem Verständnis muss es aber einem Betroffenen möglich sein, einerseits aus eigenem Erleben seine Geschichte zu erzählen, ande-

67 BGH Urt. v. 25.5.1954 – I ZR 211/53, NJW 1954, 1404 – Leserbrief.

68 BGH Urt. v. 18.5.2021 – VI ZR 441/19, GRUR 2021, 1222 (1223) Rn. 44 – Die Auserwählten.

rerseits aber Dritten untersagen zu können, seinen erlebten Missbrauch als Kind im Film darzustellen. Durch den Wegfall des Bildnisschutzes im vorliegenden Fall war dem Betroffenen dieses Recht genommen.

Noch deutlicher wird die Fehlvorstellung, dass die Schutzlücke durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschlossen wurde, im Falle von Verfilmungen von Verbrechen bezüglich des Persönlichkeitsschutzes der Opfer.⁶⁹ Gerade bei derartigen sog. True-Crime-Formaten führt die vom BGH nunmehr eingenommene Rechtsposition, dass der Bildnisbegriff bei Spielfilmen entfällt, zu teilweise unerträglichen Ergebnissen. Kam der Mensch durch die im Film gezeigte Tat zu Tode, besteht anerkanntermaßen nur noch ein aus der Menschenwürde abgeleiteter sog. postmortaler Achtungsanspruch, der nur grobe Verzerrungen des Lebensbildes oder auch Verletzungen der Menschenwürde bei der konkreten Darstellung in Film, Fernsehen etc. untersagt.⁷⁰ Da die True-Crime-Formate aber die tatsächlichen Geschehnisse nahezu realitätsnah darstellen, dürfte eine solche, für einen postmortalen Persönlichkeitsschutz geforderte Verzerrung des Lebensbildes im Regelfall gerade nicht festzustellen sein. Vielmehr das genaue Gegenteil: Das persönliche Schicksal der betroffenen Opfer, im Einzelfall auch das grauenvolle Erleben der Betroffenen, dürfte nicht selten auch zu Unterhaltungszwecken des Publikums minutiös dargestellt werden. Als einzig denkbare Grenze käme hier überhaupt nur noch Art. 1 GG mit dem Schutz der Menschenwürde zum Tragen. Tatsächlich führt diese Rechtslage zu dem geradezu zynischen Ergebnis, dass die Persönlichkeitsrechte der Mörder gewährleistet werden und diese schon aus Gründen der persönlichkeitsrechtlichen „Resozialisierung“ eine filmische Darstellung ihrer Tat nach einem gewissen Zeitraum auch aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nicht mehr hinnehmen müssen, während der Schutz der verstorbenen Opfer faktisch entfällt, da zum einen das allgemeine Persönlichkeitsrecht nur vor Lebensbildverzerrung schützt und zum anderen das Recht am eigenen Bild nach Auffassung des BGH in seiner neuesten Entscheidung die Darstellung durch Schauspieler nicht mehr erfasst. Die Opfer sind also schlicht **rechtlos gestellt**.⁷¹

69 Vgl. hierzu bereits umfassend C. Schertz NJW 2023, 3275.

70 Vgl. K. Schmitt in: Handbuch Persönlichkeitsrecht, § 29; B. Korte, Praxis des Presserechts, Rn. 42-51.

71 Vgl. hierzu die Aufforderung des Autors an den Gesetzgeber und die Gerichte in: C. Schertz NJW 2023, 3275 (3277).

2. Wortlaut und Gesetzesbegründung

Ebenso wenig überzeugt die Feststellung des BGH, dass sein engeres Verständnis vom Bildnisbegriff dem Wortlaut des § 22 Satz 1 KUG „Bildnis“ eher gerecht wird und zudem der Intention des historischen Gesetzgebers entspricht, wonach „die Vorschrift des § 22 KUG nur die Bildnisse im eigentlichen Sinne des Wortes im Auge habe“.

Dass der Begriff „Bildnis“ auch vom Wortlaut her auch Darstellungen durch einen Schauspieler erfasst, ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass dieser ja gewissermaßen ein „Abbild“ des Dargestellten sein soll und der Zuschauer auch die als Vorbild dienende reale Person in der Spielhandlung erkennt und im wahrsten Sinne des Wortes „sieht“. Der einzige Unterschied zu der dreidimensionalen Plastik eines Künstlers ist der, dass sich hier das dreidimensionale Abbild des Betroffenen gewissermaßen im Film bewegt.

Der Gesetzgeber aus dem Jahr 1905/1906 konnte darüber hinaus noch gar nicht die Dimension erkennen, die Verkörperungen durch Schauspieler in Spielfilmen für Betroffene haben kann. Er zielte noch allein auf fotografische Abbildungen von Personen und Zeichnungen. Der Film war dagegen damals gerade erst erfunden und spielte in der Praxis der Nutzung von Bildnissen noch keine Rolle.⁷² Der damalige Reichsgesetzgeber ging insofern von einem engen Bildnisbegriff aus, da er tatsächlich die bloßen zwei- und dreidimensionalen Abbildungen einer Person im Auge hatte. Heute muss die Definition weiter gezogen werden und die Darstellungen auf der Bühne oder im Film aufgrund der geänderten technischen Möglichkeiten erfassen, nach hiesigem Verständnis sogar aufgrund der neueren Entwicklungen im Bereich künstliche Intelligenz, auch Abbildungen von Avataren, Replikanten und Nutzungen von realen Vorbildern durch Deepfake. Ein solcher Schutz tut vielmehr unbedingt Not. Es ist daher völlig aus der Zeit gefallen und wird den aktuellen Entwicklungen nicht im Ansatz gerecht, die Begründungen des Gesetzgebers im Jahre 1905 und 1906 im Jahre 2021 im Rahmen der historischen Auslegung heranzuziehen. Vielmehr muss die Norm die **aktuellen technischen Möglichkeiten** von Abbildungen von Personen vollständig erfassen. Nur so ist ein entsprechender Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Einzelnen gegeben.

Im Übrigen erkannte bereits *Josef Kohler* in seiner Schrift „Das Eigenbild im Recht“ aus dem Jahre 1903, also wenige Jahre vor der Schaffung des Rechts am eigenen Bild im KUG, dass auch Verkörperungen durch andere

72 Vgl. so ausdrücklich C. Schertz GRUR 2007, 558 (560).

Personen das Recht am eigenen Bild eines realen Vorbildes verletzen können. Wörtlich schreibt er hierzu:

„Das Eigenbild kann auch als Theatermaske dienen; in diesem Fall ist es unzulässig. Die Theaterdarstellung ähnelt zwar der Bildnisdarstellung in der Identifikation, ... der Formkraft des Bildes steht eine ungeheure reale Kraft der Personendarstellung gegenüber, wobei die Person nicht ihre stummen Züge zeigt, sondern spricht und handelt.“⁷³

3. „Verwechslungsgefahr“ als neue Voraussetzung überflüssig

Es ist auch nicht nachvollziehbar, wieso der BGH ohne Not den neuen Begriff der „Verwechslungsgefahr“ einführt, indem er für ein Bildnis verlangt, dass die äußere Erscheinung der abgebildeten Person in einer Art und Weise täuschend echt dargestellt wird, dass das Abbild tatsächlich für die abgebildete Person selbst und damit für das Urbild gehalten wird. Er verabschiedet sich damit von dem bereits seit Jahrzehnten allein relevanten Kriterium der „**Erkennbarkeit**“ und verengt ohne Not den Schutzbereich des Rechts am eigenen Bild. Er stellt sich hiermit naturgemäß auch gegen die Feststellungen des BGH in der Entscheidung „Der blaue Engel“, der für den Bildnisbegriff in der Werbung ausreichen ließ, dass das Urbild erkennbar war.⁷⁴ Hier hob der BGH darauf ab, dass in Bezug auf den Einsatz eines Doppelgängers allein die Erkennbarkeit für Dritte darüber entscheide, als wessen Bildnis eine Personendarstellung anzusehen ist. Das neue Kriterium der Verwechslungsgefahr findet sich dort nicht.

Soweit der BGH darauf abhebt, dass die Rechtsprechung des I. Zivilsenats seiner Rechtsprechung nicht entgegensteht und der I. Zivilsenat auf Anfrage erklärt hat, dass er das Verständnis des erkennenden Senats teilt, kann dies jedenfalls nicht in vollem Umfang gelten, wie soeben dargelegt wurde. Noch in der Tina Turner-Entscheidung nahm der I. Senat des Bundesgerichtshofs auf die Entscheidung „Der blaue Engel“ Bezug und hob auch noch einmal darauf ab, dass etwa die Gesichtszüge nicht identisch sein müssten, sondern sich die „Erkennbarkeit“ auch aus anderen Einzelheiten ergeben könne.

73 Vgl. J. Kohler, Das Eigenbild im Recht, Berlin 1903, S. 19.

74 BGH Urt. v. 1.12.1999 – I ZR 226/97, NJW 2000, 2201 – Der blaue Engel.

4. Lebach-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 22 KUG gilt

Schließlich sind selbstverständlich die Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts in seinem Lebach-Urteil zu berücksichtigen und gilt, es zu prüfen, inwiefern die dortigen Feststellungen nicht doch dem engeren Verständnis des Bildnisbegriffs entgegenstehen. So hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich in seiner Begründung festgestellt, dass der Schutzbereich des Rechts am eigenen Bild für Darstellungen durch Schauspieler im Spielfilm eröffnet und es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist, dass diese Rechtsvorschriften auch für die „Darstellung einer Person durch einen Schauspieler auf der Bühne, im Film oder Fernsehen“ gelten.⁷⁵ Das Gesamtverständnis der Vorschriften habe sich seit Inkrafttreten des Grundgesetzes dahingehend gewandelt, dass das Recht am eigenen Bild als ein Ausschnitt einer besonderen Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts angesehen werde, das aus Art. 1 und 2 GG entwickelt worden sei.

Von diesen Feststellungen rückt entgegen der Ansicht des BGH in der Entscheidung „Die Auserwählten“ das Verfassungsgericht auch nicht in seiner zweiten Lebach-Entscheidung ab.⁷⁶ So handelte es sich dort um einen völlig anderen Fall. Weder waren die Täter dort mit Namen genannt noch im Bild zu sehen. Vielmehr war in der zweiten Verfilmung eine Identifizierung des Täters durch die Darstellung im Film außer für Eingeweihte ausdrücklich nicht möglich. Insofern war es auch nur konsequent, dass das Bundesverfassungsgericht dort nicht das Recht am eigenen Bild anwandte, sondern die Abwägung nur zwischen der Rundfunkfreiheit und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht vornahm. Der Aufgabe der früheren Feststellungen zur Anwendbarkeit des Rechts am eigenen Bild bei Darstellungen durch Schauspieler im Film, die erkennbar eine dritte Person wiedergeben, war insofern damit nicht verbunden. Es ist sogar schlicht falsch, wenn der BGH weiter feststellt, dass eine Erstreckung des Bildnisbegriffes auf Rollendarstellungen durch Schauspieler sogar verfassungsrechtlich eher problematisch sind, da eine kunstspezifische Betrachtung geboten ist.

Das Verfassungsgericht hatte sich sogar in der ersten Lebach-Entscheidung ausdrücklich mit dieser Frage beschäftigt und festgestellt, dass die Vorschriften der §§ 22, 23 KUG und ihre Anwendung auf Darstellungen einer Person durch einen Schauspieler im Film auch deswegen verfassungs-

75 BVerfG Ur. v. 5.6.1973 – 1 BvR 536/71, NJW 1973, 1226 (1228) – Lebach I.

76 BVerfG Ur. v. 25.11.1999 – 1 BvR 348/98, NJW 2000, 1859 (1860) – Lebach II.

rechtlich nicht zu beanstanden sind, weil, wie das Verfassungsgericht formuliert, ihre relativ flexible Gestaltung ausreichend Raum für eine der Verfassung entsprechenden Anwendung bietet. Wörtlich sagt das BVerfG im ersten Lebach-Urteil:

„Wie die Praxis zeigt, ist es möglich, bei der durch § 23 Kunsturhebergesetz gebotenen Interessenabwägung der Ausstrahlungswirkung der einschlägigen Grundrechte hinreichend Rechnung zu tragen.“⁷⁷

Völlig zu Recht hebt das Verfassungsgericht im ersten Lebach-Urteil damit auf die Möglichkeiten ab, im Rahmen des § 23 Abs. 1 Ziff. 4 KUG die Kunstfreiheit vollständig zum Tragen kommen zu lassen. Gerade das Recht am eigenen Bild gibt also, indem eine Bildnisverbreitung auch ohne die Einwilligung des Abgebildeten möglich ist, wenn diese einem „höheren Interesse der Kunst dient“ die Möglichkeit, im Rahmen der Schranken etwa das Grundrecht der Kunstfreiheit, welches beim Spielfilm einschlägig ist, hinreichend zu berücksichtigen. Entsprechend hat auch der I. Senat des BGH in der Tina Turner-Entscheidung, wie dargestellt, diesen § 23 Abs. 1 Ziff. 4 aufgrund eines höheren Interesses der Kunst im konkreten Fall durchgreifen lassen.

5. Zusammenfassung

Zusammengefasst gilt, dass die Begründungen des Bundesgerichtshofs für eine Bejahung eines engeren Bildnisbegriffes in der Entscheidung „Die Auserwählten“ nicht überzeugen, diese vielmehr im Widerspruch zu seiner früheren und auch noch aktuellen Rechtsprechung des I. Senats stehen und im Ergebnis auch den Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts in der Lebach-Entscheidung aus dem Jahr 1973 widersprechen.

Es ist daher nach hiesiger Auffassung schlicht verfehlt und nicht mehr zeitgemäß, auf einen Bildnisbegriff abzustellen, der sich auf die Gesetzesbegründung aus den Jahren 1905/1906 stützt und sich konkret auf Zeichnungen und Fotografien bezog. Weder kannte der damalige Gesetzgeber mögliche Darstellungen einer Person durch einen Schauspieler in einer Spielfilmhandlung, noch die Gefahren der Verletzung des Selbstbestimmungsrechts durch Bildmanipulationen durch künstliche Intelligenz. Gerade letztere Entwicklung fordert einen **weiteren, im Ergebnis den ursprünglichen Bildnisbegriff**, der es möglich macht, auch gegen solche Verletzungen des

⁷⁷ BVerfG Ur. v. 5.6.1973 – I BvR 536/72, NJW 1973, 1226 (1228) – Lebach-Fall.

Rechts am eigenen Bild rechtliche Schritte einzuleiten. Tatsächlich ist also der Bildnisschutz zu stärken.

Ebenso wurde dargelegt, dass der Wegfall der Anwendbarkeit des Rechts am eigenen Bild bei Darstellungen von Personen in Spielfilmen, wie etwa bei True-Crime-Formaten, auch zu einem in Einzelfällen nicht hinnehmbaren Ergebnis führt, was den Schutz der Opfer angeht. Es kann nicht oft genug betont werden, dass zur Würde des Menschen sein Selbstbestimmungsrecht gehört.⁷⁸ Er ist damit grundsätzlich allein zur Verfügung über die Verwendung seines Bildnisses berechtigt, es sei denn, die gesetzlichen Ausnahmen, die im Interesse der Presse- und Kunstfreiheit geschaffen wurden, kommen zum Tragen.

78 Vgl. E. Helle, Der Schutz der Persönlichkeit, der Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht, 2. Aufl., Tübingen 1999, S. 75.

5. Staatsferne und Vielfaltssicherung

Die Vielfaltssicherung und die Macht der Intermediäre

Dieter Dörr

I. Einleitung

Die Digitalisierung, die *Norbert Schneider* in ihrer Bedeutung zutreffend mit der Erfindung eines neuen Alphabets gleichsetzte,¹ hat gerade auch im Medienbereich dramatische, teilweise disruptive Veränderungen mit sich gebracht. Sie hat nicht nur dazu geführt, dass neben das klassische Fernsehen in großer Zahl weitere mediale Angebote, deren Bedeutung sich dem Fernsehen mehr und mehr annähern. Die Unterschiede zwischen dem Fernsehen als einer Form des einfachgesetzlichen Rundfunks und Online-Angeboten sind bei weitem nicht mehr so ausgeprägt wie früher. Bei vielen Abrufangeboten besteht, abgesehen von der Linearität, inhaltlich überhaupt kein Unterschied mehr.² Diese Problematik einer möglichen inhaltlichen Konvergenz wird vielfach diskutiert, etwa im Hinblick auf die Funktion und den Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.³ Lange Zeit viel zu wenig beachtet wurde aber die entscheidende Rolle der „Intermediäre, die die einen durch Algorithmen gesteuerten Zugang zu Inhalten und Informationen gleich welcher Art vermitteln. Ohne sie wäre die Flut der im Internet vorhandenen Angebote für die Nutzer nicht zu bewältigen. Daher besitzen sie, wie noch zu zeigen sein wird, eine erhebliche Meinungsmacht und beeinflussen die öffentliche Meinungsbildung in immer stärkerem Ausmaß. *Georg Gounalakis* gebührt das Verdienst, im Gegensatz zu manch anderen,⁴ die die Meinungsmacht der Intermediäre immer noch

1 https://www.medienanstalt-nrw.de/fileadmin/lfm-nrw/Reden_des_Direktor_Norbert_Schneider/redeschneider-23022006.pdf.

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

3 Vgl. dazu eingehend *D. Dörr/B. Holznagel/A. Picot*, Fernsehen (Fn. 2), S. 65 ff.

4 Vgl. etwa *K. Lischka/C. Stöcker*, Digitale Öffentlichkeit – wie algorithmische Prozesse den gesellschaftlichen Diskurs beeinflussen, Gütersloh 2017, S. 61 ff.

unterschätzen, dies frühzeitig erkannt und auf die damit verbundenen Gefahren eindringlich hingewiesen zu haben.⁵

Unter Intermediären – der Begriff hat trotz gewisser Unschärfen Eingang in § 2 Abs. 2 Nr. 16 MSTV gefunden – versteht man Dienstetypen, die durch Aggregation, Selektion und Präsentation Aufmerksamkeit für von Dritten erstellte, aber auch gelegentlich für eigene Inhalte erzeugen. Sie vermitteln also zwischen den Angeboten und den Nutzern. Bei den Angeboten handelt es sich in der Regel um fremde Inhalte, aber vermehrt auch um eigene Inhalte und Informationen.

Bei den Intermediären können verschiedene Kategorien unterschieden werden. So differenzieren die Landesmedienanstalten in ihrem Vielfaltsbericht zwischen Sozialen Netzwerken, Videoportalen, Instant Messengern und Suchmaschinen. Für diese Unterscheidung sprechen zunächst praktische Gründe. Die Kantar TNS führt im Auftrag der Landesmedienanstalten seit 2016 eine bevölkerungsrepräsentative Befragung in Deutschland durch und fragt in den vier Kategorien 19 Intermediäre namentlich ab. Dadurch werden für die vier Kategorien jeweils eigene Daten ausgewiesen. Zudem weisen Soziale Netzwerke, Videoportale, Instant Messenger und Suchmaschinen signifikante Unterschiede auf.

Durch bestimmte Intermediäre, nämlich soziale Netzwerke, Videoportale und Instant Messenger, wird dem Einzelnen zudem, anders als bei Suchmaschinen, nicht nur die Möglichkeit eingeräumt, textliche und audiovisuelle Angebote Dritter zu finden und zu nutzen. Vielmehr kann er auch eigene Inhalte einem globalen Markt kostengünstig und nahezu ohne Zugangshindernisse zugänglich zu machen, also seine Inhalte massenhaft verbreiten. Zwar bestand auch früher für Einzelne die Möglichkeit, eigene Äußerungen einem breiteren Publikum zugänglich zu machen, etwa durch das Schreiben von Leserbriefen. Dies setzte allerdings voraus, dass die Zeitung den Leserbrief veröffentlichte, war also mit nicht unerheblichen Zugangshürden verbunden. Heute genügt, um nur ein Beispiel zu nennen, bereits ein handelsübliches Headset bzw. Mikrofon und eine Webcam, um

5 Vgl. etwa G. Gounalakis, Meinungsmacht im Online-Bereich, in: die medienanstalten (Hrsg.), Vielfaltsbericht 2022, Berlin 2022, S. 50 ff.; ders., Meinungsmacht im Internet, in: die medienanstalten (Hrsg.), Vielfaltsbericht 2018, Berlin 2018, S. 42 ff.; ders. Wir brauchen ein umfassendes Modell der Vielfaltsicherung, pro media, 6/2017, 17 ff.

aus dem eigenen Wohnzimmer per Videostream zu senden oder die Aufnahmen als Video on demand auf Abruf zur Verfügung zu stellen.⁶

II. Die Meinungsmacht der Intermediäre

1. Die Nutzung zur Information

Schon dies zeigt, dass die Intermediäre bei der massenhaften Verbreitung von textlichen oder bildlichen Äußerungen, die von Einzelnen stammen und zur öffentlichen Meinungs- und Willensbildung beitragen können, also bei der Verbreitung von User Generated Content, eine zentrale Bedeutung besitzen. Zudem sind sie für das Auffinden von Inhalten jedweder Art ein unerlässliches Hilfsmittel geworden. Dies lässt sich auf sicherer Grundlage feststellen, da die Landesmedienanstalten die Bedeutung der Intermediäre für die Meinungsbildung seit 2016 durch Kantar TNS mittels einer bevölkerungsrepräsentativen Befragung systematisch beobachten lassen und die Ergebnisse jährlich in einem Vielfaltsbericht veröffentlichen.

Insgesamt spielen die Intermediäre, wie die in den Vielfaltsberichten 2018, 2019, 2020, 2021 und 2022 veröffentlichten Ergebnisse zeigen,⁷ bei der massenhaften Verbreitung und dem Auffinden von textlichen, akustischen oder bildlichen Äußerungen, die zur öffentlichen Meinungs- und Willensbildung beitragen können, eine zentrale Rolle und besitzen eine ganz erhebliche, zumindest potenzielle Meinungsmacht.⁸

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

7 Vgl. A. Zimmer, Intermediäre und Meinungsbildung, in: die medienanstalten (Hrsg.), Vielfaltsbericht 2018, Berlin 2018, S. 52 ff.; A. Zimmer/K. Kunow, Intermediäre und Meinungsbildung, in: die medienanstalten (Hrsg.), Vielfaltsbericht 2019, Berlin 2019, S. 46 ff.; Zimmer/Kunow, Medienintermediäre und Meinungsbildung, in: die medienanstalten (Hrsg.), Vielfaltsbericht 2020, Berlin 2020, 44 ff.; S. Schneider, Alte Normen – neue Nutzungsformen: Konzentrationskontrolle muss neu gedacht werden, Ergebnisse der Mediengewichtungsstudie 2021-I, in: die medienanstalten (Hrsg.), Vielfaltsbericht 2021, Berlin 2021, S. 8 (17 ff.); D. Hein, Wie informieren sich die Menschen zum Zeitgeschehen?, in: die medienanstalten (Hrsg.), Vielfaltsbericht 2022, Berlin 2022, S. 8 ff. u. G. Gounalakis, Meinungsmacht im Online-Bereich, in: die Medienanstalten, Vielfaltsbericht 2022, Berlin 2022, S. 50 ff.

8 D. Dörr, Die Macht der Intermediäre, in: Taeger (Hrsg.), Die Macht der Daten und Algorithmen, Oldenburg 2019, S. 1 (4 ff.); D. Dörr, Die Meinungsmacht der Intermediäre und der neue Medienstaatsvertrag, in: L. Specht-Riemenschneider/B. Buchner/C.

2. Social Bots, Echokammern und die Macht der Algorithmen

Zudem ergeben sich durch die Digitalisierung auch neue Möglichkeiten, auf die öffentliche Willensbildung Einfluss zu nehmen. Zwar ist der Versuch, andere durch eine Aufbereitung und Darstellung von Daten und Ansichten, notfalls auch durch Manipulation, von der eigenen Position zu überzeugen, keine Erscheinung des Internetzeitalters. Neu ist aber die Möglichkeit, durch Trolle in den Meinungsbildungsprozess einzugreifen oder mittels Social Bots die eigenen Überzeugungen um ein Vielfaches multipliziert zu verbreiten und so den Anschein einer mehrheitsfähigen Tendenz zu erwecken. Der Begriff „Fake News“ findet dabei fast schon inflationäre Verwendung. Dies bedeutet aber nicht, dass man die Gefahren unterschätzen sollte. So werden Social Bots entwickelt, um eine menschliche Präsenz im Web vorzutäuschen. Meist sind die Bots für einen bestimmten Zweck bestimmt, sei es PR-Arbeit, Marketing oder zunehmend auch politische Propaganda. Um reale Personen von seiner vermeintlich ebenso realen Existenz als Mensch zu überzeugen, nutzen Social Bots künstliche Intelligenz und umfassende Datenanalyse, die sich auch auf Textkörper bezieht. Von der technischen Struktur sind nach Meinung von Experten die hybriden Bots, die hochautonom und gleichwohl von einem Menschen gesteuert agieren, besonders bedrohlich. Aus der Funktion und den Möglichkeiten der Bots entstehen drei Gefahren. Zum ersten könnten die Aussagen der Bots als Mehrheitsmeinung missinterpretiert werden. Zum zweiten sind die Bots bei unklarer Nachrichtenlage besonders erfolgreich. Zum dritten haben sie bei hoher Nachrichtenfrequenz ebenfalls häufig Erfolg. Dies ist auch deshalb bedrohlich, weil es zunehmend schwieriger wird, Bots zu erkennen, was wohl nur noch über eine Kombination von Analysen aus dem Bereich der Sprache und vor allem dem Kontext einer Meldung und des dazugehörigen Accounts möglich ist. Bots sind also durchaus in der Lage, die öffentliche Willensbildung erheblich zu beeinflussen, wenn auch der Prozess der Meinungsbildung überaus komplex ist. Von diesen Möglichkeiten wird, wie nicht nur die letzten US-Wahlkämpfe zeigten, intensiv Gebrauch gemacht.

In sozialen Netzwerken, wie etwa Facebook, finden sich häufig Gruppen zusammen, die sich durch homogene Sichtweisen und Wertvorstellungen auszeichnen und gegenseitig bestärken. Das Internet erleichtert die orts-

Heinze/O. Thomsen (Hrsg.), IT-Recht in Wissenschaft und Praxis, Festschrift für Jürgen Taeger, Frankfurt a.M. 2020, S. 575 (579 f.).

und zeitunabhängige Bildung und Verfestigung solcher Communities nicht zuletzt durch die Steuerung mittels Algorithmen, also Computerprogrammen. Dies kann zu Filterblasen und Echokammern führen. Auch wenn es keinen gesicherten empirischen Beweis dafür gibt, dass Filterblasen und Echokammern entstehen, lassen sich mögliche Polarisierungsprozesse an den politischen Rändern belegen.⁹

3. Die Meinungsrelevanz nicht redaktioneller Inhalte

Auch die durch Intermediäre massenhaft verbreiteten Inhalte nicht journalistisch-redaktioneller Art haben Relevanz für die öffentliche Meinungsbildung. Dazu braucht lediglich auf die sog. Influencer verwiesen werden, die sich dadurch auszeichnen, dass sie eine starke Präsenz und ein hohes Ansehen in einem oder mehreren sozialen Netzwerken besitzen. Ihnen folgen teilweise allein in Deutschland jeweils mehrere Millionen „Freunde“ bzw. „Follower“. Dabei kann es sich bei diesen „Influencern“ um Politiker, Sportler, Journalisten, Blogger, bekannte Youtuber, Schauspieler und sonstige Prominente handeln. Es liegt auf der Hand, dass deren Botschaften, seien sie werblicher, unterhaltender oder politischer Art, einen hohen Einfluss auf ihre „Freunde“ bzw. „Follower“ ausüben und geeignet sind, deren Wertvorstellungen mitzuprägen, unabhängig davon, ob sie ihre Beiträge journalistisch-redaktionell gestalten oder nicht. Die durch Intermediäre massenhaft verbreiteten Äußerungen in Text, Bild oder Ton, die von Einzelnen, etwa Influencern und ihren „Followern“ stammen, wirken sich zudem auf die Berichterstattung in den klassischen Medien, also in der Presse und im Rundfunk aus und bestimmen teilweise die Themen.

4. Die Kampagnenfähigkeit der Intermediäre

Es ist zudem nicht nur so, dass sich Intermediäre von dritter Seite für Kampagnen ge- bzw. missbrauchen lassen, indem man etwa massenhaft Social Bots einsetzt, um dadurch den Eindruck einer mehrheitlichen Tendenz zu erwecken.¹⁰ Vielmehr sind sie selber kampagnenfähig, was sie es im Jahr

⁹ Vgl. dazu bezogen auf Facebook *B. Stark/M. Magin/P. Jürgens*, Politische Meinungsbildung im Netz: Die Rolle der Informationsintermediäre, UFITA 2018, 101 ff (126).

¹⁰ Dazu oben 1.3.

2018 bei den Diskussionen um die Reform des Urheberrechts eindrucksvoll unter Beweis gestellt haben.¹¹

5. Die Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts

Besonders bemerkenswert ist zudem, in welcher Deutlichkeit das Bundesverfassungsgericht in seinem Rundfunkbeitragsurteil vom 18. Juli 2018¹² auf die Gefahren für Qualität und Vielfalt hingewiesen hat, die durch Algorithmen gesteuerte Verbreitung von Inhalten im Internet entstehen. Es betont nicht nur, dass die Digitalisierung der Medien und insbesondere die Netz- und Plattformökonomie des Internets einschließlich der sozialen Netzwerke bei Anbietern, Verbreitern und Vermittlern von Inhalten Konzentrations- und Monopolisierungstendenzen begünstigen, sondern auch, dass - auch mit Hilfe von Algorithmen - Inhalte gezielt auf Interessen und Neigungen der Nutzerinnen und Nutzer zugeschnitten werden, was wiederum zur Verstärkung gleichgerichteter Meinungen führt.

6. Die zunehmenden Konzentrations- und Monopolisierungstendenzen

Die potenzielle Meinungsmacht steigt überdies durch immer stärkere Konzentrations- und Monopolisierungstendenzen bei den Intermediären an. Dabei besitzen zwei „Global Players“ eine herausragende Stellung.

Zunächst ist Alphabet, die Dachgesellschaft von Google, zu nennen. Im Bereich der Suchmaschinen hat Google, eine beherrschende Stellung inne. Deutlich über 90 Prozent der allgemeinen Suchanfragen werden über Google Search durchgeführt, so dass die Nutzung einer Suchmaschine in Deutschland, wie in fast allen europäischen Staaten, gleichbedeutend mit „googeln“ ist. Bei den 14- bis 29-Jährigen informieren sich 42,4 Prozent mittels Google über das Zeitgeschehen.¹³ Hinzu kommt auch noch, dass Alphabet mit YouTube als Tochterunternehmen von Google das erfolgreichste Videoportal betreibt, das für Jüngere ein bedeutendes Informationsportal über das Tagesgeschehen darstellt. In der Gruppe der 14- bis 29-Jährigen lag die informierende Reichweite bei YouTube an einem durchschnittlichen

11 Eingehend dazu D. Dörr, in: Heidelberger Kommentar Medienstaatsvertrag, Stand 98 AL, Heidelberg 2023, B 4, Rn. 119 ff.

12 BVerfGE 149, 222 (261 ff.).

13 Hein, in: Vielfaltsbericht 2022 (Fn.9), S. 9 (17).

Tag bei 29,4 Prozent. Damit besitzt YouTube in Deutschland in dieser Altersgruppe eine höhere Relevanz für die Meinungsbildung als die Gesamtauflage aller deutschen Tageszeitungen.¹⁴

Auf der anderen Seite gehören der Meta Platforms, Inc., die meist als Meta bezeichnet wird, nicht nur das weltweit erfolgreichste soziale Netzwerke Facebook, sondern auch noch die sozialen Netzwerke Instagram und Threads sowie der überaus bedeutsame Instant-Messenger Dienst WhatsApp. Damit hat auch Meta eine potenzielle Meinungsmacht, die weit größer ist als diejenige aller deutschen Zeitungsverlage.

6. Fazit

Schon angesichts der Zahlen, die sich auf die Nutzung von Intermediären beziehen, besteht kein Zweifel daran, dass die durch Intermediäre vermittelten Inhalte, seien sie informierender oder unterhaltender Art, professionell aufbereitet oder nicht, für die Information und die Wertvorstellungen der Bürgerinnen und Bürger eine erhebliche und immer weiter zunehmende Rolle spielen. Zudem findet ein Zusammenspiel zwischen den durch die Intermediäre massenhaft verbreiteten Inhalte und der Berichterstattung in den klassischen Medien statt. Darüber hinaus sind die großen Intermediäre kampagnenfähig, da sie sich auch selbst zur Wahrnehmung ihrer Interessen ihres Instrumentariums bedienen können. Schließlich führt die zunehmende Konzentration in diesem Bereich dazu, dass die potenzielle Meinungsmacht der Intermediäre ganz erheblich angestiegen ist. Sie sind also für die öffentliche Willensbildung von zentraler Bedeutung und in der Lage, diese in erheblichem Umfang zu beeinflussen.

14 Dörr, in: Taeger (Fn. 8), S. 5.

III. Die Sicherung der Meinungsvielfalt

1. Die Pflichtaufgabe der Vielfaltssicherung

Nach ständiger, wenn auch nicht unumstrittener¹⁵ Rechtsprechung¹⁶ des Bundesverfassungsgerichts handelt es sich bei der Rundfunkfreiheit um eine „dienende Freiheit“ und damit um ein in erster Linie drittnütziges Freiheitsrecht, das der freien, individuellen und öffentlichen Meinungsbildung dient.¹⁷ Im Zuge dieser Deutung tritt die objektive Seite des Grundrechts in den Vordergrund. Zwar werden durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG auch subjektive Rechte vermittelt, allerdings sind diese auf die objektive Seite des Grundrechts und damit funktionsbezogen ausgerichtet. Diese Sonderdogmatik findet ihre Legitimation in dem hervorstechenden Wert der elektronischen Medien für den freiheitlichen demokratischen Rechtsstaat, die einen gewichtigen Beitrag zum öffentlichen Meinungsbildungsprozess leisten. Dieser Prozess stellt eine Grundvoraussetzung für eine funktionsfähige freiheitliche Demokratie dar.¹⁸

Die Art und Weise der Informationsvermittlung gerade des Fernsehens und vergleichbarer Onlineangebote in tonunterstützten Bewegtbildern führt zu einer besonderen Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft.¹⁹ Diese Wirkungsmächte machen eine positive Ordnung notwendig, da mit ihnen ein großes Gefährdungspotenzial einhergeht, die Bevölkerung einseitig ausgerichtet an bestimmten Interessen zu beeinflussen. Daher trifft den Staat eine Strukturverantwortung zur effektiven Vielfaltsicherung bei den elektronischen Medien, wobei die beschriebenen Wirkungsmächte durch die Entwicklung der Kommunikationstechnologien und der Medienmärkte keineswegs entfallen sind, sondern ganz im Gegenteil noch ver-

15 Siehe hierzu *H. Gersdorf*, Grundzüge des Rundfunkrechts, München 2003, Rn. 69 und *R. Ricker/P. Schiwy*, Rundfunkverfassungsrecht, München 1997, B. Rn. 130 ff. jeweils m. w. N.; *U. Fink*, Wem dient die Rundfunkfreiheit?, DÖV 1992, 805 (806 ff.).

16 Vgl. nur BVerfGE 158, 389 (416 f.); 136, 9 (28); 57, 295 (319), ständige Rechtsprechung.

17 Siehe hierzu *D. Dörr/R. Schwartmann/L. Mühlhbeck*, Medienrecht, 7. Aufl., Heidelberg 2023, Rn. 220; zum dienenden Charakter der Rundfunkfreiheit grundlegend *Burmeister*, Medienmarkt und Menschenwürde, in: EMR (Hrsg.), EMR-Dialog, München 1992, S. 38, (55 ff.); *M. Stock*, Medienfreiheit als Funktionsgrundrecht, München 1985, S. 325 ff.

18 Vgl. hierzu *D. Dörr/S. Schiedermaier*, Ein kohärentes Konzentrationsrecht für die Medienlandschaft in Deutschland, Frankfurt a.M. 2007, S. 14.

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

stärkt werden.²⁰ Wie der Gesetzgeber diesem Auftrag gerecht wird, ist ihm zwar grundsätzlich überlassen. Seine Pflichtaufgabe besteht aber darin, vorherrschende Meinungsmacht vorbeugend zu verhindern.²¹ Diese Pflichtaufgabe wird auch als negative Vielfaltssicherung bezeichnet. Den Begriff der vorherrschenden Meinungsmacht definiert das Bundesverfassungsgericht in seinem sog. Niedersachsen-Urteil als „einseitiger[n], in hohem Maße ungleichgewichtiger[n] Einfluss[es] einzelner Veranstalter oder Programme auf die Bildung der öffentlichen Meinung“.²²

Damit wird allerdings dem Pluralismusgebot als Strukturmaxime des Medienrechts noch nicht genüge getan. Es verlangt zusätzlich, dass Meinungen in möglicher Breite und Vollständigkeit in einem umfassenden Sinne vermittelt werden. Diese Aufgabe obliegt den elektronischen Medien in ihrer Gesamtheit. Hieraus ergibt sich die verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers, ein funktionierendes Vielfaltsicherungssystem anhand materieller, organisatorischer und prozeduraler Regeln zu gestalten und dieses fortlaufend zu hinterfragen und zu verbessern.²³ Insoweit spricht man von positiver Vielfaltssicherung. Dabei handelt es sich letztendlich um einen Optimierungsauftrag.²⁴

2. Die Regelungen im Medienstaatsvertrag

a) Die unzureichende Einbeziehung der Intermediäre in den Medienstaatsvertrag

Es ist durchaus anzuerkennen, dass die Länder auf die Herausforderungen, die mit der Digitalisierung verbunden sind, ein Stück weit reagiert haben. So sind die Medienintermediäre durch die Bestimmungen der §§ 2 Abs. 2 Nr. 16 in Verbindung mit §§ 91 ff. MStV teilweise in den Medienstaatsvertrag einbezogen worden. Ausgangspunkt für die Frage, ob und inwieweit die Intermediäre in den MStV einbezogen werden, ist die Bestimmung des § 2 Abs. 2 Nr. 16 MStV. Sie definiert die „Medienintermediäre“ als Intermediäre, die auch journalistisch-redaktionelle Angebote Dritter „aggregieren, selektieren und allgemein zugänglich präsentieren“ und damit (potentiell)

20 BVerfGE 121, 30 (51); 136, 9 (28).

21 BVerfGE 73, 118 (159).

22 BVerfGE 73, 118 (160).

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

24 BVerfGE 121, 30 (51); 136, 9 (28).

Meinungsbildungsrelevanz haben. Die amtliche Begründung führt Regelbeispiele der genannten Dienste an. Insbesondere seien Suchmaschinen, Soziale Netzwerke, User Generated Content Portale, Blogging Portale und News Aggregatoren als Medienintermediäre einzustufen.

Damit bleiben Intermediäre ohne journalistisch- redaktionelle Angebote Dritter aus dem Anwendungsbereich des Medienstaatsvertrages ausgeklammert. Die Begrenzung auf Intermediäre, die auch journalistisch- redaktionelle Angebote Dritter enthalten, ist abzulehnen. Ihr liegt die Vorstellung zugrunde, dass die journalistisch-redaktionelle Gestaltung für die Meinungsbildungsrelevanz von entscheidender Bedeutung ist. Diese Vorstellung geht, wie bereits dargelegt wurde, fehl. Zutreffend hat das Bundesverfassungsgericht bereits in seinem Urteil vom 26. Februar 2008²⁵ zu Recht hervorgehoben, dass etwa auch Beiträge, die die Normalität des Alltagslebens oder in keiner Weise anstößige Handlungsweisen prominenter Personen der Öffentlichkeit vor Augen führen, der Meinungsbildung zu Fragen von allgemeinem Interesse dienen können.²⁶ Unterhaltende Beiträge können Realitätsbilder vermitteln und Gesprächsgegenstände zur Verfügung stellen, an die sich Diskussionsprozesse anschließen, die sich auf Lebenseinstellungen, Werthaltungen und Verhaltensmuster beziehen. Damit erfüllen unterhaltende Beiträge insofern eine wichtige gesellschaftliche Funktion und tragen zur öffentlichen Meinungsbildung entscheidend bei.²⁷ Diese für den Bereich der Presse gemachten Ausführungen gelten auch und erst recht für die Welt des Internets.²⁸ Daher sollten alle Intermediäre in den Medienstaatsvertrag einbezogen und das einschränkende Merkmal „journalistisch-redaktionell“ ersatzlos gestrichen werden.²⁹

b) Die Regelungen zur Transparenz und zum Diskriminierungsverbot

Für die Medienintermediäre sind in §§ 91 ff. MStV Vorgaben enthalten, die die Medienvielfalt positiv sichern sollen. Dabei sind die Vorgaben zur Transparenz (§ 93 MStV) und das Diskriminierungsverbot (§ 93 MStV) hervorzuheben.

25 BVerfGE 120, 180.

26 BVerfGE 120, 180 (203).

27 BVerfGE 120, 180, (204).

28 Vgl. dazu oben II. 3.

29 Eingehend dazu D. Dörr, in: Heidelberger Kommentar Medienstaatsvertrag (Fn. 11), § 2 MStV, Rn.124 ff. m.w.N.

Allerdings gelten auch die detaillierten Anforderungen zur Transparenz nicht für alle Intermediäre, sondern nur für solche, die (auch) journalistisch redaktionelle Angebote Dritter aggregieren, selektieren und allgemein zugänglich präsentieren.³⁰ Zudem bedürfen die Transparenzvorgaben noch bestimmter Ergänzungen. So sollten die Anbieter von Intermediären auch dazu verpflichtet werden, Angaben darüber zu machen, welchen Einfluss personenbezogene Daten des Nutzers sowie das vorangegangene Nutzungsverhalten auf die Aggregation, Selektion und Präsentation von Inhalten haben. Zu begrüßen ist, dass die Transparenzregelung durch § 92 MStV dahingehend ergänzt wird, dass Anbieter von Medienintermediären im Inland einen Zustellungsbevollmächtigten zu benennen haben und dass auf ihrem Angebot in leicht erkennbarer und unmittelbar erreichbarer Weise auf ihn aufmerksam zu machen ist.

Es ist ebenfalls zu begrüßen, dass im Medienstaatsvertrag ein Diskriminierungsverbot für Intermediäre durch § 94 MStV verankert wird. Allerdings ist die Beschränkung des Diskriminierungsverbots auf „journalistisch-redaktionell gestaltete“ Angebote, „auf deren Wahrnehmbarkeit die jeweiligen Medienintermediäre potentiell besonders hohen Einfluss haben“, verfehlt. Daher sollten die Worte „journalistisch-redaktionell gestaltete“ sowie „auf deren Wahrnehmbarkeit sie potentiell besonders hohen Einfluss haben“ in § 94 Abs. 1 MStV bei nächster Gelegenheit ersatzlos gestrichen werden.

c) Das Fehlen eines medienübergreifenden Vielfaltssicherungsrechts

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind Vorschriften verfassungsrechtlich geboten, die vorherrschende Meinungsmacht vorbeugend und effektiv verhindern. Einfachgesetzlich hatten die Länder das sog. Medienkonzentrationsrecht in § 26 RStV verankert, um diesen Vorgaben gerecht zu werden. Die Vorschrift des § 26 RStV wurde unverändert in den MStV als § 60 MStV übernommen.

Diese Bestimmung ist fernsehzentriert und in der analogen Welt verhaftet. Sie stellt im Wesentlichen auf die Zuschaueranteile im bundesweiten privaten Fernsehen ab und berücksichtigt crossmediale Effekte nur ausnahmsweise. Vorherrschende Meinungsmacht kann aber insbesondere aus der Konzentration unterschiedlicher Medien entstehen.

30 Vgl. oben III. 2. a).

Zur Auslegung von § 26 Abs. 1 und 2 RStV (nunmehr § 60 Abs. 1 und 2 MStV) hat das Bundesverwaltungsgericht anknüpfend an seine Entscheidung vom 24. November 2010³¹ in seinem Urteil vom 29. Januar 2014³² grundlegend Stellung genommen. Zwar komme auch eine Annahme vorherrschender Meinungsmacht nach § 26 Abs. 1 RStV (nunmehr § 60 Abs. 1 MStV) in Betracht, wenn die Voraussetzungen des § 26 Abs. 2 RStV (nunmehr § 60 Abs. 2 MStV) nicht gegeben seien.³³ Soweit die Schwellenwerte von 30% bzw. 25 % Zuschaueranteil des § 26 Abs. 2 RStV (nunmehr § 60 Abs. 2 MStV) nicht erreicht werden, darf aber nach Ansicht des Senats vorherrschende Meinungsmacht nur aus gewichtigen Gründen und nach einer Gesamtabwägung angenommen werden, da die Bestimmung als Leitbild mit Regelbeispielscharakter zu verstehen sei. Aus diesem Grunde sei eine Annahme vorherrschender Meinungsmacht bei einem Zuschaueranteil unterhalb von 20 % jedenfalls in der Regel ausgeschlossen, da das Gesetz in § 26 Abs. 2 S. 1 und 2 RStV (nunmehr § 60 Abs. 2 S. 1 und 2 MStV) mit 30 Prozent und 25 Prozent in Fünferschritten vorgehe.³⁴ Ob von der so ermittelten 20 Prozent Untergrenze Ausnahmen denkbar sind, lässt der Senat ausdrücklich offen.³⁵ Zur Ermittlung des maßgeblichen Zuschaueranteils sind nach Auffassung des Senats auch im Rahmen des § 26 Abs. 1 RStV a.F. (nunmehr § 60 Abs. 1 MStV) die Boni für Dritt- und Regionalfenster von insgesamt 5 % nach § 26 Abs. 2 S. 3 RStV (nunmehr § 60 Abs. 2 S. 3 MStV) vorab abzuziehen, auch wenn der Wortlaut der Vorschrift nicht eindeutig sei.³⁶

Diese Entscheidung hat zur Folge, dass nur noch dann medienrelevante verwandte Märkte, also etwa Intermediäre, in die Prüfung einbezogen werden, also crossmediale Effekte berücksichtigen werden dürfen, wenn der maßgebliche Zuschaueranteil aller dem Unternehmen zuzurechnenden Fernsehprogramme mindestens 20 Prozent beträgt. Bei der Ermittlung dieses Zuschaueranteils sind die Boni für Regional- und Drittfenster von insgesamt 5 Prozent vorab abzuziehen.

Damit wird der Anwendungsbereich des § 26 Abs. 1 RStV, ohne dass hier auf weitere Einzelheiten eingegangen werden kann, nahezu auf Null eingeschränkt. Auch deshalb wird seit langem über eine grundlegende

31 BVerwGE 138, 186.

32 BVerwGE 149, 52 = MMR 2015, 67.

33 BVerwG, MMR 2015, 67 (68).

34 BVerwG, MMR 2015, 67 (68).

35 BVerwG, MMR 2015, 67 (68 f.).

36 BVerwG, MMR 2015, 67 (69).

Reform des § 26 RStV mit dem Ziel diskutiert, ein medienübergreifendes Vielfaltsicherung voranzutreiben.

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

Bislang fehlen aber immer noch überzeugende Vorschläge der Länder für die notwendigen und verfassungsrechtlich gebotenen Änderungen des Medienkonzentrationsrechts.³⁷

d) Die notwendige Stärkung des Telemedienauftrags für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk

Schließlich wächst angesichts der aufgezeigten Gefahren die Bedeutung der dem beitragsfinanzierten öffentlich-rechtlichen Rundfunk obliegenden Aufgabe, durch authentische, sorgfältig recherchierte Informationen, die Fakten und Meinungen auseinanderhalten, die Wirklichkeit nicht verzerrt darzustellen und das Sensationelle nicht in den Vordergrund zu rücken,

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

ein vielfaltssicherndes und Orientierungshilfe bietendes Gegengewicht zu bilden.³⁸

Bereits im Zweiundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag, der am 1. Mai 2019 in Kraft trat, haben die Länder den Telemedienauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ausgebaut, indem sie § 11d RStV umfassend überarbeiteten. Die überarbeitete Fassung wurde als § 30 MStV in den Medienstaatsvertrag übernommen. Sie erweitert den Telemedienauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gegenüber der bis zum Zweiundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag geltenden Rechtslage erheblich. So wurde die in Absatz 4 enthaltene Regelung, dass öffentlich-rechtliche Telemedienangebote über Drittportale verbreitet werden dürfen und dass die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, das ZDF und das Deutschlandradio ihre Telemedien miteinander vernetzen und auch auf Inhalte verlinken sollen, die Einrichtungen der Wissenschaft und Kultur anbieten, neu aufgenommen. Zudem dürfen nach § 30 Abs. 2 Nr. 1 MStV eigenständige audiovisuelle Inhalte zum Abruf bereitgestellt werden, Die öffentlich-rechtlichen Veranstalter können auf dieser Grundlage selbständige Telemedienangebote entwickeln, die gerade nicht vor- oder nachher als Programme linear ausgestrahlt werden. Sie müssen auch keinen Bezug zum ausgestrahlten Programm aufweisen. Diese Angebote zielen auf Nutzergruppen, bei denen herkömmliche klassische Rundfunksendungen nicht oder kaum mehr genutzt werden. Dadurch können die eigenen elektronischen Plattformen zu einem eigenständigen, vom linearen Programm unabhängigen Angebot ausgebaut werden. Schließlich gestattet diese Bestimmung im Unterschied zu der bis zum Zweiundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag geltenden Regelung den Abruf von Sendungen der Programme des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nicht nur nach, sondern ausdrücklich auch vor deren (linearer) Ausstrahlung. Mit diesen umfassenden Erweiterungen des Telemedienauftrags wurden Forderungen aufgegriffen und umgesetzt, die in einer für das ZDF erstellten Studie aufgestellt und begründet wurden.³⁹

Allerdings bleibt die gestalterische Begrenzung, die mit dem weiterhin bestehenden Verbot presseähnlicher Angebote verbunden ist, zumindest zweifelhaft. So wird eingewandt, dass dieses Verbot einen schweren Eingriff

38 Eingehend dazu Dörr/Holznagel/Picot (Fn. 2), S. 39 ff. u. 91 ff.

39 Vgl. Dörr/Holznagel/Picot (Fn. 2), S. 96 f., 98 f. u. 100 f.

in die Rundfunkfreiheit darstelle, der nicht gerechtfertigt werden könne.⁴⁰ Das Verbot erschwert die Erfüllung des verfassungsrechtlichen Telemedien-funktionsauftrags der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zumindest partiell und beschneidet ihre Programmautonomie in inhaltlicher und gestalterischer Hinsicht in nicht unerheblicher Weise. Dieses im Einzelnen kompliziert gestaltete Verbot findet sich in § 30 Abs. 7 MStV.

IV. Rechtsschutz gegen Hass und Hetze

Wie bereits dargelegt ermöglichen es die mit der Digitalisierung einhergehenden Entwicklungen auch, falsche Tatsachenbehauptungen sowie beleidigende, herabsetzende und sexistische Kommentare mittels der Intermediäre ohne Schwierigkeiten zu verbreiten und einem unbegrenzten Personenkreis zugänglich zu machen, wodurch schwere Verletzungen des Persönlichkeitsrechts mit erheblichen Folgen für die davon Betroffenen eintreten können. Daher stehen Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet mehr denn je im Fokus der Medien. Gerade beleidigende, sexistische und zur Gewalt anstachelnde Kommentare in sozialen Netzwerken beschäftigen die Gesetzgebung⁴¹ und die Gerichte immer mehr. Die bestehende Anonymität und die besonders in Erscheinung tretende Gruppendynamik im Internet begünstigen auch, dass vermeintlich harmlose Delikte in schwerwiegende Straftaten gegen Leib und Leben umschlagen können. Zutreffend ist darauf hingewiesen worden, dass ein Grund für die Verrohung der Kommunikation in der durch § 13 Abs. 6 Satz 1 TMG ermöglichten Anonymität zu liegen scheint.

Daher muss es für die durch solche Kommentare in ihrem Persönlichkeitsrecht Verletzten möglich sein, gegen die Verletzer zivilrechtlich wirksam vorzugehen. In diesem Zusammenhang ist von entscheidender Bedeutung, welche Bedeutung dem Persönlichkeitsrecht der Betroffenen gegenüber der Meinungsfreiheit der sich Äußernden bei der Abwägung im Rahmen zivilrechtlicher Unterlassungsansprüche bzw. der strafrechtlichen Normen des §§ 185 ff. StGB und § 193 StGB zukommt. Hierbei scheinen einige Zivilgerichte immer noch davon auszugehen, dass der Meinungs-

40 Vgl. dazu im Einzelnen Dörr, in: Heidelberger Kommentar Medienstaatsvertrag (Fn. 11), § 30 MStV Rn. 68 ff.

41 Auf die gesetzgeberischen Maßnahmen auf nationaler und europäischer Ebene wird in diesem Beitrag nicht eingegangen.

freiheit stets der Vorrang gebühre, wenn es sich nicht um Schmähkritik oder eine Verletzung der Menschenwürde handelt. Das erschreckendste Beispiel für eine solche grob fehlerhafte Rechtsanwendung stellen die nur als skandalös zu bezeichnenden Entscheidungen des LG Berlin vom 9.9.2019⁴² und vom 21.1.2020⁴³, sowie die Beschlüsse des KG Berlin vom 11.3.2020⁴⁴ und 6.4.2020⁴⁵ im Fall *Renate Künast* dar.⁴⁶ In den Entscheidungen ging es um 22 grob herabsetzende, sexistische und fäkalsprachliche Kommentare zu einem sie betreffenden Post bei *Facebook*, die selbst in der nach der erfolgreichen Verfassungsbeschwerde von Renate Künast erfolgten Entscheidung des Bundesverfassungsgericht angesichts ihres fäkalsprachlichen, grob beleidigenden und sexistischen Inhalte teilweise nur abgekürzt wiedergegeben werden. Abgesehen davon, dass man selbst bei Anlegung strengster Maßstäbe schlechterdings nicht – wie das LG Berlin in seinen beiden Beschlüssen – zum Ergebnis kommen kann, dass etwa die Kommentare „Pfui du altes grünes Dreckschwein ...“, „Gehirn Amputiert“ und „Sie alte perverse Drecksau!!!!!!“ nicht als Schmähungen einzustufen seien, weil sie nach seiner Auffassung einen Beitrag zur Sachdebatte darstellen,⁴⁷ lassen die Entscheidungen nach der Verneinung einer Schmähkritik bei allen, so die erste Entscheidung des LG Berlin, bzw. 10 Kommentaren, so die Entscheidungen des KG Berlin, jedwede Abwägung zwischen dem Persönlichkeitsrecht und der Meinungsfreiheit vermissen und verfehlen deshalb eklatant die verfassungsrechtlichen Vorgaben.

Nach diesen Vorgaben ist grundsätzlich stets eine abwägende Gewichtung der Beeinträchtigungen vorzunehmen, die den betroffenen Rechtsgütern und Interessen, hier also der Meinungsfreiheit und der persönlichen Ehre als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, drohen.⁴⁸ Eine Abwägung ist nur dann entbehrlich, wenn sich die in Rede stehenden Äußerun-

42 LG Berlin v. 9.9.2019 - 27 AR 17/19, MMR 2019, 754.

43 LG Berlin v. 21.1.2020 - 27 AR 17/19, K&R 2020, 231.

44 KG Berlin v. 11.3.2020 - 10 W 13/20, MMR 2020, 867.

45 KG Berlin v. 6.4.2020 - 10 W 13/20, BeckRS 2020, 53598.

46 Eingehend dazu *D. Dörr*, Es gab mal Richter in Berlin, Der Künast-Beschluss des Kammergerichts und die Auswirkungen, *epd medien* 38/2020, 3 ff.; *D. Dörr*, Die Künast -Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts – Ein Meilenstein im Kampf gegen Hass und Hetze, in: C. Mensching/S. Vendt/J. Hegemann (Hrsg.), *Festschrift für Gernot Lehr*, Köln 2022, S. 77 ff.

47 Man muss sich, polemisch ausgedrückt, wirklich fragen, in welcher Weise die beteiligten Richterinnen und Richter Sachdebatten führen, so *Dörr* (Fn. 46), *epd medien* 38/2020, 6.

48 BVerfGE 7, 198 (212; 85, 1 (16)); 93, 266 (293).

gen als Schmähung, als Formalbeleidigung oder als Angriff auf die Menschenwürde erweisen.⁴⁹ In solchen Fällen geht das Persönlichkeitsrecht der Meinungsfreiheit vor.

Die 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat in vier Beschlüssen vom 19.6.2020⁵⁰ diese Rechtsprechung zum Spannungsverhältnis von Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht bei ehrverletzenden Äußerungen nochmals klarstellend zusammengefasst und ein Stück weit präzisiert. Die Karlsruher Richter halten daran fest, dass bei herabsetzenden Äußerungen, die die Menschenwürde eines anderen antasten oder sich als Formalbeleidigung oder Schmähung darstellen, die Meinungsfreiheit stets hinter den Ehrenschatz zurückzutreten hat, ohne dass es einer Einzelfallabwägung bedarf. Wenn aber die Menschenwürde nicht angetastet wird und auch keine Schmähkritik oder Formalbeleidigung vorliegt, folgt daraus noch keine Vorfestlegung dahingehend, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht zurückzutreten hat und keine Beleidigung vorliegt. Insbesondere ergibt sich eine solche Vorfestlegung für die Meinungsfreiheit auch nicht aus der Vermutung zugunsten der freien Rede.⁵¹ Voraussetzung einer strafrechtlichen Sanktion ist vielmehr eine grundrechtlich angeleitete Abwägung, die an die wertungsoffenen Tatbestandsmerkmale und Strafbarkeitsvoraussetzungen des Strafgesetzbuchs, insbesondere die Begriffe der „Beleidigung“ in § 185 StGB und der „Wahrnehmung berechtigter Interessen“ in § 193 StGB, anknüpft.⁵² Dabei ist diese Abwägung offen und verlangt eine der konstitutiven Bedeutung der Meinungsfreiheit Rechnung tragende Begründung in Fällen, in denen Äußerungen im oben genannten Sinne im Wege der Abwägung hinter dem Persönlichkeitsschutz zurücktreten sollen.⁵³

In seiner Künast-Entscheidung vom 19.12.2021⁵⁴ hat sich das Bundesverfassungsgericht nicht mit der Feststellung begnügt, dass die Beschlüsse des LG Berlin und des KG Berlin schon wegen der vollständig fehlenden

49 BVerfGE 99, 186 (195).

50 BVerfG, Beschl. der 2. Kammer des Ersten Senats v. 19.5.2020 - 1 BvR 2459/19, 1 BvR 2397/19, 1 BvR 1094/19 und 1 BvR 362/18.

51 So auch D. Dörr, Grundlagen des Medienrechts, in: D. Dörr/J. Kreile/M. D. Cole (Hrsg.), Medienrecht, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 2022, Kap. B Rz. 233.

52 BVerfG, Beschl. der 2. Kammer des Ersten Senats v. 19.5.2020 - 1 BvR 2459/19, Rz. 16.

53 BVerfG, Beschl. der 2. Kammer des Ersten Senats v. 19.5.2020, 1 BvR 2397/19, Rz. 16, 1 BvR 2459/19, Rz. 16, 1 BvR 1094/19, Rz. 16, 1 BvR 362/18, Rz. 16.

54 BVerfG, Beschl. der 2. Kammer des Ersten Senats v. 19.12.2021 - 1 BvR 1073/20 -, Rz. 1-53.

Abwägung verfassungswidrig waren und die Beschwerdeführerin in ihrem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verletzt. Vielmehr hat es auch die zentralen Gesichtspunkte herausgearbeitet, die bei der Abwägung in der digitalen Welt zu berücksichtigen sind.

Danach ist das bei der Abwägung anzusetzende Gewicht der Meinungsfreiheit umso stärker zu berücksichtigen, je mehr die Äußerung darauf zielt, einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung zu leisten, und umso geringer, je mehr es hiervon unabhängig lediglich um die emotionalisierende Verbreitung von Stimmungen gegen einzelne Personen geht.⁵⁵

Zudem sind unter dem Aspekt der Machtkritik die Grenzen zulässiger Kritik an Politikerinnen und Politikern zwar weiterzuziehen als bei Privatpersonen. Dies bedeutet aber gerade nicht, dass jede auch ins Persönliche gehende Beschimpfung von Amtsträgerinnen und Amtsträgern oder Politikerinnen und Politikern erlaubt ist. Gegenüber einer auf die Person abzielenden, insbesondere öffentlichen Verächtlichmachung oder Hetze setzt die Verfassung gerade auch für Äußerungen gegenüber Personen des öffentlichen Lebens und Amtsträgerinnen und Amtsträger klare Grenzen,⁵⁶ zumal insbesondere unter den Bedingungen der Verbreitung von Informationen durch „soziale Netzwerke“ im Internet ein wirksamer Schutz der Persönlichkeitsrechte von Amtsträgerinnen und Amtsträgern sowie Politikerinnen und Politikern über die Bedeutung für die jeweils Betroffenen hinaus im öffentlichen Interesse liegt, was das Gewicht dieser Rechte in der Abwägung verstärken kann. Denn eine Bereitschaft zur Mitwirkung in Staat und Gesellschaft kann nur erwartet werden, wenn für diejenigen, die sich engagieren und öffentlich einbringen, ein hinreichender Schutz ihrer Persönlichkeitsrechte gewährleistet ist.⁵⁷

Schließlich kann bei schriftlichen Äußerungen ein höheres Maß an Bedacht und Zurückhaltung erwartet werden. Dies gilt auch für textliche Äußerungen in den „sozialen Netzwerken“ im Internet.⁵⁸ Dabei ist auch

55 BVerfG, Beschl. der 2. Kammer des Ersten Senats v. 19.12.2021 - 1 BvR 1073/20 -, Rz. 31.

56 BVerfG, Beschl. der 2. Kammer des Ersten Senats v. 19.12.2021 - 1 BvR 1073/20 -, Rz. 33 f.

57 So BVerfG, Beschl. der 2. Kammer des Ersten Senats v. 19.12.2021 - 1 BvR 1073/20 -, Rz. 35.

58 BVerfG, Beschl. der 2. Kammer des Ersten Senats v. 19.12.2021 - 1 BvR 1073/20 -, Rz. 36.

die ehrbeeinträchtigende Wirkung einer Äußerung im Internet zu beachten, wobei hier auf die konkrete Breitenwirkung abzustellen ist.⁵⁹

Mit der Kammerentscheidung hat das Bundesverfassungsgericht der Verrohung der Debattenkultur und der massenhaften Verbreitung von Hass und Hetze im Internet klare und eindeutige Grenzen gesetzt. Es bleibt zu hoffen, dass die Zivil- und Straferichte diese „Leitplanken“ zukünftig beachten, was allerdings immer noch nicht durchgängig der Fall zu sein scheint.⁶⁰

IV. Zusammenfassung

Nach dem Grundgesetz sind die Länder verpflichtet, eine Medienordnung zu schaffen, die vorherrschende Meinungsmacht verhindert (negative Vielfaltssicherung) sowie die Vielfalt der bestehenden Meinungen vermittelt (positive Vielfaltssicherung). Eine vielfältige und umfassende Information bildet die Grundlage einer freien Meinungsbildung der Bevölkerung und ist damit auch eine unabdingbare Voraussetzung der durch das Grundgesetz vorgegebenen freiheitlichen Demokratie. Daher müssen die Länder durch ihre Medienordnung eine effektive Vielfaltsicherung auch in der digitalen Welt sicherstellen.

Die Regelungen im Medienstaatsvertrag werden diesen Anforderungen nicht im vollen Umfang gerecht. Das unverändert fortbestehende fernsehzentrierte Modell des geltenden Medienkonzentrationsrecht ist nicht in der Lage, vorherrschende Meinungsmacht unter den Bedingungen der digitalen Welt vorbeugend und effektiv zu verhindern. Schon deshalb ist eine Novellierung des Medienstaatsvertrages seitens der zuständigen Länder zwingend geboten. Dabei müssen auch die Intermediäre in die Regelung einbezogen werden. Sie sind schon deshalb für die Meinungsbildung relevant, weil sie auch eigene Inhalte anbieten. Zudem ermöglichen und organisieren sie die massenhafte Verbreitung von Inhalten Dritter, die vormals der Individualkommunikation zuzurechnen waren. Auch steuern und bestimmen sie mittels Algorithmen, künstlicher Intelligenz und Personalisierung den Zugang zu diesen Informationen mit. Daher sind sie für die öffentliche Willensbildung in der digitalen Medienwelt von zentraler

59 BVerfG, Beschl. der 2. Kammer des Ersten Senats v. 19.12.2021 - 1 BvR 1073/20 -, Rz. 37.

60 Eingehend dazu *D. Dörr*, in: Festschrift Lehr (Fn. 46), S.77 ff.

Bedeutung und in der Lage, diese in erheblichem Umfang zu beeinflussen. Vor dem Hintergrund dieser Feststellung sind die Länder im Interesse einer verfassungsrechtlich gebotenen effektiven Vielfaltssicherung verpflichtet, ein medienübergreifendes Vielfaltssicherungsrecht zu schaffen, das die Intermediäre einbezieht.

Die im Medienstaatsvertrages enthaltenen Vorschriften zur Regulierung von Medienintermediären (Diskriminierungsfreiheit, Transparenz) nehmen den Grundgedanken zur Auffindbarkeit entsprechend der Plattformregulierung logisch auf. Sie sollten auf alle Intermediäre erweitert und an einzelnen Punkten verändert werden.

Auch bedarf es verfahrensrechtlicher Vorgaben, die gewährleisten, dass die Vorschriften zur Transparenz- und zum Verbot von Diskriminierungen sachgerecht ausgelegt und durchgesetzt werden können. Daher stellt es eine wichtige Aufgabe für die Länder dar, ein entsprechendes Instrumentarium zu erarbeiten und bei nächster Gelegenheit im Medienstaatsvertrag zu verankern.

Schließlich ist die erfolgte Stärkung des Telemedienauftrags für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk im Interesse der Vielfaltssicherung zu begrüßen. Weiterhin bestehende Einschränkungen sollten kritisch überprüft werden.

Angesichts des Ausmaßes an Hass und Hetze im Internet ist bei der Abwägung mit der Meinungsfreiheit dem Persönlichkeitsrecht das ihm gebührende Gewicht zuzubilligen. Hierbei sind die zentralen Gesichtspunkte zu berücksichtigen, die das Bundesverfassungsgericht in seiner Künast-Entscheidung vom 19.12.2021⁶¹ aufgeführt hat.

61 BVerfG, Beschl. der 2. Kammer des Ersten Senats v. 19.12.2021 - 1 BvR 1073/20 -, Rz. 1-53.

Die „Causa Berlusconi“

– eine Herausforderung für das Gebot der Staatsferne

Ralf Müller-Terpitz und Sarah Uebber

I. Einführung

„(D)er Staat (darf nicht) unmittelbar oder mittelbar eine Anstalt oder Gesellschaft beherrsch(en), die Rundfunksendungen veranstaltet.“¹ Diese vom Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung immer wieder hervor gehobene Sentenz bringt das einer rechtsstaatlichen Demokratie immanente Gebot der Staatsferne des Rundfunks zum Ausdruck. Verfassungsrechtlich in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG verankert und einfachgesetzlich durch § 53 Abs. 3 MStV ausbuchstabiert,² dient es der publizistischen Vielfaltssicherung und damit der Ermöglichung einer freien Meinungsbildung.³

Im Jahre 2022 erfuhr dieser Grundsatz zum wiederholten Male starke Aufmerksamkeit, als bekannt wurde, dass sich der viermalige Ministerpräsident Italiens *Silvio Berlusconi* – zum damaligen Zeitpunkt Präsident der italienischen Partei *Forza Italia*, für die er als Abgeordneter im Europäischen Parlament saß – anschickte, seine mittelbaren Beteiligungen an einem der beiden großen privaten Rundfunkunternehmen Deutschlands, der ProSiebenSat.1 Media SE, auf über 25% zu steigern.⁴ Vor diesem Hintergrund stellte sich die Frage, ob eine solche mittelbare Beteiligung *Silvio*

1 BVerfGE 12, 205 (263). S. ferner BVerfGE 83, 238 (330); 90, 60 (88).

2 Die Regelung betrifft den bundesweit ausgerichteten Rundfunk. Für den landesweiten, regionalen und lokalen Rundfunk s. bspw. § 13 Abs. 3 Landesmediengesetz Baden-Württemberg (LMedienG) i.d.F. v. 6.12.2022, Art. 4 Gesetz über die Entwicklung, Förderung und Veranstaltung privater Rundfunkangebote und anderer Telemedien in Bayern (BayMG) i.d.F. v. 22.10.2003, zuletzt geändert am 24.3.2022 oder § 6 Landesmediengesetz Nordrhein-Westfalen (LMG NRW) i.d.F. v. 13.4.2022.

3 Vgl. BVerfGE 136, 9 (28).

4 Konkret war beabsichtigt, über ein von *Silvio Berlusconi* kontrolliertes Firmengeflecht (Finninvest S.p.A, MFE MEDIAFOREUROPE NV., Mediaset España Comunicación S.A.) durch die Ausübung von Finanzinstrumenten und den Erwerb börsennotierter Aktien die Anteile an ProSiebenSat.1 von knapp 22% auf über 25% des Grundkapitals zu erhöhen. Näher dazu Beschluss der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) v. 11.11.2022, Az. 1132, sub I.

Berlusconi an einem deutschen Fernsehunternehmen mit dem deutschen Medienrecht in Einklang stand. Laut § 63 S. 3 MStV dürfen Veränderungen von Beteiligungsverhältnissen an einem Fernsehveranstalter wie ProSiebenSat.1 von der zuständigen Landesmedienanstalt nämlich nur dann als unbedenklich bestätigt werden, wenn unter den veränderten Voraussetzungen gemäß § 52 Abs. 1 MStV i.V.m. § 53 MStV eine Rundfunkzulassung erteilt werden könnte. Allerdings verbietet § 53 Abs. 3 S. 1 und 2 MStV die Erteilung einer solchen Zulassung an „juristische Personen des öffentlichen Rechts (...), an deren gesetzliche Vertreter und leitende Bedienstete sowie an politische Parteien und Wählervereinigungen. Gleiches gilt für Unternehmen, die im Verhältnis eines verbundenen Unternehmens im Sinne des § 15 des Aktiengesetzes zu den in Satz 1 Genannten stehen.“⁵ § 53 Abs. 3 S. 3 MStV schließlich ordnet die entsprechende Geltung dieses Zulassungsverbots „für ausländische öffentliche oder staatliche Stellen“ an.

Inwiefern *Silvio Berlusconi* als Parteivorsitzender der *Forza Italia* und als Abgeordneter des Europaparlaments vom Anwendungsbereich dieses einfachgesetzlich normierten Staatsferne-Gebots erfasst wurde, war unklar und konnte aufgrund seines Ablebens im Juni 2023 letztlich dahingestellt bleiben. Die abstrakte Frage, wie mit der mittelbaren oder gar unmittelbaren Beteiligung eines nationalen oder ausländischen Parteivorsitzenden bzw. Parlamentsabgeordneten an einem deutschen Rundfunkveranstalter juristisch umzugehen ist, bleibt für die Zukunft – insbesondere mit Blick auf mögliche Regelungslücken des § 53 Abs. 3 MStV – indes von Virulenz. Ihr widmet sich der nachfolgende Beitrag in drei Schritten: Zunächst soll § 53 Abs. 3 MStV einer einfachgesetzlichen Auslegung unterzogen werden (II.). Sodann wird der verfassungsrechtliche Gehalt des Gebots der Staatsferne für linearen Rundfunk nachgezeichnet und geprüft, inwiefern § 53 Abs. 3 MStV diesen Vorgaben entspricht (III.). In einem Fazit werden die wesentlichen Ergebnisse dieser Untersuchung schließlich kurz zusammengefasst (IV.).

5 Letztere Voraussetzungen (verbundenes Unternehmen) erfüllte die geplante Transaktion nicht, da – wie ausgeführt – die Beteiligung lediglich auf etwas mehr als 25% gesteigert werden sollte und mit Blick auf die ProSiebenSat.1 Media SE seinerzeit auch nicht von einer Hauptversammlungsmehrheit der von *Silvio Berlusconi* kontrollierten Unternehmen ausgegangen werden konnte.

II. Einfachgesetzliche Interpretation des § 53 Abs. 3 MStV

Um die Staatsferne des Rundfunks als Bollwerk der Meinungsfreiheit und Vielfaltssicherung zu gewährleisten, statuiert § 53 Abs. 3 MStV eine besondere Inkompatibilitätsnorm⁶ in Form eines Zulassungs- bzw. Veranstaltungsverbots: Mit Ausnahme der ihrerseits grundrechtlich geschützten (und deshalb staatsdistanzierten) Kirchen sowie Hochschulen dürfen juristische Personen des öffentlichen Rechts, deren gesetzliche Vertreter und leitende Bedienstete sowie politische Parteien und Wählervereinigungen keinen linearen Rundfunk i.S.d. § 2 Abs. 1 MStV veranstalten.⁷ In der Gesetzesbegründung zu § 20a Abs. 3 RStV – der wortidentischen Vorgängerbestimmung des § 53 Abs. 3 MStV – heißt es zur Verdeutlichung der *ratio legis* dieses Gebots der Staatsferne nur wenig erhellend: „Mit Abs. 3 S. 1 wird klargestellt, dass bestimmte Personen, Personengruppen oder Institutionen keine Zulassung für die Verbreitung bundesweiter privater Rundfunkprogramme erteilt werden kann. Dieser Ausschluss erfolgt mit Blick auf das verfassungsrechtliche Gebot der Staatsferne des Rundfunks.“⁸

1. Juristische Personen des öffentlichen Rechts

a) Tatbestandliche Voraussetzungen

Der Begriff „juristische Personen des öffentlichen Rechts“ in § 53 Abs. 3 S. 1 Var. 1 MStV bezieht sich auf öffentlich-rechtliche Körperschaften, Anstalten und Stiftungen.⁹ Als Gebietskörperschaften fallen hierunter insbesondere die Bundesrepublik Deutschland sowie die Bundesländer. Vorbehaltlich der explizit normierten Ausnahmen (Kirchen, Hochschulen) werden daneben

6 Begrifflichkeit nach M. Martini, in: H. Gersdorf/B. Paal (Hrsg.), Informations- und Medienrecht, München 2021, § 53 MStV Rn. 22.

7 Gemäß § 54 Abs. 4 S. 2 MStV gilt dieses Staatsferne-Gebot nicht nur für den von § 53 Abs. 3 MStV erfassten zulassungspflichtigen, sondern auch für den zulassungsfreien Rundfunk entsprechend. Für beide Konstellationen normiert § 53 Abs. 3 MStV mithin eine Veranstaltungsschranke.

8 LT-Drucks. M-V 5/1279, 41. Allg. zum verfassungsrechtlichen Hintergrund des § 53 Abs. 3 S. 1 MStV U. Bumke/M. Schuler-Harms, in: R. Binder/T. Vesting (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. München 2018, § 20a RStV, Rn. 34; F. Ferreau, Das Vorgehen gegen russischen Staatsfunk auf nationaler und internationaler Ebene, ZUM 2022, 505 (506); Martini, (Fn. 6), § 53 MStV Rn. 21.

9 Vgl. Schuler-Harms, in: R. Binder/T. Vesting (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 5. Aufl. München 2024, § 53 MStV, Rn. 24.

aber auch solche Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts vom Veranstaltungsverbot umfasst, die – wie etwa Gemeinden oder Kammern – lediglich mittelbar in die Organisation des Staates eingegliedert sind.

Das Veranstaltungsverbot erstreckt sich ferner auf natürliche Personen, die einer juristischen Person im vorbeschriebenen Sinne als deren gesetzliche Vertreter oder leitende Bedienstete zuzurechnen sind. Die Frage, warum lediglich dieser enge Personenkreis – und nicht etwa alle Bediensteten der juristischen Person – in den Anwendungsbereich des § 53 Abs. 3 S. 1 MStV einbezogen sind, bleibt sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Kommentarliteratur unbeantwortet. Grund für diese Begrenzung dürfte sein, dass gesetzliche Vertreter und leitende Bedienstete als Repräsentanten ihrer juristischen Personen nicht nur dazu verpflichtet sind, in deren Interesse zu handeln, sondern zudem unmittelbaren Einfluss auf die Leitung, Entwicklung und Art der Aufgabenerfüllung dieser Institutionen ausüben können. Sie beherrschen mithin die juristischen Personen des öffentlichen Rechts und sollen deshalb wie diese von der Möglichkeit, Rundfunk zu veranstalten, ausgeschlossen werden. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass diese gesetzlichen Vertreter und leitenden Bediensteten als „Strohänner“ für ihre juristischen Personen agierten und stellvertretend für diese Rundfunk veranstalteten. Folgerichtig erstreckt § 53 Abs. 3 S. 1 MStV das Gebot der Staatsferne auch auf solche Umgehungs Konstruktionen.

b) Einordnung von Parlamentsabgeordneten

Wie einleitend (I.) bereits erwähnt, war *Silvio Berlusconi* zum geplanten Zeitpunkt der Beteiligungsveränderung Abgeordneter des Europäischen Parlaments. Kraft Art. 47 EUV verfügt die Europäische Union (EU) über Rechtspersönlichkeit¹⁰ und ist – da Trägerin von Rechten und Pflichten – folglich als eine juristische Person des öffentlichen Rechts in Gestalt einer Gebietskörperschaft zu qualifizieren. Über seinen Satz 3 findet die Rundfunkveranstaltungsbeschränkung aus § 53 Abs. 3 S. 1 MStV zudem auf die ausländische internationale Organisation EU und deren Untergliederungen Anwendung. Als Abgeordneter des Europäischen Parlaments war *Silvio Berlusconi* deshalb Mitglied eines zentralen Organs dieser juristischen Per-

10 Allg. hierzu O. Dörr, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, München 2020, Art. 47 EUV, Rn. 23 ff.

son.¹¹ Die Abgeordneten sind dabei „Vertreter der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger“¹² und üben ein freies Mandat aus; entsprechend sind sie weder an Aufträge noch an Weisungen gebunden.¹³

Da es sich beim Abgeordneten als solchem um eine natürliche Person handelt, ist jedoch fraglich, ob er unter die in § 53 Abs. 3 S. 1 MStV genannten Zurechnungspersonen subsumiert werden kann. Zwar ist – wie dargelegt – der einzelne EU-Abgeordnete Vertreter und damit Repräsentant der Unionsvölker. Allerdings ist er mit Blick auf die juristische Person EU, der er angehört, nicht mit den für einen gesetzlichen Vertreter oder leitenden Bediensteten erforderlichen Vertretungs- und Leitungsbefugnissen ausgestattet. Weder ist der einzelne Abgeordnete aufgrund seines freien Mandats dazu verpflichtet, im Interesse der EU zu handeln, noch übt er für sich genommen einen bestimmenden Einfluss auf die Entwicklung dieser Institution aus oder ist mit Befugnissen zu deren gesetzlichen Vertretung ausgestattet. Gleiches gilt im Übrigen für die Abgeordneten des Deutschen Bundestages und der Landtage.¹⁴

Der Wortlaut des § 53 Abs. 3 S. 1 MStV spricht mithin für die Annahme, dass ein einzelner Parlamentsabgeordneter nicht vom Geltungsbereich des einfachgesetzlichen Staatsferne-Gebots erfasst ist. Zudem dürfte der klare Wortlaut (gesetzlicher Vertreter, leitender Bediensteter) eine analoge Extension dieser Norm auf Parlamentsabgeordnete nicht zulassen, da er gegen eine Vergleichbarkeit der Interessenlage streitet und die Extension im Übrigen mit einer erheblichen Grundrechtsbeeinträchtigung (Verbot der Veranstaltung von Rundfunk) einherginge. *A limine* scheidet vor diesem Hintergrund ein Zulassungs- und Veranstaltungsverbot auf der Grundlage des § 53 Abs. 3 S. 2 i.V.m. S. 1 MStV ebenfalls aus, da Parlamentsabgeordnete nach hier vertretener Ansicht nicht als Zurechnungssubjekte im Sinne dieser Vorschrift qualifiziert werden können.¹⁵ Mithin hätte die Regelung

11 Vgl. Art. 13 Abs. 2 EUV.

12 Vgl. Art. 14 Abs. 2 UAbs. 1 S. 1 EUV.

13 Vgl. Art. 2 und 3 Abgeordnetenstatut des Europäischen Parlaments.

14 Für das Bundesverfassungsrecht vgl. insoweit Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG sowie BVerfGE 40, 296 (314); H. Klein/K. Schwarz, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz, Grundgesetzkommentar, 102. Aufl., 2024 München, Art. 38 GG, Rn. 215. Für das Landesverfassungsrecht s. bspw. Art. 27 Abs. 3 Landesverfassung Baden-Württemberg (LV BW). Gesetzliche Vertreter bzw. leitende Bedienstete könnten von daher allenfalls Mitglieder des Parlamentspräsidiums sein.

15 Auf den Umstand, dass in der hier diskutierten Causa *Silvio Berlusconi* zudem die Voraussetzungen eines verbundenen Unternehmens (noch) nicht vorlagen, wurde oben Fn. 5 bereits hingewiesen.

des § 53 Abs. 3 MStV einer Beteiligung des Parlamentsabgeordneten *Silvio Berlusconi* an der ProSiebenSat.1 Media SE nicht entgegengestanden.

2. Parteien und Wählervereinigungen

§ 53 Abs. 3 S. 1 Var. 3 MStV weitet den Inkompatibilitätstatbestand auf Parteien und Wählervereinigungen aus. Die nachfolgenden Ausführungen fokussieren sich auf Parteien.

a) Rundfunkbeteiligung politischer Parteien

Grundsätzlich sind Parteien kein Teil der organisierten Staatlichkeit.¹⁶ Vielmehr handelt es sich bei ihnen um frei gebildete privatrechtliche Vereinigungen, die in der gesellschaftlichen Sphäre wurzeln und deshalb grundrechtsfähig sind.¹⁷ Angesichts ihres aus Art. 21 Abs. 1 GG fließenden Verfassungsauftrags, an der politischen Willensbildung des Volkes mitzuwirken, könnte es deshalb *prima facie* nicht ausgeschlossen erscheinen, Parteien als Träger der Rundfunkfreiheit anzuerkennen.¹⁸

Dennoch gehen Rechtsprechung¹⁹ und rechtswissenschaftliches Schrifttum²⁰ zutreffend von der Notwendigkeit aus, die Beteiligung von Parteien an Rundfunkunternehmen zu begrenzen. Das Bundesverfassungsgericht

16 *Martini*, (Fn. 6), § 53 MStV Rn. 24.

17 BVerfGE 90, 241 (246); 121, 30 (53 f.). Zur Grundrechtsfähigkeit politischer Parteien s. ferner *H. Reffken*, Rundfunkbeteiligung politischer Parteien, NVwZ 2008, 857 (858).

18 *P. Huber*, in: *P. Badura/H. Dreier* (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre BVerfG, 2. Band, Tübingen 2001, S. 609 (817); *H. Maurer*, Die politischen Parteien im Prozeß, JuS 1992, 296 (298); *Reffken*, NVwZ 2008, 857 (859). Für eine ausführlichere Darstellung dieser Thematik s. *M. Cordes*, Medienbeteiligungen politischer Parteien, Göttingen 2009, S. 174.

19 BVerfGE 121, 30 ff. Für eine detaillierte Darstellung der Rechtsprechung zur Rundfunkbeteiligung politischer Parteien s. *F. Schoch*, Information der lokalen Öffentlichkeit durch kommunale Amtsblätter und Telemedienangebote, Stuttgart 2019, S. 32 ff.

20 S. hierzu *M. Angelov*, Vermögensbildung und unternehmerische Tätigkeit von politischen Parteien, Berlin 2006, S. 336 ff.; *H. Gersdorf*, Staatsfreiheit des Rundfunks in der dualen Rundfunkordnung der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1991, S. 106 ff.; *ders.*, Medienbeteiligungen politischer Parteien im Lichte des Rundfunkverfassungsrechtes, in: *M. Morlok/U. v. Alemann/T. Streit* (Hrsg.), Medienbeteiligungen politischer Parteien, Baden-Baden 2004, S. 72 (75); *Martini*, (Fn. 6), § 53 MStV Rn. 24; *A. Rauchhaus*, Rundfunk und Staat, Berlin 2014, S. 267; *Reffken*, NVwZ 2008, 857 ff.; *Schuler-Harms*, (Fn. 9), § 53 MStV Rn. 26.

hat dies mit der Staatsnähe von Parteien begründet und sie deshalb als Adressat des rundfunkrechtlichen Staatsferne-Gebots eingeordnet. Aufgrund ihrer verfassungsrechtlich abgesicherten Vermittlungsfunktion zwischen Gesellschaft und Staat nähmen Parteien trotz ihrer Verwurzelung in der gesellschaftlichen Sphäre eine besondere Stellung ein und wirkten dadurch in den Bereich der Staatlichkeit hinein.²¹ Hieraus resultiere eine besondere Staatsnähe der Parteien, da sie ihrem Wesen nach auf die Erlangung staatlicher Macht ausgerichtet seien und entscheidenden Einfluss auf die Besetzung von Staatsämtern ausübten. In einer Parteiendemokratie käme es deshalb notwendigerweise zu personellen Überschneidungen zwischen politischen Parteien und Staatsorganen, weshalb Parteien maßgeblichen Einfluss auf Beschlüsse und Maßnahmen von Parlamenten und Regierungen ausüben könnten.²² Aus diesem Grund sei parteilicher Einfluss – zumindest der parlamentarischen Mehrheitsparteien – kaum noch von staatlichem Einfluss zu unterscheiden.²³ Insofern zielt § 53 Abs. 3 S. 1 Var. 3 MStV darauf ab, eine Beeinflussung der individuellen und öffentlichen Meinungsbildung des Wahlvolkes durch die Veranstaltung von „Partei-Rundfunk“ zu verhindern.

21 So BVerfGE 121, 30 (53 f.). S. auch Nds. StGH, Urt. v. 6.9.2005 – StGH 4/05, ZUM-RD 2006, 321 (327 f.) m. Anm. von *Schneider/Wimmer*, NdsVbl. 2006, 325.

22 BVerfGE 121, 30 (54 f.) unter Bezugnahme auf BVerfGE 3, 19 (26); 14, 121 (133); 20, 56 (99, 101); 44, 125 (145 f.); 52, 63 (83); 107, 339 (358 f.). Vgl. hierzu auch *D. Schuster*, Meinungsvielfalt in der dualen Rundfunkordnung, Berlin 1990, S. 148, der von der inneren Verknüpfung zwischen dem Willen von Exekutive und Legislative einerseits und den Interessen der Parteien andererseits spricht und dies als maßgeblichen Grund dafür ansieht, dass im Zusammenhang mit der Rundfunkfreiheit Parteien dem Staat zuzurechnen seien.

23 BVerfGE 121, 30 (55). Zuvor bereits BVerfGE 73, 118 (165). Im Schrifttum wird diese Auffassung u.a. geteilt von *P. Huber*, Medienbeteiligungen politischer Parteien, K&R 2004, 216 (222); *ders.*, Festschrift 50 Jahre BVerfG, (Fn. 18), S. 609 ff.; *B. Holznagel*, Konvergenz in lokalen und regionalen Medienmärkten – Spielräume für eine Beteiligung kommunaler TK-Unternehmen an Rundfunkveranstaltungen, MMR 2011, 300 ff.; *M. Müller*, Partei-TV? – Zur Vergewisserung der Dogmatik der Rundfunkfreiheit, AfP 2009, 433 (438); *W. Schulz*, Kommunikationsverfassung, Kommunikationsgrundrechte, Staatsfreiheit – Staatsfreiheit als Gestaltungsprinzip, AfP 2013, 464 (469); *Schuster*, Meinungsvielfalt (Fn. 22), S. 148.; *K. Stumper*, Politische Parteien und deren Ansprüche auf Wahlwerbung im Rundfunk, ZUM 1994, 98 ff.

b) Reichweite der Regelung

Mit dem Begriff „Partei“ nimmt § 53 Abs. 3 S. 1 MStV auf die Definitionsnorm in § 2 Abs. 1 PartG Bezug. An der Inkompatibilitätsregelung fällt jedoch auf, dass – anders als bei den juristischen Personen des öffentlichen Rechts – für Parteien und Wählervereinigungen keine Erstreckung auf deren gesetzliche Vertreter und leitende Bedienstete erfolgt. Dieses Normverständnis resultiert sowohl aus dem klaren Wortlaut des § 53 Abs. 3 S. 1 MStV („deren“, „sowie“) als auch aus der systematischen Stellung der natürlichen Zurechnungspersonen *vor* der Erwähnung von Parteien und Wählervereinigungen. Das Zulassungs- und Verbandsverbot aus § 53 Abs. 3 S. 1 MStV gilt mithin nur für diese politischen Institutionen als solche, nicht aber für deren gesetzliche Vertreter (wie den Parteivorstand²⁴) oder leitende Bedienstete (wie z.B. einen Geschäftsführer bzw. Generalsekretär).

Abermals strahlt dieses Interpretationsergebnis auf die Regelung in § 53 Abs. 3 S. 2 MStV aus. Der dort angesprochene Unternehmensverbund bedarf eines Zurechnungsobjekts i.S.d. § 53 Abs. 3 S. 1 MStV, welches nach dem vorstehend Dargelegten nur eine Partei oder Wählervereinigung, nicht aber deren gesetzlicher Vertreter oder leitender Bedienstete sein kann. Schon allein deshalb stand § 53 Abs. 3 MStV einer Beteiligung des Parteivorsitzenden *Silvio Berlusconi* an dem deutschen Fernsehveranstalter ProSiebenSat.1 Media SE nicht entgegen.²⁵ An diesem Ergebnis vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass zu seinen Lebzeiten die *Forza Italia* als „Ein-Mann-Partei“ wahrgenommen wurde. Juristisch betrachtet, machte dies die natürliche Person *Silvio Berlusconi* nicht zu einer Partei i.S.d. deutschen Medienrechts.

Im Übrigen dürften auch hier die Voraussetzungen einer Normextension im Wege der Analogie nicht vorliegen: Zwar kann für die Mitglieder eines Parteivorstands, anders als für Parlamentsabgeordnete, noch von einer Vergleichbarkeit der Interessenlage ausgegangen werden; ob des klaren Wortlauts und der klaren Systematik des § 53 Abs. 3 S. 1 MStV dürfte es allerdings an einer planwidrigen Regelungslücke fehlen. Hinzu kommt erneut, dass die aus einem Verbandsverbot resultierende Beschränkung der Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG einer expliziten gesetzgeberischen Entscheidung bedarf.

24 Vgl. § 11 Abs. 3 PartG.

25 Losgelöst davon sei erneut an den Umstand erinnert, dass die von *Silvio Berlusconi* geplante Beteiligungsveränderung den Tatbestand eines Unternehmensverbunds (noch) nicht erfüllt hätte; vgl. hierzu oben Fn. 5.

3. Zwischenergebnis

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass es nach der aktuellen Fassung des § 53 Abs. 3 MStV zu folgender Situation kommen kann: Zwar wäre es dem Parlament als Organ einer juristischen Person des öffentlichen Rechts (EU, Bundesrepublik Deutschland, Land) untersagt, „Parlamentsrundfunk“²⁶ zu veranstalten, nicht aber einem einzelnen Abgeordneten als Mitglied dieses Organs. Auch wäre es einer Partei als solcher verboten, als Rundfunkveranstalter aufzutreten oder einen beherrschenden Einfluss auf diesen auszuüben. Dem Mitglied des Parteivorstands wäre es jedoch möglich, selbst als Rundfunkveranstalter zu agieren oder an einem solchen unmittelbar bzw. mittelbar in unbegrenzter Höhe Gesellschaftsanteile zu halten. Ob dieses Auslegungsergebnis des einfachen Rechts mit der Verfassung in Einklang steht, soll im nächsten Schritt (III.) untersucht werden.

III. Verfassungsrechtliches Gebot der Staatsferne des Rundfunks

1. Dogmatischer Ausgangspunkt

Vor nunmehr 63 Jahren hat das Bundesverfassungsgericht in seinem ersten Rundfunkurteil das Gebot der Staatsferne des Rundfunks aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG hergeleitet²⁷ und seitdem im Rahmen seiner weiteren Rechtsprechung verfeinert.²⁸ Nach dieser Rechtsprechung hat der Staat als Garant der Rundfunkfreiheit ihren dienenden Charakter zur Geltung zu bringen.²⁹ Dies erfordert eine Rundfunkordnung, die eine freie und offene Meinungsbildung gewährleistet, indem sie die Vielfalt der bestehenden Meinungen in möglichster Breite und Vollständigkeit zum Ausdruck bringt.³⁰ Der

26 Vgl. hierzu Dörr, in: HK-MStV, Heidelberg Oktober 2023, § 53 MStV, Rn. 12 m.w.N.; Schuler-Harms, (Fn. 9), § 53 MStV Rn. 24.

27 BVerfGE 12, 205 (261 f.).

28 Für eine detaillierte sowie chronologische Darstellung der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Staatsferne-Gebot des Rundfunks s. Gersdorf, Staatsfreiheit des Rundfunks (Fn. 20), S. 22 ff.; Rauchhaus, Rundfunk und Staat (Fn. 20), S. 86 ff.; Schoch, Information der lokalen Öffentlichkeit (Fn. 19), S. 26 ff.

29 Vgl. BVerfGE 31, 314 (325); 73, 118 (182); 90, 60 (88); 121, 30 (52); 136, 9 (43).

30 BVerfGE 57, 295 (325); 73, 118 (157), 74, 297 (324); 121, 30 (52); 136, 9 (43); 149; 222 (260); 158, 389 (412); BVerfG, Beschl. v. 24.4.2023 – 1 BvR 601/23, NVwZ 2024, 55. Vgl. insoweit auch § 26 Abs. 1 S. 2 MStV („Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten haben in ihren Angeboten einen umfassenden Überblick über das

Rundfunk agiert dabei nicht nur als Medium, sondern zugleich auch als Faktor der Meinungsbildung.³¹ Als „vierte Gewalt“ hat er wahrheitsgemäß, ausgewogen und unparteiisch über das gesellschaftliche und politische Geschehen zu informieren und hierdurch die Rezipienten zur Teilnahme am Meinungsbildungsprozess zu befähigen.³²

Dieser Orientierungs- und Vermittlungsfunktion kann der Rundfunk nur dann funktionsadäquat gerecht werden, wenn er staatsfern und damit unabhängig,³³ d.h. frei von politischer Einflussnahme und Instrumentalisierung agiert.³⁴ Der dogmatische Ursprung des Gebots der Staatsferne wird dabei neben der bereits erwähnten Vielfaltssicherung³⁵ auch im demokratischen Prinzip der Volkssouveränität (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG) sowie im Gebot der Chancengleichheit des politischen Willensbildungsprozesses (Art. 20 Abs. 1 und 2 sowie Art. 21 Abs. 1 GG) verortet.³⁶ Dem Staat sind

internationale, europäische, nationale und regionale Geschehen in allen wesentlichen Lebensbereichen zu geben.“) und § 59 Abs. 1 S. 1 und 2 MStV („Im privaten Rundfunk ist inhaltlich die Vielfalt der Meinungen im Wesentlichen zum Ausdruck zu bringen. Die bedeutsamen politischen, weltanschaulichen und gesellschaftlichen Kräfte und Gruppen müssen in den Vollprogrammen angemessen zu Wort kommen; Auffassungen von Minderheiten sind zu berücksichtigen.“).

31 BVerfGE 12, 205 (260); 57, 295 (320); *Gersdorf*, Medienbeteiligungen politischer Parteien, in: Morlok/v. Alemann/Streit (Hrsg.) (Fn. 20), S. 72. Vgl. insoweit auch § 26 Abs. 1 S. 1 MStV: „Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ist, durch die Herstellung und Verbreitung ihrer Angebote als Medium und Faktor des Prozesses freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung zu wirken und dadurch die demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft zu erfüllen.“

32 *Gersdorf*, Medienbeteiligungen politischer Parteien, in: Morlok/v. Alemann/Streit (Hrsg.) (Fn. 20), S. 71; *ders.*, Staatsfreiheit des Rundfunks (Fn. 20), S. 85, der das Massenmedium Rundfunk deshalb als „Kommunikationsbrücke“ zwischen dem gesellschaftlichen und staatlichen Meinungs- und Willensbildungssystem bezeichnet; diese Aufgabe der Medien sei genuin gesellschaftlich und damit nichtstaatlich; *ders.*, K&R 2022, 41 (44).

33 *Holznapel*, MMR 2011, 300 (301).

34 Vgl. BVerfGE 90, 60 (88). Historisch lässt sich das Ziel der Verhinderung einer politischen Instrumentalisierung des Rundfunks auf die unheilvolle und bis dahin präzedenzlose Dimension der Propaganda im NS-Staat zurückführen; vgl. *T. Mast*, Staatsferne der Medien und Staat im Diskurs, ZUM 2023, 666. S. hierzu ferner *Gersdorf*, K&R 2022, 41 (45).

35 Vgl. BVerfGE 136, 9 (43 f.). Näher zum Vielfalts- bzw. Pluralitätsgebot *Angelov*, Vermögensbildung politischer Parteien (Fn. 20), S. 345 ff.; *Ferreau*, ZUM 2022, 505 (506); *Gersdorf*, Staatsfreiheit des Rundfunks (Fn. 20), S. 79 ff.; *Rauchhaus*, Rundfunk und Staat (Fn. 20), S. 76 ff.

36 Für eine detaillierte Darstellung der dogmatischen Herleitung des Gebots der Staatsferne des Rundfunks s. *Gersdorf*, Staatsfreiheit des Rundfunks (Fn. 20), S. 58 ff.;

deshalb solche Einwirkungen auf den Rundfunk untersagt, die den sich vom Volk zu den Staatsorganen vollziehenden Meinungs- und Willensbildungsprozesses konterkarieren und dadurch eine Manipulation des politischen Kräfteverhältnisses ermöglichen.³⁷ Um nicht nur den „manifesten Gefahren unmittelbarer Lenkung oder Maßregelung des Rundfunks“ entgegenzuwirken, sondern auch, „weitergehend, alle mittelbaren und subtilen Einflussnahmen des Staates“ zu verhindern, folgt aus dem Staatsferne-Gebot mithin ein staatliches Veranstaltungs-, Beherrschungs-, Einmischungs- und Beeinträchtigungsverbot.³⁸

2. Adressaten des Gebots der Staatsferne

a) Staatsorgane

Adressat des Gebots der Staatsferne des Rundfunks ist zunächst die Exekutive. Zu dieser zählt insbesondere die Regierung als Ganzes, die einzelnen Ministerien sowie die ihnen jeweils unterstellte, hierarchisch organisierte Verwaltung.³⁹ Diese Stellen sind zur unmittelbaren Ausübung staatlicher Macht berufen und infolgedessen strikt dem Gebot der Staatsferne unterworfen.⁴⁰ Neben der Exekutive erstreckt sich das Staatsferne-Gebot jedoch

Rauchhaus, Rundfunk und Staat (Fn. 20), S. 71 ff. Für eine kurze Darstellung vgl. *Gersdorf*, K&R 2022, 41 (44).

37 So mit Recht schon *Gersdorf*, Staatsfreiheit des Rundfunks (Fn. 20), S. 89. S. ferner *Ferreau*, ZUM 2022, 505 (506). Laut *Gersdorf*, K&R 2022, 41 (44) ist dem Staat deshalb die Mitwirkung am gesellschaftlichen sowie grundrechtlich umhegten Kommunikationsprozess und damit die Beteiligung am Rundfunk – gleich in welchem Maße – prinzipiell verfassungsrechtlich untersagt; abgeschwächt hingegen *Mast*, ZUM 2023, 666 (667), der aus dem Grundgesetz kein „Verfassungsgebot prinzipiell staatsfreier Kommunikation“ herleitet, sondern lediglich ein Verbot der wettbewerbsverzerrenden Rundfunk-Instrumentalisierung.

38 Vgl. BVerfGE 121, 30 (53) unter Verweis auf BVerfGE 73, 118 (183); 83, 238 (323); 96, 60 (87). S. ferner *J. Säcker*, Zur Rundfunkfähigkeit der staatlichen Unternehmen und der von ihnen abhängigen Gesellschaften am Beispiel der deutschen Telekom AG, K&R 2012, 324 (325). Für eine detaillierte Darstellung der Reichweite und des Inhalts des Gebots der Staatsferne des Rundfunks s. *Gersdorf*, Staatsfreiheit des Rundfunks (Fn. 20), S. 90 ff.; *Rauchhaus*, Rundfunk und Staat (Fn. 20), S. 84 ff. Zum Beherrschungsverbot i.Ü. *Mast*, ZUM 2023, 666 (674).

39 Vgl. *Angelov*, Vermögensbildung politischer Parteien (Fn. 20), S. 338; *Gersdorf*, Staatsfreiheit des Rundfunks (Fn. 20), S. 104; *Holznagel*, MMR 2011, 300 (301); *Schuster*, Meinungsvielfalt (Fn. 22), S. 146.

40 *Gersdorf*, Staatsfreiheit des Rundfunks (Fn. 20), S. 104.

auch auf die Legislative. In einer Demokratie ist das Parlament zentral für die Gestaltung und Bildung des Staatswillens. Von daher ist es – wie die Exekutive – im besonderen Maße öffentlicher Kontrolle und Kritik ausgesetzt und bedarf hierfür einer Rückbindung an die Meinungen der Wahlbürger.⁴¹

Für beide Staatsorgane besteht mithin der Anreiz, den Willensbildungsprozess des Volkes durch Einwirkungen auf den Rundfunk zu beeinflussen und auf diese Weise den Volks- an den Staatswillen anzugleichen.⁴² Insofern haben staatliche Akteure – wie alle anderen öffentlichen Akteure auch – ein Interesse daran, positive Berichterstattung über sich selbst zu erreichen und negative Berichterstattung nach Möglichkeit zu verhindern. Erlangten diese Akteure bestimmenden Einfluss auf die Berichtsgegenstände und redaktionelle Linie des Rundfunkveranstalters, bestünde mithin ein gravierendes Missbrauchspotenzial.⁴³ Diese Missbrauchsfahrerzugunsten des eigenen politischen Interesses besteht im Übrigen nicht nur bei unmittelbaren oder mittelbaren Trägern von Staatsgewalt, sondern auch bei Parteien und Wählervereinigungen.⁴⁴

b) Parlamentsabgeordnete

Mit Blick auf die konkrete Bestimmung des Adressatenkreises des Staatsferne-Gebots bleibt die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung und das rechtswissenschaftliche Schrifttum jedoch vage. Über die unmittelbar erfassten Staatsorgane hinaus bieten Begriffe wie „staatliche Akteure“⁴⁵, „staatsnahe Akteure“⁴⁶, „staatsunfreie Personen“⁴⁷, „dem Staat zuzurechnende Einrichtungen“⁴⁸ oder Ähnliches nur abstrakte Anhaltspunkte für die Erstreckung des Staatsferne-Gebots auf bestimmte öffentliche Stellen,

41 Vgl. *Gersdorf*, Staatsfreiheit des Rundfunks (Fn. 20), S. 105. S. ferner *Angelov*, Vermögensbildung politischer Parteien (Fn. 20), S. 338.

42 *Gersdorf*, Staatsfreiheit des Rundfunks (Fn. 20), S. 93. Zum Spannungsverhältnis zwischen zulässiger regierungsamtlicher und parlamentarischer Öffentlichkeitsarbeit einerseits sowie der parteipolitisch motivierten Beeinflussung des Wählerwillens durch Medien andererseits zudem *Dörr*, (Fn. 26), § 53 MStV, Rn. 14; *Martini*, (Fn. 6), § 53 MStV Rn. 27 ff.

43 *Mast*, ZUM 2023, 666 (670).

44 S. hierzu schon oben *sub* II. 2. a).

45 Vgl. *Mast*, ZUM 2023, 666 (670).

46 Vgl. *Martini*, (Fn. 6), § 53 MStV Rn. 24.

47 *Säcker*, K&R 2012, 324 (325).

48 *Dörr*, (Fn. 26), § 53 MStV, Rn. 12.

Ämter, Mandate oder natürliche Personen. Die Frage, ob auch Parlamentsabgeordnete von diesem Gebot erfasst werden, lässt sich deshalb nur durch teleologische Argumentation ermitteln.

Parlamentarier stehen in einem öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis und sind als Mandatsträger Teil der Legislative.⁴⁹ Als „Vertreter des ganzen Volkes“⁵⁰ sind sie unmittelbar demokratisch legitimierte Repräsentanten der Staatsgewalt und damit unmittelbare staatliche Akteure.⁵¹ Als Teil der Legislative unterfallen sie dem demokratischen Prinzip der „Herrschaft auf Zeit“. Zur Verlängerung ihrer Mandatszeit sind sie auf gesellschaftliche Unterstützung angewiesen. Hieraus resultiert der Anreiz, diese Unterstützung durch eine möglichst positive Darstellung der Fraktions- und ggf. Regierungspolitik sowie des eigenen politischen Wirkens und der eigenen politischen Agenda zu fördern. Die Ratio des Gebots der Staatsferne – die Verhinderung der Manipulation eines sich frei von staatlicher Beeinflussung bildenden Markts der Meinungen⁵² – lässt sich also nicht nur auf die Legislative als Ganzes übertragen, sondern beansprucht – *pars pro toto* – auch Gültigkeit für die das Gesetzgebungsorgan konstituierenden individuellen Mandatsträger. Bereits 1978 nahm das OVG Lüneburg deshalb folgerichtig an, dass jedenfalls die Mitglieder des Landtages im Rahmen der Rundfunkfreiheit als Repräsentanten des Staates zu qualifizieren seien.⁵³

In seiner Entscheidung zum ZDF-Staatsvertrag ist das Bundesverfassungsgericht dieser Einschätzung ebenfalls gefolgt: So hat es konstatiert, dass der Rundfunk inhaltlich nicht von Repräsentanten und Amtsträgern des Staatsapparates geformt sein dürfe. Die Zusammensetzung der Gremien einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt müsse deshalb die Möglichkeit einer Instrumentalisierung der Berichterstattung im Sinne der Machtgewinnung oder des Machterhalts solcher Akteure wirksam ausschließen.⁵⁴ Zwar bezieht sich diese Rechtsprechung lediglich auf die Besetzung von Aufsichtsgremien öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten.

49 S. hierzu schon oben *sub* II. 1. b).

50 Vgl. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG.

51 Dafür spricht auch die Auslegung von *Säcker*, K&R 2012, 324 (325), der darauf abstellt, dass staatsunfreie Akteure staatlichem Einfluss unterliegen, was bei Parlamentsabgeordneten der Fall ist.

52 S. hierzu bereits oben *sub* III. 1.

53 OVG Lüneburg, Urt. v. 29.8.1978 II A 196/76, DÖV 1979, 170. Vgl. auch *Schuster*, Meinungsvielfalt (Fn. 22), S. 146.

54 BVerfGE 136, 9 (38 ff.). Zur Repräsentanz staatlicher Vertreter in den Organen öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten s. ferner *Gersdorf*, K&R 2022, 41 (43).

Jedoch lässt sich dieser verfassungsgerichtliche Gedanke (Instrumentalisierungsverbot⁵⁵) entsprechend der Ratio des Staatsferne-Gebots auch auf die unmittelbare Veranstaltung von Rundfunk durch Parlamentarier oder auf deren unmittelbare bzw. mittelbare Beteiligung an Rundfunkveranstaltern übertragen. Nur so kann im Übrigen der Gefahr einer Umgehung des Gebots der Staatsferne durch „Strohmann“-Konstruktionen wirksam begegnet werden.

c) Parteimitglieder

Für Parteimitglieder bedarf es demgegenüber einer differenzierten Betrachtung:

Für sich genommen, vermag eine reine Parteimitgliedschaft die Erstreckung des verfassungsrechtlichen Staatsferne-Gebots auf diesen Adressatenkreis noch nicht zu rechtfertigen. Die durch eine Parteimitgliedschaft zum Ausdruck kommende politische Grundeinstellung begründet keine automatische Gefahr, dass ein Rundfunkveranstalter zugunsten dieser politischen Einstellung instrumentalisiert werden könnte. Eine strikte Separierung von Rundfunkveranstaltern und Parteien im Sinne einer völligen Entpolitisierung des Rundfunks ist illusorisch und durch das Gebot der Staatsferne auch deshalb nicht geboten, weil die Veranstaltung von Rundfunk Achtungs-, Sorgfalts- und Ausgewogenheitspflichten⁵⁶ zu genügen hat.⁵⁷ Hinzu kommt, dass Demokratie auf ein parteipolitisches Engagement seiner Bürger angewiesen ist, um funktionieren zu können. Dies setzt eine möglichst breite Verwurzelung von Parteien in der Zivilgesellschaft voraus, die ihrerseits dem „einfachen“ Parteimitglied jedoch nicht zum Nachteil gereichen darf. Veranstalter von Rundfunk oder im Rundfunk Tätige müssen deshalb weder unpolitisch noch unparteiisch sein, sondern können sich im Rahmen ihrer Tätigkeit eigenständig und frei zur Politik äußern.⁵⁸

55 Vgl. BVerfGE 136, 9 (42) unter Verweis auf BVerfGE 12, 205 (262); 31, 314 (325); 90, 60 (88); 121, 30 (53).

56 Vgl. insoweit etwa die §§ 3, 6, 26 und 59 MStV.

57 Vgl. *Angelov*, Vermögensbildung politischer Parteien (Fn. 20), S. 344. S. ferner *Mast*, ZUM 2023, 666 (674); *U. Pätzold*, Die Rundfunkfreiheit und die Parteien, in: J. Becker (Hrsg.), *Wahlwerbung politischer Parteien im Rundfunk*, Baden-Baden 1990, S. 103: „Die parteipolitischen Orientierungen im Rundfunk ausschalten zu wollen, wäre illusorisch“.

58 *Angelov*, Vermögensbildung politischer Parteien (Fn. 20), S. 344 m.w.N.

Dafür spricht auch, dass die Parteizugehörigkeit oder politische Einstellung kein (negatives) Zulassungskriterium i.S.d. § 53 Abs. 1 MStV ist. Themenauswahl und Gestaltung eines Rundfunkprogramms sind vielmehr vom Kern der Rundfunkfreiheit – der Programmautonomie – geschützt und dürfen deshalb im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben einer politischen Tendenz folgen.⁵⁹ Das aus dem Gebot der Staatsferne fließende Verbot einer parteipolitischen Instrumentalisierung des Rundfunks ist deshalb nicht als Pflicht zur Un- bzw. Überparteilichkeit zu verstehen, sondern als Garant für eine freie Meinungsbildung und Meinungsvielfalt.⁶⁰ Es soll den parteipolitischen Wettbewerb vor der vorherrschenden Meinungsmacht einer bestimmten gesellschaftlichen Gruppe (Partei) schützen und insoweit den Rundfunk vor einer Instrumentalisierung als propagandistisches Mittel bewahren.⁶¹

In Bezug auf die Mitglieder des Parteivorstands unter Einschluss des Parteivorsitzenden ist dies jedoch anders zu bewerten. Wie ausgeführt, wird das Gebot der Staatsferne für Parteien mit der Gefahr einer Instrumentalisierung des Rundfunks zu Zwecken der parteipolitischen Agenda begründet, weshalb ein von parteipolitischer Einflussnahme und Beherrschung unabhängiger Rundfunk gewährleistet werden soll.⁶² Zwar geht das rechtswissenschaftliche Schrifttum im Regelfall davon aus, dass die Gefahr einer Usurpation der öffentlichen Meinung neben dem Staat lediglich von gesellschaftlichen Gruppierungen (wie etwa Parteien) als solchen auszugehen vermag.⁶³ Dies mag darauf zurückzuführen sein, dass solche gesell-

59 *Angelov*, Vermögensbildung politischer Parteien (Fn. 20), S. 344. Auch *Gersdorf*, K&R 2022, 41 (45) betont, dass eine politische Berichterstattung im Rundfunk für das demokratische Gemeinwesen unverzichtbar sei.

60 *Angelov*, Vermögensbildung politischer Parteien (Fn. 20), S. 344. So im Ergebnis auch BVerfGE 12, 205 (261); 57, 295 (320); 83, 238 (295).

61 Zur Gefahr der Unterwerfung des Rundfunks unter politische Interessen vgl. BVerfGE 121, 30 (52 f.).

62 S. dazu bereits oben *sub* II. 2. a) sowie *Angelov*, Vermögensbildung politischer Parteien (Fn. 20), S. 349. So auch *Mast*, ZUM 2023, 666 (674), dem zufolge das Beherrschungsverbot einem in abstrakt-genereller Hinsicht unbeherrschten Medienwesen, in welchem die Medienveranstalter grundsätzlich frei von Bestimmung agieren, diene.

63 Vgl. etwa *Angelov*, Vermögensbildung politischer Parteien (Fn. 20), S. 345: „(...) die Auslieferung des Mediums Rundfunks an eine gesellschaftliche Gruppe verhindern“; *Holznapel*, MMR 2011, 300 (301): „(...) dass der Rundfunk nicht einer oder einzelnen gesellschaftlichen Gruppen ausgeliefert wird“; *Rauchhaus*, Rundfunk und Staat (Fn. 20), S. 267: „der Absicherung des Rundfunks gegenüber einer Beherrschung des Meinungsmarktes durch einzelne gesellschaftliche Gruppen“; *J. Stender-Vorwachs*,

schaftlichen Gruppen Meinungen mit dem Ziel bündeln, eine möglichst große Wahrnehmung auf dem Meinungsmarkt zu erzielen. Die Motivation, Rundfunk zu eigenen politischen Zwecken zu instrumentalisieren, besteht aber nicht nur bei gesellschaftlichen Gruppierungen als solchen, sondern ausnahmsweise auch bei Einzelpersonen, sofern diese für die Gruppe von zentraler Bedeutung sind.

Die Mitgliedschaft im Parteivorstand oder gar die Ausübung des Parteivorsitzes zeugt von einem besonderen politischen Engagement, welches in der Regel mit beruflichen Ambitionen im politischen Raum verknüpft ist. Dies wiederum befördert die Motivation, mit rundfunktechnischen Mitteln sowohl die Darstellung der eigenen Partei als auch der eigenen Person in der Öffentlichkeit zu fördern. Wie beim Mandatsträger, der durch die Instrumentalisierung des Rundfunks sein Verbleiben im Amt zu sichern beabsichtigt, besteht auch bei einem Mitglied des Parteivorstands oder beim Parteivorsitzenden der Anreiz, durch Rundfunk in ein solches öffentliches Mandat oder Amt zu gelangen oder ein bereits erlangtes Amt oder Mandat zu verteidigen. Zwar mögen hinter dem Erwerb von Anteilen an einem Rundfunkunternehmen durch eine solche Person – wie der Fall *Silvio Berlusconi* anschaulich verdeutlicht – auch außerpolitische, ökonomische Zwecke stehen. Bei einer Mitgliedschaft im Parteivorstand oder der Ausübung des Parteivorsitzes werden sich die hinter einem Anteilserwerb stehenden politischen und ökonomischen Motive jedoch kaum trennen lassen. Als gesetzlicher Vertreter und „Oberhaupt“ der gesellschaftlichen Gruppierung „Partei“ verfolgt das Vorstandsmitglied bzw. der Parteivorsitzende im Regelfall auch deren Parteiinteressen. Hieraus resultierte die latente und permanente Gefahr, den Rundfunk für parteipolitische Zwecke zu instrumentalisieren. Hinzu kommt, dass sich das aus dem Gebot der Staatsferne fließende Verbot eines „Partei-Rundfunks“ durch die Zwischenschaltung eines Vorstandsmitglieds oder des Parteivorsitzenden als „Strohmann“ leicht umgehen ließe.⁶⁴ All dies streitet für die Schlussfolgerung, dass jedenfalls Parteimitglieder mit zentralen parteipolitischen Funktionen (Mitglied des Parteivorstands oder Parteivorsitz) vom verfassungsrechtlichen Gebot der Staatsferne des Rundfunks umfasst sind.

Staatsferne- und Gruppenferne in einem außenpluralistisch organisierten privaten Rundfunksystem, S. 39, 40. Vgl. letztlich auch BVerfGE 73, 118 (153).

64 Zu dieser Überlegung s. für die Parlamentsabgeordneten bereits oben *sub* III. 2. b).

IV. Fazit

Der vorliegende Beitrag hat gezeigt, dass das in § 53 Abs. 3 S. 1 MStV einfachgesetzlich ausbuchstabierte Staatsferne-Gebot über die dort explizit erwähnten gesetzlichen Vertreter und leitenden Bediensteten hinaus keine dem Staat oder der staatlichen Sphäre zuzurechnenden natürlichen Personen wie Parlamentsabgeordnete erfasst. Darüber hinaus hat der einfache Gesetzgeber die Gefahr verkannt, dass eine politische Instrumentalisierung des Rundfunks nicht nur durch eine Partei als solche, sondern auch durch ihre zentralen Repräsentanten (Mitglied des Parteivorstands, Parteivorsitzende/r) zu erfolgen vermag.

Da § 53 Abs. 3 MStV in seiner aktuellen Fassung eine unmittelbare Veranstaltung von Rundfunk und eine unmittelbare oder mittelbare Beherrschung durch Parlamentsabgeordnete oder Parteivorsitzende zulässt, ist die Norm folglich als teilweise verfassungswidrig einzustufen. Diese Einschätzung wird schon seit längerem im rechtswissenschaftlichen Schrifttum geteilt.⁶⁵ Das durch die von *Silvio Berlusconi* geplanten Beteiligungsveränderungen ausgelöste medienrechtliche Störgefühl veranschaulicht zudem in eindrücklicher Weise, dass nicht nur der von § 53 Abs. 3 S. 1 MStV erfasste Personenkreis, sondern auch der für unternehmerische Verflechtungen geltende Zurechnungstatbestand in § 53 Abs. 3 S. 2 MStV zu eng gefasst ist.⁶⁶ Zu Recht fordert die KEK bereits seit 2009, dass diese Norm über den dort explizit erfassten aktienrechtlichen Verbundtatbestand (§ 15 AktG) hinaus auch auf die unmittelbaren oder mittelbaren Einflussnahmemöglichkeiten nach § 62 Abs. 1 und 2 MStV erweitert werden muss.⁶⁷ Der Gesetzgeber sollte die *Causa Silvio Berlusconi* deshalb als (erneuten) Weckruf begreifen

65 S. insoweit *Dörr*, (Fn. 26), § 53 MStV Rn. 18, 19, 15, 35;; *Ferreau*, ZUM 2022, 505 (508); *Gersdorf*, K&R 2022, 41 (47); *Martini*, (Fn. 6), § 53 MStV Rn. 22; *Schuler-Harms*, (Fn. 9), § 53 MStV Rn. 35. S. auch *Mast*, ZUM 2023, 666 (678), der in Bezug auf das Rundfunkrecht und die Umsetzung des Staatsferne-Gebots von schief stehenden normativen Leitplanken spricht.

66 Zur Erinnerung: Selbst wenn man *Silvio Berlusconi* wegen seiner Abgeordnetenstellung oder seines Parteivorsitzes entgegen der hier vertretenen Auffassung unter § 53 Abs. 3 S. 1 MStV subsumiert hätte, wäre die geplante Beteiligungsveränderung mangels Vorliegens der Voraussetzungen des § 53 Abs. 3 S. 2 MStV wohl dennoch zulässig gewesen; s. hierzu erneut oben Fn. 5.

67 KEK, Zwölfter Jahresbericht, 2009, S. 346, zu den wortgleichen Vorgängernormen in § 20a Abs. 3 und § 28 RStV.

und die Staatsferne-Regelung in § 53 Abs. 3 MStV auf ein verfassungsrechtlich solides sowie vielfaltssicherndes Fundament stellen.⁶⁸

68 Die Norm könnte etwa wie folgt neu gefasst werden: „Eine Zulassung darf nicht erteilt werden an juristische Personen des öffentlichen Rechts mit Ausnahme von Kirchen und Hochschulen, an politische Parteien und Wählervereinigungen sowie an deren gesetzliche Vertreter und leitende Bedienstete sowie an Abgeordnete des Bundestages oder der Landtage. Gleiches gilt für Unternehmen, auf die die in Satz 1 Genannten entsprechend der in § 62 MStV geregelten Grundsätze Einfluss ausüben können. Die Sätze 1 und 2 gelten für ausländische öffentliche oder staatliche Stellen einschließlich der in Satz 1 genannten Personen entsprechend.“

Meinungskonzentrationskontrolle in Not – Demokratie in Gefahr?

Karl-Nikolaus Peifer

Einleitung

Georgios Gounalakis hat viele Interessen und ebenso viele Talente. Ein Mensch mit seiner Begabung möchte dicke Bretter bohren und große Probleme effektiv lösen. In seiner Position als Vorsitzender der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich fiel ihm das schwer – nicht, weil er es nicht wollte, sondern weil er es aufgrund des rechtlichen Rahmens nicht konnte. Damit teilte er zwar das Schicksal seiner Vorgänger in der Position, aber er selbst beklagte, dass die von ihm geleitete Kommission nur „die kleinen Brötchen backt“,¹ weil der geltende Medienstaatsvertrag nur die Zuständigkeit für das bundesweite lineare Fernsehen vermittelt und damit die Wirklichkeit der Medienlandschaft nur noch sehr begrenzt erfasse. Ursachen sind die als Monopole wahrgenommenen wenigen US-Digitalkonzerne (GAFA – Google, Apple, Facebook/Meta, Apple), zu denen sich jüngst auch chinesische Unternehmen (Bytedance/Tiktok) und möglicherweise auch neue Protagonisten um generative KI-Werkzeuge wie ChatGPT (Microsoft) hinzugesellen könnten.

Der folgende Beitrag knüpft an die Diskussion um das – seit Jahren – veraltete Medienkonzentrationsrecht an, das letztlich ein Rundfunkkonzentrationsrecht um das lineare Fernsehen ist. Der Beitrag gibt Impulse für Veränderungen. Dass die Veränderungsprozesse stocken, hat viele Gründe, manche davon sind kaum noch erklärlich. Das dürfte Georgios Gounalakis ebenso sehen. Insoweit mag der Beitrag ihm etwas Wind in die für ihn bereits gesetzten Segel des Veränderungswillens blasen.

1 Podiumsbeitrag anlässlich der Medientage Mitteldeutschland 2023 (via Phoenix), abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=IVZeYiE5oFE> (bei Minute 4:34).

I. Rundfunk- oder Medienkonzentration?

Die materielle Norm zur Begrenzung von Medienkonzentrationen steht zwar im Medienstaatsvertrag, sie entstammt aber dem Rundfunkstaatsvertrag und ist dort seit 1997 im Wesentlichen unverändert.² Bereits im Ursprungstext 1987 war sie auf den Rundfunksektor begrenzt. Das Konzept geht zurück auf Formulierungen des BVerfG aus dem Jahr 1986.³ Das Gericht sah im Rundfunkbereich besondere Medienkonzentrationsgefahren und leitete daraus einen Auftrag an den Gesetzgeber her, eine publizistische Konzentrationskontrolle für diesen Sektor gesetzlich einzuführen. Die dies tragende Formulierung des BVerfG geht davon aus, dass die Rundfunkgewährleistung nicht alleine Abwehrcharakter gegen staatliche Einflussnahmen vermittelt, sondern der Gesetzgeber dazu verpflichtet ist, eine „positive Ordnung zu schaffen, die Meinungsvielfalt gewährleistet und sicherstellt, dass der Rundfunk weder dem Staat noch einzelnen gesellschaftlichen Gruppen oder Individuen ausgeliefert wird.“⁴ Die Formulierung, die manche Variationen hat, beschränkt sich auf den Rundfunk. Eine positive publizistische Ausgestaltung anderer Äußerungsfreiheiten, etwa der Presse, von Internetdiensten oder Äußerungen außerhalb des Mediums Rundfunk wird zwar für möglich gehalten, aber nicht konkret gefordert.⁵ Rundfunk wird also als ein besonders regelungsbedürftiges Medium angesehen. Nur so ist auch das noch immer geltende Zulassungssystem für den Rundfunkbetrieb

2 Dritter Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (Dritter Rundfunkänderungsstaatsvertrag), in Kraft getreten am 1.1.1997.

3 Konkret wurden die Vorschläge im Vorfeld des RStV 1987 aus Vorschlägen eines Entwurfs der SPD-geführten Länder übernommen, vgl. *Dörr/Petri*, in: Hartstein/Ring, MStV, 2023, B 5, § 59 MStV Rn. 9.

4 BVerfGE 12, 205 (262 f.); 57, 295 (320); 73, 118 (157 ff.) und (172); 83, 238 (296); 97, 228 (258).

5 BVerfGE 20, 162 (175): „Der Staat ist - unabhängig von subjektiven Berechtigungen einzelner - verpflichtet, in seiner Rechtsordnung überall, wo der Geltungsbereich einer Norm die Presse berührt, dem Postulat ihrer Freiheit Rechnung zu tragen. Freie Gründung von Presseorganen, freier Zugang zu den Presseberufen, Auskunftspflichten der öffentlichen Behörden sind prinzipielle Folgerungen daraus; doch ließe sich etwa auch an eine Pflicht des Staates denken, *Gefahren abzuwehren, die einem freien Pressewesen aus der Bildung von Meinungsmonopolen erwachsen könnten*“. Im Bereich wirtschaftlich organisierter Äußerungsformen, etwa von Presse oder Internetdiensten, bleibt es bei der kartellrechtlichen, z.B. Leser- und Anzeigenmärkte bezogenen Fusionskontrolle des GWB, vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 36 (Zusammenschlussvorhaben Holtzbrinck/Berliner Verlag), 2003, Rn. 65 (zum Zusammenwirken von Leser- und Anzeigenmärkten).

zu verstehen, das für Presse oder andere Mediendienste nicht besteht. Man kann diese Besonderheit historisch erklären, etwa aus den Erfahrungen mit dem Goebbels'schen Propagandafunk, die selbst die US-amerikanische Besatzungsmacht dazu verleitete, von einem freiheitlichen System, das sie aus ihrem eigenen Land kannten, abzusehen und im Rundfunkbereich des Nachkriegsdeutschlands eine intensive Regulierung zu befürworten.⁶ Auch die ursprüngliche Knappheit von Frequenzen und die Kostspieligkeit von Ressourcen spielten eine Rolle.⁷ Noch heute wird die Metapher von der besonderen „Aktualität, Breitenwirkung und Suggestivkraft“⁸ des Rundfunks gebraucht. Auch diese Wendung erklärt die besondere deutsche Regulierung mit ihrem Fokus auf einen der Freiheitsverwirklichung „dienenden Rundfunk“, eine staatsferne Organisation und Finanzierung sowie besondere Kontrolle privater und öffentlich-rechtlich organisierter Rundfunkveranstalter. Auch wenn (nicht nur) Presseverbandsvertreter irreführend von „staatsfinanzierten Medien“ sprechen,⁹ ist doch eindeutig, dass die staatsferne Organisation von Rundfunk ebenso grundsätzliches Konstitutionsprinzip des Rundfunks ist wie das Gebot, Rundfunk nicht einzelnen gesellschaftlichen Kräften auszuliefern. Die Frage, ob dies alles noch tragend ist und singulär nur für den Rundfunk weitergelten soll, stellt sich allerdings, wenn der Leiter der KEK seinen von diesem Auftrag inspirierten Tätigkeitsbereich als Backen kleiner, sogar ganz kleiner Brötchen empfindet, weil im bundesweiten Fernsehen „nicht mehr die Musik spielt“.¹⁰

Damit wird deutlich, dass die Medienkonzentrationskontrolle in Not ist. Wenn die Konzentrationskontrolle sich als Teil der gesetzlichen Ordnung eines der Meinungsbildung dienenden Rundfunks daraus rechtfertigt, dass es um „die essentiellen Funktionen des Rundfunks für die demokratische

6 Hierzu *Bausch*, Rundfunk in Deutschland, Bd. 3., 1980, S. 18 ff.

7 BVerfGE 12, 205 (262); *Ricker/Schiwy*, Rundfunkverfassungsrecht, 1997, Kap. A Rz. 6.

8 BVerfGE 119, 181 (241) (2007); 90, 60 (87) (1994), 31, 314 (325) (1971).

9 So etwa der Geschäftsführer Europa- und Medienpolitik des Medienverbandes der freien Presse *Fiedler*, „Die Frage der Pressefreiheit nicht den Monopolen überlassen“, *medienpolitik.net* v. 17.1.2024, abrufbar unter <https://www.medienpolitik.net/aktuelle-themen/aktuelle-themen/die-frage-der-pressefreiheit-nicht-den-monopolen-ueberlassen-483>.

10 *Gounalakis*, Podiumsbeitrag anlässlich der Medientage Mitteldeutschland 2023 (via Phoenix), abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=IVZeYiE5oFE> (bei Minute 4:37).

Ordnung“ geht,¹¹ dann mag die Wahl des Titels für diesen Beitrag nicht mehr allzu plakativ sein.

II. Änderungen in der Medienordnung

Die Medienordnung hat sich seit den Festlegungen des BVerfG, die noch kurz vor dem Inkrafttreten des Rundfunkstaatsvertrages galten¹² und seit-her im Wesentlichen fortgeschrieben wurden, fundamental geändert. Bereits die durch die Digitalisierung ausgelöste sog. Medienkonvergenz,¹³ eines der meistgebrauchten Schlagwörter in den 1990er Jahren,¹⁴ hat dafür gesorgt, dass die Sparteneinteilung zwischen Presse und Rundfunk mehr und mehr obsolet wurde.¹⁵ Die getrennte Regulierung von Presse und Rundfunk hat nur die veraltete Regulierung selbst länger am Leben erhalten. Schon die Einteilung elektronischer Medien zwischen presseähnlich und rundfunkähnlich (§ 30 Abs. 7 MStV) ist eine Trennung, die aus Nutzersicht kaum überlebensfähig war und ist.¹⁶ Die erbitterten Kämpfe zwischen Presse und (öffentlich-rechtlichem) Rundfunk, die bis heute andauern, haben enorme Ressourcen bei den streitenden Parteien, bei Gerichten und bei Behörden in Anspruch genommen.¹⁷ Sie konnten nicht aufhalten, was seit den digitalen Providergesetzen ab Mitte der 1990er Jahre an Veränderung massiv ermöglicht wurde.¹⁸ Die Regulierungsferi-

11 BVerfGE 73, 118 – erster Leitsatz = NJW 1987, 239 (241); vorher bereits BVerfGE 35, 202 (222) – Lebach.

12 BVerfGE 73, 118 (4.11.1986).

13 Hierzu *Gounalakis*, Konvergenz der Medien, NJW-Beilage 23/2003, S. 20, 22.

14 Vgl. dazu Bangemann-Report; Europe and the global information society, 1994; Grünbuch zur Konvergenz, KOM (97) 623; *Bartosch*, Das Grünbuch über Konvergenz, ZUM 1998, 209, *Ulbrich*, Konvergenz der Medien auf europäischer Ebene – Das Grünbuch der Europäischen Kommission, K&R 1998, 100; *Knothe*, Konvergenz und Medien aus nationaler Sicht, K&R 1998, 95, *Scheja*, Das Grünbuch zur Konvergenz, CR 1998, 358.

15 Vgl. Hoffmann-Riehm/Schulz/Held, Konvergenz und Regulierung, 2000, S. 20.

16 Vgl. z.B. *Gersdorf* in: Gersdorf/Paal, Informations- und Medienrecht, 2021, § 30 MStV Rn. 42.

17 Vgl. etwa den Streit um die sog. „Tagesschau-App“, LG Köln, ZUM-RD 2012, 613; OLG Köln GRUR-RR 2014, 342; BGH GRUR 2015, 1228 – Tagesschau-App; vgl. auch LG Potsdam, ZUM-RD 2019, 230; LG Stuttgart, AfP 2022, 544.

18 *Niewiarra*, Schlachten von gestern, ZUM 1995, 318.

en gegenüber den Anbietern von Zugangs- und Hostingdiensten¹⁹ haben vielmehr dazu geführt, dass eine völlig neue Gruppe von Protagonisten entstand, die wegen der im digitalen Raum bestehenden Netzwerkeffekte sehr schnell nach dem „winner-takes-it-all“-Prinzip den Bereich der redaktionellen Verantwortlichkeit mehr und mehr übernommen haben.²⁰ Die auf den Rundfunk konzentrierte Gesetzgebung hat Jahre gebraucht, bis sie diesen Prozess nachvollzogen hat. Ähnlich wie im italienischen privaten Rundfunkmarkt, der vor dem Eintritt von Berlusconi völlig ungeregelt war,²¹ sind in den USA, aber auch in Europa und entsprechend hierzulande Strukturen über mehr als ein Jahrzehnt entstanden, welche die Techniken der Meinungsgestaltung in großem Umfang übernommen haben. Diese Strukturen sind von starken Konzentrationen geprägt. Daher spricht man von Digital-Monopolen oder -Oligopolen.²²

Diese Veränderungen haben Auswirkungen auf den Prozess der Meinungsbildung und Meinungsbeeinflussung, die seit Jahren im Alltag deutlich spürbar sind und mit den Schlagworten „hate speech“ und „fake news“ nur unzureichend etikettiert werden. Die KEK weist auf die Unwucht in der Konzentrationskontrolle seit langem hin.²³ Im siebten Konzentrationsbericht (2022) stellt sie fest, dass „das lineare Fernsehen ... die Meinungsbildung zwar weiterhin maßgeblich (beeinflusst)“, allerdings die erhebliche Bandbreite an internetbasierten Angeboten in ihrer Gesamtheit eine

19 Insbesondere in Form der Haftungsnormen des TMG seit den Vorläuferregelungen im TDG und MDStV 1997, vgl. *Spindler*, Haftungsrechtliche Grundprobleme der neuen Medien, NJW 1997, 3193.

20 *Andree/Peifer*, Digitaler Neustart für freien Wettbewerb und Vielfalt in digitalen Märkten, MedienWirtschaft 4/2023, 37.

21 Das italienische Verfassungsgericht hat im Jahr 1976 entschieden, dass die Rundfunk-tätigkeit von jedermann ausgeübt werden darf und keiner Zulassung bedarf, gleichzeitig wurde das Rundfunkmonopol des Staates als verfassungswidrig angesehen, Corte Costituzionale Nr. 202 v. 28.7.1976, Foro italiano 1976, I, 2066; zu den Folgen für eine einschränkungslose Freiheit z.B. *Meinel*, Die Rundfunkstruktur in Italien - Ein zur Ruhe gekommener freier Markt?, MP 1985, 401, 408; *Drude*, Zehn Jahre drahtloser Privat-Rundfunk in Italien - Ein Rückblick, Ufita 107 (1988), 127, 142; *Ubertazzi*, Das italienische Rundfunksystem, Ufita 105 (1987), 105.

22 *Andree/Peifer*, MedienWirtschaft 4/2023, 37, 39.

23 KEK, Sechster Konzentrationsbericht, 2018, S. 44; im Fünften Konzentrationsbericht 2015 schlug die KEK vor, eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen, die das Fernsehen nur als Aufgreifkriterium sah, KEK, Von der Fernsehzentrierung zur Medienfokussierung, Fünfter Konzentrationsbericht, 2015, S. 506, im 18. Jahresbericht 2015/2016 schlug sie vor, ein fernsehunabhängiges Vielfaltssicherungsmodell („Gesamtmarktmodell“) zu entwickeln, KEK, 18. Jahresbericht 2015/2016, S. 148 f.; *Gounalakis*, Wir brauchen ein umfassendes Modell der Vielfaltssicherung, pro media 6/2017, S. 17.

ganz erhebliche Relevanz für die Meinungsbildung hat.²⁴ Das hat auch die Bundesländer dazu veranlasst, über eine Reform der bisher fernsehen-zentrierten Konzentrationskontrolle nachzudenken.²⁵ Der Entwurf des sog. Media Freedom Act sah in Art. 21 vor, dass die Mitgliedstaaten der EU materielle und prozedurale Regeln zur Ermittlung von Konzentrationen auf Medienmärkten mit erheblichem Einfluss auf Medienvielfalt und redaktionelle Unabhängigkeit vorsehen müssen.²⁶ Der am 7.5.2024 verabschiedete endgültige Text enthält dieses Gebot bedauerlicherweise nicht mehr, sondern verpflichtet die Mitgliedstaaten nur noch zur Berichterstattung über die Konzentration im Medienbereich.²⁷ Die ursprünglich vorgesehenen Regeln sollten unabhängig von bereits existierenden wettbewerbsrechtlichen Konzentrationsregeln sein. Immerhin spricht die Verordnung nicht mehr vom Rundfunk (geschweige denn vom nationalen Fernsehen), sondern von „Medien“. Erfasst werden nicht nur Mediendienste (also direkte Inhalteanbieter), sondern auch Plattform-Dienste (Hosting fremder Inhalte), darunter explizit auch Video-Sharing-Dienste (wie YouTube).²⁸ Die Zeit für Neues ist also jedenfalls in der Begriffsverwendung angebrochen. Tatsächlich geht es nicht nur um die Einbeziehung aller medienrelevanter Märkte, sondern auch um die Ausweitung des Blicks auf alle die Meinungsbildung beeinflussenden Umstände. Zum Teil bedarf es gravierender Änderungen des Blickwinkels.

24 KEK, Siebter Konzentrationsbericht, 2022, S. 323; aufgegriffen in KEK-24. Jahresbericht, 2023, S. 15.

25 Protokollerklärung der Länder zum Medienstaatsvertrag, MP Dokumentation I/2021, S. 80: „Die Länder setzen sich für ein zukunftsfähiges Medienkonzentrationsrecht ein. Dieses muss den real bestehenden Gefahren für die Meinungsvielfalt wirksam begegnen können. Die Medienmärkte haben in den letzten Jahren eine Öffnung erfahren, die neben dem Fernsehen auch andere Mediengattungen, die möglichen Folgen crossmedialer Zusammenschlüsse und auch solcher auf vor- und nachgelagerten Märkten verstärkt in den Fokus rückt. Ein reformiertes Medienkonzentrationsrecht muss daher alle medienrelevanten Märkte in den Blick nehmen.“

26 Vgl. Kommissionsvorschlag v. 16.9.2022, COM (2022) 457 final; Roß, European Media Freedom Act und Kernfragen der europäischen Integration, EuR 2023, 450 (454) mit Hinweis auf „die bedeutende Stellung im Meinungs- und Willensbildungsprozess, die Gatekeepern wie sozialen Medien und Suchmaschinen mittlerweile zukommt“.

27 Art. 26 der Verordnung (EU) 2024/1083 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines gemeinsamen Rahmens für Mediendienste im Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU (Europäisches Medienfreiheitsgesetz). Der Text ist abrufbar unter Text abrufbar unter <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-4-2024-INIT/de/pdf>. Die Vorschriften werden am 8.8.2025 wirksam.

28 Vgl. Art. 2 Nr. 1, 9, 11.

III. Die Mängel und Herausforderungen der Konzentrationsregulierung

Die Medienkonzentrationskontrolle im derzeitigen MStV betrachtet nur einen Ausschnitt derjenigen Dienste, die für die Meinungsverbreitung und Meinungsbildung zuständig sind: nämlich direkte Inhaltenanbieter. Die Hostingdienste, Video-Sharing-Plattformen, aber auch die vielen Portale, in denen elektronische Presse oder Blogs gehostet werden, nebst den sozialen Netzwerken mit ihren schnellen Kommunikationswerkzeugen spielen dabei weder direkt noch als medienrelevante verwandte Dienste eine Rolle. Das Medienkonzentrationsrecht hat sich damit in eine selbst auferlegte Isolation begeben.

Als 2006 der Zusammenschluss von ProSieben-Sat.1 und Springer mit viel Aufwand von BKartA und der KEK als wirtschaftlich und publizistisch marktbeherrschend abgewendet wurde,²⁹ hatte sich der Medienmarkt bereits in gänzlich neue Richtungen entwickelt. Die Verhinderung einer Fusion zwischen einem großen Presse- und einem Rundfunkunternehmen konnte damals nur mit Berechnungen gelingen, die einerseits später vom BVerwG als fehlerhaft beurteilt wurden,³⁰ andererseits einen Medienmarkt fokussierten, der seinen Zenit überschritten hatte. Die Abwanderung der Aufmerksamkeit in Bereiche, die nicht mehr von Inhaltenanbietern, sondern von Plattformen betrieben wurden, wurde sogar dadurch gefördert, dass zwei national bedeutende Medienanbieter nicht extern wachsen durften. Die wirtschaftlich und publizistisch schon damals gebotene Stärkung dieser Anbieter unterblieb. In den Folgejahren wurden beide – Presse und privater Rundfunk – ökonomisch geradezu marginalisiert.³¹ Während die klassischen Medien über ihre Werbeträger (einschließlich Internet) nach Erhebungen des ZAW in Deutschland 25,7 Mrd. Euro erzielen, werden

29 KEK, Beschluss 293-1 bis 5; BKartA, Beschl. v. 19.1.2006 – B 6 – 92202 – Fa – 103/5, WuW/E, DE-V II 63.

30 BVerwG, MMR 2015, 67; krit. bereits vorher *Bornemann*, Wie die KEK gefühlte Meinungsmacht in eine Eingriffskompetenz umrechnet, MMR 2006, 275 (279); *Säcker*, Zur Ablehnung des Zusammenschlussvorhabens Axel Springer AG/ProSiebenSat.1 Media AG durch KEK und Bundeskartellamt, K&R 2006, 49 (53); *Peifer*, Vielfaltssicherung im bundesweiten Fernsehen, 2005, S. 77.

31 Gemessen an den Werbeeinnahmen erwirtschaftet das Internet als Werbeträger 2021/2022 beinahe 50% des Gesamtnettoumsatzes in Deutschland, die übrigen Werbeträger Print, Fernsehen, Direktwerbung, Plakate, Radio, Kino, teilen sich gemeinsam die zweite Hälfte, vgl. die Erhebungen des ZAW, abrufbar unter <https://zaw.de/branchendaten/werbemarkt-nach-medien/> Die Erhebung erfasst nicht die Werbeeinnahmen, welche die Digitalkonzerne im Plattformbereich erzielen.

die Werbeeinnahmen allein von Meta Platforms 2021 mit 114 Mrd. Euro, 2022 mit 113,6 Mrd. US-Dollar angegeben,³² bei Alphabet (Google) sind es 2021/2022 weltweit 209,5 bzw. 224,47 Mrd. US-Dollar.³³ Die Zahlen sind regional nicht direkt vergleichbar, zudem inhaltlich nicht völlig deckungsgleich, weil nicht alle Umsätze inhaltsbezogen sind. Die Tendenzen im ökonomischen Bereich sind aber klar erkennbar. Ökonomische Ertragsstärke führt unübersehbar auch zu Investitionsstärke im Bereich der Zugangseröffnung zu Informationen, gelegentlich gar zur Investitionsstärke bei der Erzeugung von Inhalten.³⁴

Der öffentlich-rechtliche Rundfunk war nie ein Objekt der Medienkonzentrationskontrolle, wohl aber deren Faktor. Der MStV vertraut auf den Binnenpluralismus und die gesetzliche Auftragsdefinition, um Meinungsvielfalt innerhalb der Anbieterprogramme zu garantieren. Diese Festlegungen galten ihrerseits als Balance gegenüber privaten Anbietern. Die Ermittlungen der KEK im Bereich der Zuschaueranteile zeigt, dass die Anteile der öffentlich-rechtlichen Sender gegenüber den Privaten eher gewachsen sind. Das gesamte Ökosystem der Meinungsverbreitung wird allerdings auch damit nicht erfasst.

Hier liegt ein weiterer Mangel der bisherigen Konzentrationskontrolle des MStV. Die Medienkonzentrationskontrolle ermittelt Zuschaueranteile, also die durchschnittliche Sehbeteiligung von (Fernseh-)Zuschauern in Bezug auf ein Senderprogrammangebot. Die Messung erfordert die Aufzeichnung klassischer Fernsehnutzung. Sie geht also davon aus, dass Menschen vor einem linearen Empfangsgerät sitzen. Nach Erhebungen der KEK trifft dies altersabhängig noch stark auf Menschen über 50 zu.³⁵ Bei der jüngeren Zielgruppe fehlt aber häufig bereits das Empfangsgerät Fernseher. Ersetzt wird es durch den PC als Zugangsgerät. Die Zugangsdienstleistung ist oftmals nicht der Livestream des Fernsehsenders, sondern der in Vermitt-

32 Vgl. die Zahlen von Statista, abrufbar über <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/458825/umfrage/werbeeinnahmen-von-facebook/>.

33 <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/75188/umfrage/werbeumsatz-von-google-seit-2001/>.

34 Das zeigt die Möglichkeit des Amazon-Gründers Jeff Bezos, 2013 mit der Washington Post eine namhafte überregionale US-Zeitung (für 250 Mio. US-Dollar) zu erwerben (<https://www.interface-medien.de/blog/meinungsmacht-amazon-washington-post/>) oder jährlich 1 Mrd. US-Dollar in eigene Filmproduktionen zu investieren (<https://www.blickpunktfilm.de/kino/bericht-amazon-investiert-jaehrlich-eine-milliarde-dollar-in-kinoproduktionen-1df8e81b0a341374342b2bed959c4435>).

35 Vgl. die Angaben zur Fernsehnutzung der KEK, abrufbar unter <https://www.kek-online.de/medienkonzentration/mediennutzung/fernsehnutzung>.

lerangebote (Social Media, Instant Messaging) eingebundene Stream oder das über solche Vermittler zugängliche Informationsangebot von Videoportalen (Mediatheken). Dazu kommen direkte Informationsangebote diverser Inhalteproduzenten von Anbietern berufsmäßiger Journalismusprodukte bis hin zu privaten Äußerungen in sozialen Netzwerken.

Die Suche erfolgt über klassische Suchmaschinen oder die Konsultation der Timeline von Sozialen Netzwerken, die bestimmte Internetangebote, zumeist wiederum solche von Inhaltevermittlern sichtbar machen. Der Mechanismus zur Auffindung von Inhalten ist die algorithmisch beeinflusste oder bestimmte Suche nach Zugangsdiensten oder die nach Nutzerpräferenzen aufgebaute Timeline von Sozialen Netzwerken. Gefunden wird, was der Algorithmus erfasst und präsentiert. Die Inhaltebereitstellung wird auf diese Weise durch die Macht der Auswahl, Anordnung und Präsentation auf der jeweiligen Vermittlungsplattform beeinflusst oder auch gebrochen. Am Ende werden durchaus noch Inhalte aus der Fernsehwelt konsumiert, aber nicht nur und nicht in der Form, in der eine Programmsehdauer erfasst wird. Bereits die Erhebung von Zuschaueranteilen, noch mehr aber deren Messung als Programmverweildauer sind daher nur scheinbar taugliche Instrumente zur Messung von Medienkonzentration.

Das wird berücksichtigt im Medienvielfaltsmonitor der Landesmedienanstalten,³⁶ der neben dem Fernsehen weitere Mediengattungen ermittelt, also über die Vorgabe des § 60 MStV hinausgeht. Dieses Werkzeug geht davon aus, dass Medienanbieter sich bestimmter Mediengattungen (Rundfunk, Presse, Zeitschriften, Internetdienste) bedienen. Die einem Anbieter zuordenbaren Reichweiten werden gewichtet. Vermittler und ihre Macht, Aufmerksamkeit zu steuern oder zu verbergen, findet dabei allerdings keine Berücksichtigung. So taucht in den TOP 5 des Monitors die ARD, Bertelsmann, ZDF, Springer und KKR (ProSieben/Sat.1) auf, nicht aber einer der Medienintermediäre.³⁷

Diese Intermediäre – seien sie Vermittler von Informationen oder Gestalter von Zugangstechnologien – machen meinungsrelevante Inhalte aber überhaupt erst auffindbar, präsentieren sie prominent und binden sie durch Vernetzung mit ähnlichen Inhalten in einen Kontext ein. Intermediäre werden dadurch mehr und mehr von passiven Dienstleistern zu Verbreitern

36 <https://medienvielfaltsmonitor.de/>.

37 Medienvielfaltsmonitor 2023, S. 3, abrufbar unter https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/die_medienanstalten/Forschung/Medienvielfaltsmonitor/Medienvielfaltsmonitor_2023.pdf.

von Inhalten, die durch Kuratierung die Informationsverbreitung oft erst ermöglichen oder auch verhindern. Dies führt dazu, dass ihr Beitrag sehr viel stärker einbezogen werden muss, als dies in einer nicht-konvergenten Medienwelt der Fall war. Der Medienstaatsvertrag berücksichtigt dies insofern, als er Vermittler mit besonderen Regelungen zu erfassen versucht. Bei der Medienkonzentrationskontrolle findet das allerdings noch keinen Niederschlag.

Im Rahmen des Medienvielfaltsmonitors hat eine besondere Studie die Vermittlungsdienste eingeteilt in Soziale Netzwerke (Facebook, X etc.), Video-Sharingportale (Youtube, Vimeo etc.), Instant-Messaging-Dienste (WhatsApp, Telegram etc.) und Suchmaschinendienste (Google, Bing etc.).³⁸ Die Studie hat versucht, die Reichweite jedes dieser Intermediäre zu ermitteln und dabei altersbezogen auch Verschiebungen (vermutlich zu ByteDance/TikTok, die nicht gemessen wurden) ausgemacht. Was hierbei fehlt, ist die Einbeziehung der Frage, was genau zugänglich gemacht wird bzw. welchen Einfluss es hat, dass über Vermittlungsdienste Inhalte nicht nur des Rundfunks, sondern auch der Presse zugänglich gemacht werden. Unklar ist zudem, welchen Einfluss es auf die Meinungsvielfalt hat, dass Angebote sortiert, präsentiert, priorisiert oder auch verborgen werden.

Eine Studie des Bredow-Instituts aus dem Jahr 2016 hat qualitativ ermittelt, welche Tätigkeit Ansatz für eine Regulierung, also Anknüpfungspunkt für gesetzliche Pflichten oder Verantwortlichkeiten sein kann.³⁹ Die Studie fokussiert dabei auf Auswahl und Sortierung (auch durch prognostische Vorwegnahmen von Nutzererwartungen) und dadurch bewirkte (auch priorisierte) Ausgabe als maßgebliche Verhaltensweisen.⁴⁰ Akzeptiert man, dass Auswahl und Anordnung stets auch für sich genommen Informationsfunktionen haben, jedenfalls den Zugang zu Informationen bewirken, erleichtern oder erschweren und geht man überdies davon aus, dass der Zugang zur Information eine Grundvoraussetzung für die Verbreitung, Kenntnisnahme und die darauf erfolgende Meinungsbildung ist, so kann man bereits von einer täterschaftlichen Handlung (nicht nur einer passiven

38 Intermediäre und Meinungsbildung, 2023, abrufbar unter https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/die_medienanstalten/Forschung/Intermediaere_und_Meinungsbildung/Intermediaere_Meinungsbildung_2023-I.pdf.

39 Schulz/Dankert, Die Macht der Informationsintermediäre – Erscheinungsformen, Strukturen und Regulierungsoptionen, 2016; abrufbar bei der projektfördernden Friedrich-Ebert-Stiftung unter <http://library.fes.de/pdf-files/akademie/12408.pdf>.

40 Vgl. Schulz/Dankert, aaO. S. 63-70.

Erleichterung) sprechen. Diese Erkenntnis muss auch bei der Medienkonzentrationskontrolle eine Rolle spielen.

Andree und Thomsen haben dies zum Ausgangspunkt genommen, nicht (nur) die Sehdauer von Programmen, sondern die Nutzung von Websites im World Wide Web, die eine Grundvoraussetzung dafür ist, dass Informationen gefunden werden, zu messen. Mit Hilfe eines Crossmedia-Links der GfK erhoben sie die Anzahl des Abrufs von Websites und die Verweildauer auf diesen Websites durch in Deutschland abrufende Nutzer/innen.⁴¹ Das Ergebnis dieser „Kartografierung der digitalen Welt“ ist verblüffend. Es offenbart, dass der Traffic bei den Internetdiensten zwar potentiell dazu führt, dass jedes Angebot auffindbar ist,⁴² dass allerdings unter den tausenden Websites, die Nutzer/innen ansteuern, der Anteil einer Top-Gruppe von immer wieder angesteuerten Angeboten nur die kleine Gruppe von Anbietern hervorhebt, die das Eingangstor zum Internet darstellen.⁴³ Die Untersuchung kommt zu der Einschätzung, dass auf den Alphabet-Konzern 18,6%, auf Meta (Facebook) 15,6%, auf Apple 8%, auf Amazon 3,5% der Aufmerksamkeit entfallen.⁴⁴ Interessanterweise tauchen auch unter den weiteren Nutzungen zwar noch Unternehmen wie ebay oder web.de, nicht aber die Websites der Rundfunk- oder Presseanbieter auf. Die Autoren gehen davon aus, dass sich die Konzentrationswirkung durch lock-in-Effekte weiter steigern wird, also der Anteil der an das Portal gebundenen Nutzer/innen wächst. Martin Andree spitzt das Ergebnis dieser Analyse auf die Aussage zu, dass die bei klassischen Medien direkt ankommende Aufmerksamkeit nahezu inexistent ist.⁴⁵

Daraus folgt zwar noch nicht, dass Angebote von Rundfunk und Presse nicht mehr genutzt werden, sondern lediglich, dass viele dieser Angebote nicht direkt, sondern über die Vermittlungsdienstleister angesteuert werden. Wenn im Ökosystem dieser Vermittler die vollständige Auswahl,

41 Vgl. *Andree/Thomsen*, Atlas der Digitalen Welt, Frankfurt/M. 2020, S. 14. Die Autoren haben unter 16.000 Nutzern jede einzelne, von diesen aufgerufene Webseite erhoben und dabei auf die jeweils höchste Ebene, also die Eingangsseite abgestellt, so dass alle Besuche, auch wiederkehrende diese Eingangsseite als Tor erhoben wird. Unterseiten und Subdomains wurden der jeweiligen Eingangsseite zugeordnet. Für jedes Angebot wurde ferner die Nutzungsdauer erhoben, aaO. S. 24.

42 So die Ausgangsthese für die ermächtigende Wirkung, die *Chris Anderson*, *The Long Tail*, Hyperion New York 2006, dem Netz zuerkennt.

43 *Andree/Thomsen*, aaO. S. 25.

44 *Andree/Thomsen*, aaO. S. 34.

45 Vortrag auf den Medientagen Mitteldeutschland 2023 (via Phoenix), abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=BQReNMx77VE> (ab Minute 6:05).

Anordnung und Priorisierung stattfindet, besteht aber das Risiko, dass hierüber auch Informationen und Meinungen priorisiert oder verborgen, jedenfalls Zugangsmöglichkeiten zu ihnen (mit-)gesteuert werden. Diese Wirkung führt zu den zunehmend thematisierten Fragen nach Echokammern,⁴⁶ die bestimmte Meinungen als besonders laut und wichtig erscheinen lassen oder auch zu einer Verstärkung von Tendenzen führen, das nicht Angezeigte oder das algorithmisch Aussortierte gar nicht erst in Betracht zu ziehen. Daran ist beachtlich, dass eine Verengung von Meinungsgestaltung Konzentrationstendenzen verstärken und publizistische Macht zu Diensten hin verlagern kann, die weder redaktionelle Verantwortung tragen oder ausüben (wollen), noch sicherstellen, dass Informationsangebote nach journalistischen Standards verbreitet werden. An dieser Stelle ist die demokratische Meinungsbildung gefährdet, wenn die öffentliche Aufgabe der Presse oder die dienende Freiheit des Rundfunks gewissermaßen algorithmisch umschifft wird.

Im Ergebnis spricht dies dafür, die Intermediärsleistungen in die medienkonzentrationsrechtliche Betrachtung einzubeziehen, also nicht nur über Transparenz- und Zugangsregelungen als eine Art Missbrauch von Zugangsmacht zu behandeln, wie es der geltende MStV tut. Erforderlich ist eine Korrektur des Anwendungsbereichs des § 60 MStV, jedenfalls über eine erhebliche Ausweitung des Konzepts der medienrelevanten verwandten Märkte. Diese Korrektur ist auch deswegen wichtig, weil die Intermediäre über ihre technologische Stellung, die durch Netzwerkeffekte noch verstärkt wird, den Zugang zu Inhalten weitgehend unbehindert kontrollieren können. Diese Zugangskontrollmacht wird vor allem durch immaterielle Investitionen in Infrastrukturen bewirkt, die so gewichtig sind, dass sie Marktkonkurrenten allein wegen der Investitionshöhe, die erforderlich ist, um gleichzuziehen, abschreckt. Die technologische Stellung wird daher schwer angreifbar.⁴⁷ Das hat erhebliche Marktschließungseffekte, die sich

46 Begriff zurückgehend auf *Sunstein*, Republic.com, Princeton University Press 2001, S.17 der mit dem Begriff das Phänomen der Fragmentierung von Aufmerksamkeit und Mediennutzungsverhalten beschreiben wollte: „people sort themselves into enclaves (in the internet) in which their own views and commitments are constantly reaffirmed“ (aaO., S. XII). Daraus folge die Gefahr von „polarization which can breed extremism and even hatred and violence“ (S. 44) „hate groups“ (S. 57) und „social cascades ... in which information, whether true or false, spreads like wildfire“ (S. 14).

47 Hierzu *de Ridder*, Market Power and Innovation in the Intangible Economy, *American Economic Review* 2024, 114 (19): 199-251.

auf publizistischen Märkten, die auf gleichen und einfachen Zugang bei der Rezeption ihrer Inhalte angewiesen sind, gravierend auswirkt.

IV. Gestaltung von Meinungsmacht durch weitere Umstände

Das Medienkonzentrationsrecht hat weitere Aspekte bisher nicht zentral fokussiert. Bei der Kontrolle von Meinungsmacht oder auch der Kontrolle der Umstände, die Meinung beeinflussen können, spielen viele Faktoren eine Rolle.

Ein neu auftretendes Problem ist die algorithmische Erzeugung von Inhalten, sei es im Text- oder Bildbereich.⁴⁸ Das mit größer Öffentlichkeitswirkung am publizistischen Markt aufgetretene Werkzeug ChatGPT und seine Varianten oder Alternativen zeigen, dass die Auswertung großer Informationsmengen publizistische Tätigkeiten in manchen Bereichen unterstützen, in anderen Bereichen aber auch ersetzen kann. Der Einsatz der Technologie entscheidet auch über die Möglichkeiten, das Werkzeug zu nutzen, vermittelt also auch Kontrollmöglichkeiten über Inhalte und Meinungen.⁴⁹ Die Erzeugung von Informationen aus im offenen Netz verfügbaren Texten und Bildern hat zunächst die kreative Gemeinde um Schöpfung und Darbietung von Werken alarmiert. Die ex post schwer nachzuweisende Nutzung kreativer Formulierungen, Eigentümlicher Bilder oder Darbietungen sorgt dafür, dass sich die Inhalteerzeugung zu denjenigen verlagern kann, welche die Werkzeuge bereitstellen oder sie nutzen („prompting“).⁵⁰ Auch das ist eine Vermittlungsmacht, weil der Algorithmus, der die Text- oder Bilderstellung steuert, nicht nur technische Präferenzen, sondern auch inhaltliche Vorgaben (bis hin zur Abbildung von Vorurteilen) vermitteln kann, also mit oder ohne Kennzeichnung Meinung gestalten kann.

48 Vgl. zu Anwendungsfeldern im Journalismus: Weberling, Medienrechtliche Bedingungen und Grenzen des Roboterjournalismus, NJW 2018, 735.

49 Vgl. The Washington Post v. 20.1.2024: “Open AI suspends bot developer for presidential hopeful Dean Phillips” über die Sperrung des Zugangs eines Developers, der das Instrument dazu nutzen wollte, Echtzeitgespräche mit einem US-demokratischen Politiker zu simulieren, wobei die Nutzer darüber informiert wurden, dass der Politiker nicht selbst anwesend war. Die Nutzungsbedingungen von OpenAI untersagen die Nutzung in politischen Kampagnen und für Lobbying.

50 Vgl. zur urheberrechtlichen Problematik Schack, Auslesen von Webseiten zu KI-Trainingszwecken als Urheberrechtsverletzung de lege lata et ferenda, NJW 2024, 113; zur Vergütungsicherung Senftleben, Generative AI and Author Remuneration, IIC 2023, 1535.

Der Einsatz solcher Werkzeuge hat in Bezug auf den Zugriff auf frei verfügbare Inhalte gravierende ökonomische Konsequenzen. Die originären Inhalteerzeuger verlieren nicht nur die intellektuelle Kontrolle über ihre Leistungen, sie verlieren auch ökonomische Verwertungschancen, die auf eine werbefinanzierte Vermittlerindustrie übergehen. Die hier – vor allem durch Proteste der Betroffenen angestoßene – Diskussion hat eine Parallele zur Diskussion um das Presseverlegerleistungsschutzrecht, das letztlich eine Debatte um die Vergütung für publizistische Leistungen ist.⁵¹

Ergebnisse

Die Fokussierung der Medienkonzentrationskontrolle auf das bundesweite Fernsehen ist seit langem überholt. Das wusste der Jubilar und es musste ihm nicht näher erläutert werden.

Die Einflussnahmen auf Meinungsmacht und Meinungsbeeinflussung sind von der Inhalteerzeugung auf subtile Möglichkeiten der Inhalteverbreitung, insbesondere verschiedene Formen der Inhaltekuratierung übergegangen. Diese Kuratierung ist nicht inhalteneutral. Sie erreicht immer mehr Formen der täterschaftlichen Verbreitung. Der Schritt zu dieser Einsicht ist nicht groß. Das kann auch zu einer Neudefinition von Haftungskonzepten führen. Vermittler sind daher nicht mehr nur Veranlasser („Störer“). In § 60 MStV jedenfalls ist der Begriff der medienrelevanten Märkte zu erweitern. Ob man die Konzentrationskontrolle auch weiterhin im Zulassungsverfahren ansiedeln sollte, ist zu bezweifeln, wenn es Zulassungsverfahren ohnehin nur (noch) für den klassischen Rundfunk gibt. Dass bei Fusionen auf medienrelevanten Märkten die KEK als zuständige Aufsicht zu beteiligen ist, liegt dagegen auf der Hand. Jedenfalls ein Einvernehmen mit kartellbehördlichen Entscheidungen sollte hier stets erfolgen. Der European Media Freedom Act hat leider seine Absicht, den Mitgliedstaaten die Möglichkeiten zu verschaffen, hier größer zu denken, nicht durchgehalten. Das überantwortet die diesbezügliche Aufgabe wieder den Mitgliedstaaten.

Die Schlachten der Vergangenheit zwischen Presse und Rundfunk binden Kräfte und Energien, die Verteilungskämpfe um einen Kuchen betreffen, der sehr viel kleiner geworden ist und auch künftig schrumpfen wird.

51 Hegemann/Heine, Für ein Leistungsschutzrecht der Presseverleger, AfP 2009, 201.

Das betrifft auch den nicht enden wollenden Streit um den öffentlich-rechtlichen Rundfunk.

Die Medienkonzentrationskontrolle steht wieder ganz am Anfang. Ein gemütlicher Ruhestand für diejenigen, die sich mit ihr befassen, sieht anders aus.

Ist die Zeit reif für eine Renaissance des Binnenpluralismus? – Zur Vielfaltsicherung bei Medienintermediären durch interne Aufsichtsgremien

Georgios Zagouras

I. Einleitung*

Die Digitalisierung hat die Medien verändert - extrem sogar. Waren Kapazitätsengpässe nach dem Zweiten Weltkrieg noch das Problem in Sachen Meinungsvielfalt, bereitet uns heute das Überangebot an Informationen Kopfschmerzen. Das BVerfG will den Wettbewerb widerstreitender Ansichten um jeden Preis geschützt sehen. Dies gebieten Art. 5 Abs. 1 GG ebenso wie Art. 11 GRCh – nicht nur in Bezug auf den „klassischen“ Rundfunk. In einer digitalen, von Algorithmen und künstlicher Intelligenz geprägten Welt muss sich die Gesellschaft, allen voran die Legislative, Gedanken über den Schutz der Diversität der Meinungen machen. Medienintermediäre laufen dem Fernsehen beim Verbreiten von Inhalten zunehmend den Rang ab. Die Gesellschaft muss darauf reagieren. Zwar gibt es vereinzelte Vorstöße auf nationaler und europäischer Ebene. Sie beschränken sich jedoch letztlich auf ein Minimum an Transparenz und das Verbot der Diskriminierung. Die Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht im verfassungsrechtlichen Sinne bezwecken sie nicht. Die hierzu erforderlichen Werkzeuge sind erst noch zu entwickeln. Die Suche nach geeigneten Mechanismen gestaltet sich schwierig. Womöglich ist es an der Zeit, einen Oldtimer aus der Garage zu holen: Binnenplurale Aufsichtsstrukturen für Intermediäre könnten ein zukunftsweisendes Mittel sein, um publizistischem Machtmissbrauch einen Riegel vorzusetzen. Der nachstehende Beitrag geht dieser Frage nach.

* Der Beitrag gibt keine Ansichten der EZB wieder.

II. Meinungsbildung und Vielfaltsicherung – eine Bestandsaufnahme

1. Woher wir kommen

a) Frequenzknappheit

Meinungsvielfalt ist fundamental wichtig für eine demokratische Gesellschaft. Im antiken Athen kam der Agora diese Funktion zu. Seit der Erfindung des Buchdrucks haben Medien die Aufgabe des Forums übernommen. Die Diversität von Ansichten ist eine *Conditio-sine-qua-non* der freien Meinungsbildung und Entschlussfassung in einer Demokratie. Die Abwesenheit von Vielfalt lässt sich anhand besonders eklatanter Fälle monopolisierter Meinungsmacht¹ verdeutlichen, wie sie totalitären Systemen immanent ist. Die jüngere deutsche Geschichte liefert gleich mehrere hässliche Beispiele für die totale Vereinnahmung der Medien zu Propagandazwecken: den Nationalsozialismus im Dritten Reich² sowie den Sozialismus in der DDR.³ In beiden, politisch diametral entgegenstehenden Systemen wurde jede Form von Vielfalt in der Berichterstattung planmäßig zu Zwecken der totalen Kontrolle der öffentlichen Meinung beseitigt.

Vollständige Vereinnahmung der öffentlichen Meinung ist charakteristisch für totalitäre Systeme und Diktaturen. Westlich geprägte Demokratien hingegen basieren auf einem freien Wettbewerb unterschiedlicher Meinungen und Weltanschauungen: Meinungsmonopole sind ungesund für eine Demokratie. Schon mit Beginn der Besatzungszeit stand im Westen Deutschlands fest, dass die alten Monopole schnellstmöglich aufgehoben werden müssen; Medien sollten eine Schlüsselrolle bei der Re-Demokratisierung der deutschen Gesellschaft spielen. Dabei ging man medienspezifisch vor. Relativ liberal wurden die Printmedien behandelt. Als Papier nach und nach wieder verfügbar wurde, setzte man doch überwiegend auf Marktkräfte: Meinungsvielfalt wurde bei Zeitungen, Zeitschriften und

-
- 1 Meinungsmacht wird von Gounalakis, in: KEK, Vielfaltsbericht 2018, 43 (44) medienwissenschaftlich definiert als „die Fähigkeit, auf Prozesse der öffentlichen Meinungsbildung (öffentliche Meinung) und individuellen Meinungsbildung (politische Einstellungen und Handeln des Publikums) erfolgreich Einfluss zu nehmen, d. h., beabsichtigte Wirkungen im Sinne der oben unterschiedenen Machtformen zu erzielen.“
 - 2 Zum Rundfunk im Nationalsozialismus Zagouras, Konvergenz und Kartellrecht, 2002, S. 235 f.
 - 3 Hierzu Ricker/Schiwy, Rundfunkverfassungsrecht, 1997, Kap. A, Rn. 43.

Büchern schlicht über ein breites Angebot an Inhalten gewährleistet, über Außenpluralismus.⁴

Anders verhielt es sich beim Rundfunk, also Fernsehen und Hörfunk.⁵ Die propagandistische Bedeutung des Mediums hatten die Nationalsozialisten schon früh ausgenutzt. In der jungen Nachkriegsrepublik stand man vor dem Problem, dass sich Rundfunk nur als sog. natürliches Monopol⁶ betrieben ließ: Es fehlte an Übertragungskapazitäten, um eine aus Vielfaltsgesichtspunkten angemessene Anzahl von Rundfunkprogrammen verbreiten zu können, welche sich idealerweise durch unterschiedliche politische und weltanschauliche Tendenzen ausgezeichnet hätten. War man auf ein bis zwei Fernsehprogramme begrenzt, musste ein Minus an Anbietervielfalt durch ein Plus an Meinungsdiversität ausgeglichen werden. Wichtige soziale Gruppen verkörperten unterschiedliche gesellschaftliche Strömungen; dies sollte sich in den Aufsichtsorganen der Rundfunkanstalten widerspiegeln.⁷ Der Binnenpluralismus ist nach wie vor ein wichtiges Governance-Tool der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten.⁸ Er ist das älteste und wohl auch bewährteste Instrument in der Werkzeugkiste der Vielfaltsicherung.⁹

b) Neue Kapazitäten und Außenpluralismus

Kabelnetz und Satellitenfernsehen veränderten die Lage. Sie versprachen zusätzliche Kapazitäten für zwölf Fernseh- und Hörfunkprogramme. Die Regierung *Kohl* versuchte dies durch Ausbau der Infrastruktur Anfang

4 Während der Besatzungszeit wurde das Pressewesen wegen der Papierknappheit anfangs stark reguliert. Wichtig war die Entnazifizierung der Medien. Hierzu *Benz*, Demokratisierung durch Entnazifizierung und Erziehung, Rundfunk und Presse, BPB, <https://www.bpb.de/themen/nationalsozialismus-zweiter-weltkrieg/dossier-nationalsozialismus/39605/demokratisierung-durch-entnazifizierung-und-erziehung/>.

5 Zum Rundfunkbegriff im Konvergenzzeitalter *Paulus/Nölscher*, ZUM 2017, 177 ff.

6 Zu natürlichen Monopolen *Kerber/Schwalbe*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2023, Bd. 1, Rn. 664 ff.

7 Hierzu auch *Gounalakis/Zagouras*, Rundfunkkonzentrationsrecht, 2008, S. 25 ff.

8 Das BVerfG forderte organisatorische Vorkehrungen, die gewährleisten, dass alle gesellschaftlich relevanten Kräfte im Rundfunk zu Wort kommen. Siehe BVerfGE 12, 205 (262) – Deutschland-Fernsehen-GmbH.

9 Siehe zu den Auswirkungen des 1. Rundfunkurteils auch *Zagouras*, Konvergenz und Kartellrecht, 2002, S. 343.

der Achtzigerjahre politisch auszunutzen,¹⁰ um das öffentlich-rechtliche Rundfunkmonopol aufzubrechen.¹¹ Medienrechtlich betrachtet zeichnete sich aber erstmals die Chance ab, Meinungsvielfalt nicht mehr nur binnenplural und damit durch paritätisch besetzte Governance-Organen, sondern über eine Vielzahl unterschiedlicher und voneinander unabhängiger Anbieter von Fernseh- und Radiosendern sicherzustellen. Außenpluralismus im Rundfunk war allerdings schwieriger umzusetzen, als bei den Printmedien. Angesichts der insbesondere beim Fernsehen hohen Marktzutrittskosten, zeichnete sich früh ab, dass Meinungsvielfalt nicht allein auf der Öffnung der Rundfunkmärkte fußen konnte.¹² Problematisch waren die hohen Kosten für die Veranstaltung von Hörfunk- mehr aber noch von Fernsehprogrammen: Inhalte generieren sich nicht von selbst, schon gar nicht Publikumsmagneten wie Sportveranstaltungen oder Blockbuster.¹³ Daher zeigten sich schon in den Achtzigerjahren beachtenswerte Konzentrationstendenzen in Form von Sendergruppen. Sie waren teils mit anderen Medien verflochten, speziell im Printbereich. Zum anderen bestand aber auch unternehmerisches Engagement auf den vorgelagerten Märkten der Film- und Übertragungsrechte. Die hieraus resultierende Meinungsmacht und deren Kontrolle beschäftigte mehrfach das BVerfG.¹⁴ Das Ergebnis war das Konzentrationsrecht der „klassischen“ Medien, wie wir es heute noch für den Rundfunk in Form der §§ 59 ff. MStV vorfinden.¹⁵

Im Kern geht es dabei um Marktanteilsbeschränkungen für das Suggestivmedium Fernsehen.¹⁶ Die Verfassungshüter attestierten dem TV eine

10 Öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten wurden als zu regierungskritisch empfunden. Hierzu Zagouras, Konvergenz und Kartellrecht, 2002, S. 244 f.

11 Vgl. BPB, Verbreitung von Kabelfernsehen und Satellitenübertragung, 2021. Schon Adenauer versuchte mit der *Deutschland Fernsehen GmbH* den auf die Alliierten zurückgehenden öffentlichen Rundfunkanstalten einen publizistischen Gegenpol entgegenzusetzen. Hierzu Zagouras, Konvergenz und Kartellrecht, 2002, S. 240.

12 Zum Erfordernis verbindlicher Privatfunkstandards bspw. BVerfGE 57, 295 (322) – FRAG.

13 Zur Meinungsrelevanz von Übertragungsrechten im Profisport BVerfGE 95, 163 (173) – DSF.

14 Eine Relevanz für die Meinungsmacht wird seitens des BVerfG bspw. Produktionsfirmen und Anbietern von Sportübertragungs- und Filmrechten zugesprochen. Vgl. BVerfGE 95, 163 (173) – DSF. Zum Erfordernis einer positiven Rundfunkordnung BVerfGE 57, 295 (322) – FRAG.

15 Zur Vorgängervorschrift § 26 RStV Trafkowski, Medienkartellrecht, 2002, S. 177 ff.; Gounalakis/Zagouras, Medienkonzentrationsrecht, 2008, S. 76 f.

16 Zur Suggestivkraft audiovisueller Medien Gounalakis, in: KEK, Konzentrationsbericht 2018, 43 (50).

zentrale Rolle bei der Bildung der öffentlichen Meinung. Folgerichtig wiesen sie die (Landes-)Gesetzgeber an, vorherrschende Meinungsmacht schon im Keim zu ersticken.¹⁷ Dies geschah angesichts der Prämisse, dass das Fernsehen von der Bevölkerung als primäre Informationsbeschaffungs- und Berieselungsquelle genutzt wurde. Vor Internet und Smartphones saß man auf dem Sofa: Man informierte sich in der Tagesschau, schaute anschließend den „Tatort“ oder die „Sportschau“. Das Fernsehen war in analogen Zeiten das schnellste und glaubwürdigste Medium. Es war der Kern der Meinungsbildung und wurde deshalb besonders vor Vereinnahmung, wie sie beispielsweise in Italien durch *Silvio Berlusconi* erfolgte, geschützt.

2. Wo wir stehen

Seit dem Einzug der Konvergenz der Medien und Kommunikationsplattformen, mit der sich unser Jubilar schon sehr früh intensiv beschäftigte,¹⁸ hat sich unser Rezipientenverhalten von Grund auf verändert.¹⁹ Standen vor zwanzig Jahren noch das Zeitungssterben und damit Konzentrationsprozesse in bei Printmedien²⁰ oder crossmediale Meinungsmacht²¹ im Focus der Vielfaltsicherung, so tritt die gesellschaftliche Relevanz dieser Phänomene heute hinter neuen Fragestellungen zurück. Wenn andere, nicht-lineare Kommunikationsformen das traditionelle Fernsehen in Sachen Meinungsmacht substituieren,²² dann muss auch die medienrechtliche Vielfaltsicherung auf damit einhergehende Herausforderungen reagieren. Andere Player rücken in das Zentrum des Interesses: Medienintermediäre, Suchmaschinen und KI-basierte Chatbots.

17 So betont BVerfGE 57, 295 (323) – FRAG, dass „*einmal eingetretene Fehlentwicklungen - wenn überhaupt - nur bedingt und nur unter erheblichen Schwierigkeiten rückgängig gemacht werden könnten.*“

18 Siehe insb. *Gounalakis*, Konvergenz der Medien - Sollte das Recht der Medien harmonisiert werden?, 2002, S. 65 ff. Siehe auch *Gounalakis*, NJW-Beilage 23/2002, 20 ff.

19 Vgl. *Gounalakis*, in: KEK, Konzentrationsbericht 2021, S. 6.

20 Zur Verhinderung von Meinungsmonopolen im Bereich der Printmedien insb. BVerfGE 20, 162 (176) – Spiegel. Zu konglomeraten Medienkonzernen *Gounalakis/Zagouras*, NJW 2006, 1624 ff.

21 Hierzu auch *Gounalakis/Zagouras*, AfP 2006, 93 ff.; *dies.*, JZ 2008, 652 (653) unter Bezugnahme auf *Kübler*, MP 2004, 131 (132) sowie BVerfG, ZUM 2007, 712 (721 f.) – Rundfunkgebühren II; rechtsvergleichend *Gounalakis*, DIME&E 2009, 462 ff.; *Gounalakis/Röß*, in: *Gounalakis/Taylor*, Media Diversity Law, 2016, S. 13 ff.

22 Zu Substitutionstendenzen bei Informationsaufnahme über Intermediäre *AFTTA*, TA Algorithmen in digitalen Medien und ihr Einfluss auf die Meinungsbildung, BTDRS 20/4453, S. 70.

a) Digitalisierung der Gesellschaft

Dank unserer Smartphones sind wir alle Anbieter von Inhalten. Wir kreieren ein massives Überangebot an Content. Jeder kann und darf ihn teilen. Meist handelt es sich um Banalitäten, aber kaum geschieht etwa ein tragischer Verkehrsunfall oder ein Anschlag, finden wir Minuten später die ersten Zeugnisse davon im Internet. Vertrieben werden die Inhalte über Medienintermediäre wie *Facebook*, *Instagram* oder *X* (ehemals *Twitter*). Sie entscheiden, welche Bilder, Filme oder Kommentare dem jeweiligen Rezipienten zugänglich gemacht werden. Anders als bei konventionellen Medien erfolgt dies nicht durch eine wie auch immer politisch-weltanschaulich motivierte redaktionelle Entscheidung und damit den menschlich vermittelten Willen des betreffenden Mediums.²³ Sie erfolgt auf Grundlage von Algorithmen. Medienintermediäre sammeln alle erdenklichen Informationen über ihre Nutzer. Mathematische Formeln entscheiden dann, wem beispielsweise bei einem Thema wie der Corona-Pandemie Verschwörungstheorien und wem die neuesten Impftipps gezeigt werden.²⁴ Dieses Charakteristikum unterscheidet sie von konventionellen Medien, welche Inhalte oft selbst generieren, zumindest aber selektieren.²⁵

b) Fortschreitende Substitution des Rundfunks

Fernsehen ist „old school“. Es kann in Sachen Aktualität nicht mehr mithalten. Es erreicht Rezipienten und damit Werbekunden bei weitem nicht so präzise wie Medienintermediäre. Letztere agieren als Vermittler zwischen Anbietern professioneller journalistisch-redaktioneller Inhalte und Nutzern;²⁶ sie selektieren, listen und präsentieren Informationen und journalistische Inhalte.²⁷ Konventionelle Medienunternehmen geben ihre

23 Dementsprechend werden auch keine publizistischen Sorgfaltspflichten wahrgenommen. Hierzu *Gounalakis*, in: Götting/Schertz/Seitz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Auflage 2019, § 24 Rn. 123 f.

24 Vgl. KEK, Konzentrationsbericht 2021, S. 210 f. Zur Verantwortung von Medienintermediären bei der politischen Willensbildung bei polarisierenden Themen wie dem US-Wahlkampf oder der Maskenpflicht während der Corona-Pandemie *Zimmer/Kunow*, Vielfaltsbericht der Medienanstalten 2020, 45 (53).

25 Zur Selektionsfunktion insb. *Gounalakis*, in: KEK, Konzentrationsbericht 2018, 43 (45).

26 KEK, Konzentrationsbericht 2021, S. 26.

27 KEK, Konzentrationsbericht 2021, S. 20; *Dörr*, JN 2022, 1 (2).

Gatekeeper-Funktion immer mehr an Intermediäre ab, die Content durch ihre komplexe Netzwerkstrukturen vertreiben.²⁸ Die nicht nur unter Werbegesichtspunkten wichtigen Jungen haben das Interesse am Rundfunk weitestgehend verloren. Sie verlassen sich auf Medienintermediäre. 94,7% der 14- bis 29-Jährigen nutzen sie.²⁹ Soziale Medien sind so unglaublich populär,³⁰ dass sie immer häufiger auch älteren Bevölkerungsschichten als Hauptnachrichtenquelle dienen.³¹ Damit hat sich die Mediennutzung vom traditionellen Fernsehen weg zu sozialen Medien verlagert. Die Inhalte verselbständigen sich dadurch.³² Sie sind nicht mehr *a priori* auf eine bestimmte mediale Plattform wie das TV zugeschnitten. Ein und derselbe Content wird über verschiedenste Vertriebswege an die Rezipienten gebracht. Diese Aufgabe übernehmen Intermediäre. Sie leiten Content nicht nur als rein technischen Vorgang weiter wie Telekommunikationsunternehmen.³³ Andererseits erstellen sie Inhalte aber nicht selbst.³⁴ Sie greifen fremde Angebote auf und vermitteln sie an relevante Zielgruppen.³⁵ Dabei sind sie sehr gut, denn sie besitzen detailliertes, teilweise intimes Wissen über ihre Nutzer.

28 KEK, Konzentrationsbericht 2021, S. 17.

29 KEK, Konzentrationsbericht 2021, S. 210 m.w.N.

30 Zur Bedeutung von Medienintermediären als Informationsquelle insb. *Schneiders*, ZUM 2021, 480 (481).

31 Schon 2021 lag der Anteil der Nutzer, die soziale Medien als alleinige Nachrichtenquelle nutzen, bei über 10%. Siehe KEK, Konzentrationsbericht 2021, S. 218 m.w.N.

32 Die KEK hat diese Entwicklung schon früh aufgegriffen. Siehe den fünften Konzentrationsbericht (2015): Von der Fernsehzentrierung zur Medienfokussierung - Anforderungen an eine zeitgemäße Sicherung medialer Meinungsvielfalt, 2015, S. 19 f., abrufbar unter <https://www.kek-online.de/publikationen/medienkonzentrationsberichte/fuenfter-konzentrationsbericht-2015>. Vgl. Bericht zur Arbeit der Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz und Plattformen, *Kreile*, ZUM 2017, 268 (269 f.).

33 Dies illustriert *Drexler*, ZUM 2017, 529 (531 f.) am Beispiel *Facebook*.

34 AFTTA beim Deutschen Bundestag, TA Algorithmen in digitalen Medien und ihr Einfluss auf die Meinungsbildung, BTDRS 20/4453, S. 10.

35 Siehe auch AFTTA beim Deutschen Bundestag, TA Algorithmen in digitalen Medien und ihr Einfluss auf die Meinungsbildung, BTDRS 20/4453, S. 89.

c) Geschäftsmodell: Präzises Targeting für Werbekunden

Zur Beurteilung der Meinungsrelevanz von Medienintermediären lohnt ein Blick auf ihre Arbeitsweise.³⁶ Alles dreht sich um Algorithmen. Sie entscheiden, wer was wann zu sehen bekommt. Flüchtig betrachtet könnte man die Meinungsvielfalt bei einer algorithmisch basierten Vermittlung von Inhalten gestärkt sehen. Bei genauerem Hinsehen scheitert ein solcher Befund jedoch an dem Umstand, dass Medienintermediäre ebenso wie Suchmaschinen³⁷ eine ganz erhebliche Auswahl- und Distributionsfunktion wahrnehmen.³⁸ Dies unterscheidet sie von Plattformbetreibern i.S.d. MStV.³⁹ Die Vermittlung von Inhalten dient ihnen als Mittel zum Zweck. Sie verkaufen keine Inhalte hinter einer Paywall. Rezipienten entrichten kein Entgelt für Content. Ihre synallagmatische Gegenleistung besteht in der Preisgabe persönlicher Informationen.

Profit erwirtschaften Medienintermediäre mit Werbung. Darin sind sie präziser als breit gefächerte Fernsehwerbung, bei der man ein mehr oder weniger zielgruppenumspannendes Publikum etwa durch Bierwerbung während der Fußball-WM anspricht.⁴⁰ Medienintermediäre verfügen über detaillierte Nutzerinformationen. Dies ist ihr Alleinstellungsmerkmal. Bei jedem „Like“, jedem Kommentar und jeder Suche lernen sie mehr über ihre Nutzer. Im Laufe der Zeit geben wir ihnen praktisch alle Aspekte unseres Lebens preis: Geschlecht, Alter, Familienstand, Freundschaften, soziale Kontakte, Gesundheit, Hobbies, Religion und Weltanschauung, politische Ansichten, sexuelle Orientierung und Vorlieben, Konsumverhalten, Wünsche und Ängste – die Liste ließe sich beliebig fortführen.

Dieses Wissen erlaubt ihnen wiederum, Werbenden sehr konkrete Zielgruppenprofile anzubieten:⁴¹ Ganz gleich, ob man Kosmetikartikel für

36 Zur Meinungsrelevanz von Medienintermediären *Pohle*, Vielfaltssicherung und Regulierung von Medienintermediären, 2022, S. 17 ff.

37 Zu Fragen der Meinungsvielfalt im Zusammenhang mit Suchmaschinen *Dörr/Natt*, ZUM 2014, 829.

38 Auch *Kreile*, ZUM 2017, 268 (271) gelangt zu dem Schluss, dass die bloße Vielfalt der Kommunikationsdienste *per se* das Regulierungsbedürfnis im Hinblick auf die Vielfaltsicherung beschränke.

39 *Paal*, MMR 2018, 567 (568).

40 Zu zielgruppenspezifischen Werbekampagnen durch Microtargeting *AFTTA beim Deutschen Bundestag*, TA Algorithmen in digitalen Medien und ihr Einfluss auf die Meinungsbildung, BTDRS 20/4453, S. 80.

41 Die Microtargeting bewirkte ein Abwandern von Werbebudgets in den Onlinebereich, was sich gerade bei Zeitungsverlagen in Form von Reichweiten- und Einnah-

Teenager, Luxusautos oder politische Inhalte im Wahlkampf an den Mann oder die Frau bringen möchte, Medienintermediäre können sehr präzise auf die Zielgruppenwünsche ihrer Werbekunden eingehen.⁴² Wirtschaftlich betrachtet hängt ihr Erfolg davon ab, ob sie die Nutzer bei der Stange halten können. Diese sollen möglichst viel Zeit bei einem Dienst verbringen und dabei Werbung konsumieren.⁴³ Hierzu müssen uns die Inhalte gefallen. Mit diesem Ziel vor Augen entscheiden Intermediäre darüber, welche konkreten Botschaften uns aus einer nicht mehr überschaubaren Menge an Content erreichen. Dabei werden journalistisch-redaktionelle Inhalte aggregiert, selektiert und allgemein zugänglich präsentiert.⁴⁴

d) Meinungsrelevanz von Medienintermediären

Personalisierte Werbung ist *per se* weder verboten noch führt sie zu einem Missbrauch von Meinungsmacht. Werbung ist im Hinblick auf die Meinungsvielfalt von untergeordnetem Interesse, wenn auch nicht völlig irrelevant.⁴⁵ Wirtschaftliche Macht kann sich auf die Meinungsrelevanz von Medienintermediären auswirken. Sie steht aber, anders als bei kartellrechtlichen Sachverhalten, nicht im Vordergrund. Meinungsmacht kann gleichwohl aus der publizistischen und damit sozialen Macht von Medienintermediären erwachsen.⁴⁶ Ihr Einfluss ist groß, weil sie extrem viele Nutzer gezielt mit spezifischen Inhalten erreichen können.⁴⁷ Die Mutterkonzerne *Alphabet* und *Meta* vereinen zusammen mit ihren Konzerntöchtern *Google*,

menverluste auswirkt und zu einem ernsten Problem wurde. Siehe KEK, Konzentrationsbericht 2021, S. 29 m.w.N.

42 Vgl. Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck, MMR 2019, 498 (499).

43 AFTTA beim Deutschen Bundestag, TA Algorithmen in digitalen Medien und ihr Einfluss auf die Meinungsbildung, BTDRS 20/4453, S. 93.

44 Vgl. Paal/Heidtke, ZUM 2020, 230 (233) sowie Liesem, ZUM 2020, 377.

45 Ihre wettbewerbliche Bedeutung zeigt sich primär auf kartellrechtlicher Ebene, also beim Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung auf den Werbemärkten oder etwa im medienspezifischen Fusionsrecht.

46 Heilmann, MMR 2020, 162 (163).

47 AFTTA beim Deutschen Bundestag, TA Algorithmen in digitalen Medien und ihr Einfluss auf die Meinungsbildung, BTDRS 20/4453, S. 69 wo unter u.a. auf die Bedeutung von Medienintermediären beim Agendasetting und damit auf die individuelle Themenwahrnehmung der Nutzer abgestellt wird.

Facebook, YouTube, Instagram und WhatsApp über 80 Prozent des Meinungsbildungsgewichts von Intermediären auf sich.⁴⁸

Medienintermediäre handeln nicht aus primär ideologischen Motiven. Sie sind nicht Bösewichte aus James-Bond-Filmen oder End-Bosse in 3D-Shootern. Sie erwirtschaften Profit und sehen sich eher als die Lieferando-Ausfahrer: Sie kredenzen ihren Kunden, was diese gerne essen. Von rechtsextremen zu linksextremen Nachrichten, von religiösem Fanatismus zu Atheismus, von Klimaaktivisten zu Klimaleugnern – es ist schlicht egal, welcher Inhalt vertrieben wird, solange die Nutzer auf ihr Handy starren. Auf den ersten Blick bieten Medienintermediäre angesichts ihrer Inhalteutralität eigentlich einen Beitrag zur Meinungsvielfalt: Sie sorgen dafür, dass jeder jederzeit Inhalte kostenlos⁴⁹ verbreiten kann⁵⁰ und dass die Marktgegenseite diese ebenfalls (wenn nicht ganz kostendlos, dann doch zumindest ohne Geld zu bezahlen) konsumieren kann⁵¹ – soweit so gut.

e) Algorithmen und Aufmerksamkeit der Nutzer

Medienintermediäre wollen Geld verdienen. Dies ist legitim und im Einklang mit der Rechtsordnung. Nutzer sollen möglichst viel Zeit mit dem Dienst verbringen und dadurch den eigenen Werbewert erhöhen.⁵² Daher selektieren Algorithmen Inhalte nach Maßgabe der Erhöhung der Partizi-

48 Siehe KEK, Konzentrationsbericht 2021, S. 26 m.w.N.

49 Schliesky, NVwZ 2019, 693 (697) weist darauf hin, dass der Zeit- und Kostenaufwand für die Beeinflussung der öffentlichen Meinung noch nie so gering war, wie seit dem Aufkommen sozialer Medien.

50 Gounalakis, in: KEK, Konzentrationsbericht 2018, 43 (44) bemerkt hierzu: „Mit dem Internet wird der technische Engpass beim Zugang zur Öffentlichkeit beseitigt. In den traditionellen Massenmedien haben nur sehr wenige Akteure Zugang zur Kommunikator- und Anbieterrolle. Dagegen bietet das Internet einen sozial erweiterten, weniger diskriminierenden Zugang zur Kommunikator- und Anbieterrolle. Die bisher passiven, d. h. nur rezipierenden Mitglieder des Massenpublikums können sich nun öffentlich zu Wort melden.“

51 Siehe in diesem Zusammenhang auch Gounalakis, in: KEK, Konzentrationsbericht 2018, 43 (44), der darauf hinweist, dass das technische Potenzial des Internets in der Sozial-, Zeichen-, Zeit- und Raumdimension jenes der Vorgängermedien übertrifft: „In der Sozialdimension lässt sich die Erweiterung der Möglichkeiten mit Hilfe der Begriffe „Partizipation“, „Interaktion“, „Selektion“, „Vernetzung“, „Transparenz“, „Konvergenz“ und „Algorithmen“ umreißen.“

52 Siehe zu den Vermarktungsmechanismen insb. Drexler, ZUM 2017, 529 (533).

pation und Verweildauer der Nutzer.⁵³ Dementsprechend sind Angebote nicht auf die Förderung von Meinungsvielfalt ausgerichtet; sie werden maßgeblich durch einseitige Interessen und die Rationalität des Geschäftsmodells gelenkt.⁵⁴ Jenem ist aber immanent, dass sie die Aufmerksamkeit sehr vieler Nutzer genießen und diese oft besser kennen als ihr direktes Umfeld. Das Wissen um die privaten Interessen und Vorlieben der Nutzer und die Infrastruktur zur Vermittlung von Inhalten verleiht ihnen publizistische und damit soziale Macht. Medienintermediäre können über ihre Infrastruktur und technischen Fertigkeiten massiv auf die öffentliche Meinung einwirken. Selbst wenn ihre „eigenen Interessen“ zumindest derzeit noch überwiegend wirtschaftlicher Natur sein dürften, lässt sich nicht ausschließen, dass sie früher oder später ihre soziale Macht für eigene Zwecke instrumentalisieren. Das Lobbying von *Google* im Zusammenhang mit den urheberrechtlichen Bestrebungen der EU ließe sich als Beispiel ins Feld führen. Noch evidenter wird die Meinungsmacht von Medienintermediären, wenn man sich deren Missbrauch durch Politiker wie *Donald Trump* vor Augen führt. Seine Strategie richtete sich maßgeblich auf soziale Medien aus und Algorithmen wurden von „Meinungsmachern“ wie *Cambridge Analytica*⁵⁵ gezielt zur Beeinflussung von Wählerentscheidungen eingesetzt.⁵⁶ Nach einer Studie der Universität Oxford wurde ein Drittel der Tweets auf *Twitter* zur Unterstützung des Wahlkampfes von *Donald Trump* durch Computerprogramme generiert.⁵⁷ In solchen Phänomenen zeigt sich der Einfluss von Medienintermediären auf moderne westliche Demokratien. Zu guter Letzt wird keiner mehr eine Gefahr für die Meinungsvielfalt bestreiten können, wenn sich exzentrische Tech-Milliardäre wie der Mehrheitseigner von *X*, *Elon Musk*, dazu entscheiden sollten, selbst die politische Bühne zu betreten.

53 *Wagner*, ZUM 2022, 861 (864).

54 BVerfGE 149, 222 Rz. 261 – Rundfunkbeitrag. Zu Filterblasen AFTTA beim Deutschen Bundestag, TA Algorithmen in digitalen Medien und ihr Einfluss auf die Meinungsbildung, BTDRS 20/4453, S. 71 f.

55 Zur Rolle von *Cambridge Analytica* bei der Europawahl *Kurz/Dachwitz*, Microtargeting und Manipulation: Von Cambridge Analytica zur Europawahl, 2019. Abrufbar unter <https://www.bpb.de/themen/medien-journalismus/digitale-desinformation/290522/microtargeting-und-manipulation-von-cambridge-analytica-zur-europawahl>.

56 Nach seinem Bann bei verschiedenen Medienintermediären gründete *Donald Trump* seine eigene Social-Media-Plattform mit dem bezeichnenden Namen *Truth Social*. Siehe MMR Aktuell, Heft 7 2022.

57 *Drexler*, ZUM 2017, 529 (532). Zu dieser Problematik auch *KEK*, Konzentrationsbericht 2021, S. 222.

Im Hinblick auf den Prozess der freien Meinungsbildung entsteht aus der Auswahl- und Distributionstätigkeit der Intermediäre eine neue, noch nie dagewesene Dimension von Meinungsmacht, nämlich die Fähigkeit darüber zu entscheiden, welche Inhalte den individuellen Rezipienten tatsächlich erreichen und welche nicht.⁵⁸ Diese Fertigkeit verleiht m.E. massive Meinungsrelevanz.⁵⁹ Ob Medienintermediäre die daraus resultierende (Meinungs-)Macht tatsächlich in moralisch vorwerfbarer Form missbrauchen oder nicht, ist irrelevant. Sie kontrollieren ihre Algorithmen und *könnten* diese jederzeit missbräuchlich einsetzen.⁶⁰ Diese abstrakte Möglichkeit vorherrschende Meinungsmacht zu generieren reicht bereits aus, um die Meinungsrelevanz zu begründen.

f) Echokammern, Filterblasen und Polarisierung der Gesellschaft

Meinungsrelevanz von Medienintermediären lässt sich an Phänomenen wie Echokammern und Filterblasen verdeutlichen.⁶¹ Nutzer nehmen überwiegend Inhalte wahr, die den eigenen Einstellungen und Wahrnehmungen entsprechen.⁶² Die Auswahl der Inhalte durch Algorithmen bewirkt häufig den Austausch mit Gleichgesinnten. Andersdenkende Inhalte werden von den Nutzern seltener bzw. in konfrontativer Weise wahrgenommen. Resultat ist weniger die Auseinandersetzung mit den Argumenten Andersdenkender, als das Entstehen von Meinungsblasen.⁶³ Kompromissorientiert und ausgewogen formulierte Beiträge haben im Vergleich zu zugespitz-

58 Sie sind nach Müller-Terpitz, AfP 2017, 380 (381) vor dem Hintergrund der einschlägigen Rechtsprechung des BVerfG nicht nur als Medium anzusehen, sondern „*Faktor der privaten und öffentlichen Meinungsbildung*.“

59 Vgl. AFTTA beim Deutschen Bundestag, TA Algorithmen in digitalen Medien und ihr Einfluss auf die Meinungsbildung, BTDRS 20/4453, S. 89, wonach sich das Meinungsbildungspotenzial von Medienintermediären primär aus der vermittelten Relevanz der Informationsauswahl und -Priorisierung ergibt.

60 Ähnlich auch die Einschätzung bei AFTTA beim Deutschen Bundestag, TA Algorithmen in digitalen Medien und ihr Einfluss auf die Meinungsbildung, BTDRS 20/4453, S. 88.

61 Dazu Liesem, ZUM 2020, 377 (378), die zumindest derzeit keine hinreichenden Wirkungszusammenhänge erkennen mag, die für eine Regulierung der Medienintermediären sprechen.

62 Hierzu Gounalakis, in: KEK, Konzentrationsbericht 2018, 43 (45) sowie Drexler, ZUM 2017, 529 (531), der diesen Effekt auf die mangelnde Vielfalt der den Rezipienten zugänglich gemachten Nachrichten zurückführt.

63 Vgl. Stark, MMR 2018, 721 f.

ten, grenzüberschreitenden, tabuverletzenden Äußerungen praktisch keine Chance.⁶⁴ Die gegenseitige Bestärkung durch Gleichdenkende führt nicht selten zu einer Polarisierung bzw. Radikalisierung.⁶⁵ Extreme Positionen kommen in sozialen Medien verglichen zur politischen Mitte überproportional zur Geltung.⁶⁶ Das kann die Fragmentierung⁶⁷ der Gesellschaft zu Fragen wie der Corona-Impfung zur Folge haben, die den Boden der sachlichen Auseinandersetzung teilweise vollständig verlassen hatte.

Mit der Entscheidung, welche Informationen und Meinungen den Nutzern präsentiert werden,⁶⁸ geht die Fähigkeit einher, bestimmte Ansichten, Themen oder Anbieter zu unterdrücken oder eben zu bevorzugen.⁶⁹ Nutzer finden nicht unbedingt, was sie suchen, sondern das, was Medienintermediäre wie *Facebook* und Suchmaschinen wie *Google* ihnen vorsetzen möchten.⁷⁰ Dabei fördert die Personalisierung der Inhalte die Meinungs- und Marktmacht der Intermediäre,⁷¹ zumal vorhandene Neigungen und Auffassungen be- oder verstärkt werden, ohne dass der Nutzende dies unbedingt bemerkt.⁷²

3. Wohin wir uns bewegen

Weiterreichende Prognosen über anstehende technisch-mediale Entwicklungen erscheinen vermessen. Erfassen lassen sich bestenfalls Tendenzen. Ein Blick auf das Wettbewerbsverhalten der Akteure im Buhlen um die Aufmerksamkeit⁷³ der Nutzerinnen und Nutzer zeigt aber, dass die im Vergleich zu konventionellen Industriezweigen extrem jungen Unternehmen

64 *Wagner*, ZUM 2022, 861 (863).

65 Zur Polarisierung insb. *AFTTA beim Deutschen Bundestag*, TA Algorithmen in digitalen Medien und ihr Einfluss auf die Meinungsbildung, BTDRS 20/4453, S. 75.

66 Mitglieder dieser Gruppen teilen häufiger Artikel und kommentieren diese dann auch mehr. Siehe *KEK*, Konzentrationsbericht 2021, S. 219.

67 Hierzu *AFTTA beim Deutschen Bundestag*, TA Algorithmen in digitalen Medien und ihr Einfluss auf die Meinungsbildung, BTDRS 20/4453, S. 71.

68 *Paal/Heidtke*, ZUM 2020, 230 (231) sowie bereits *Paal/Hennemann*, JZ 2017, 641.

69 *Schneiders*, ZUM 2021, 480 (483) m.w.N.

70 So in Bezug auf Suchmaschinen *Dörr/Natt*, ZUM 2014, 829 (841).

71 *KEK*, Konzentrationsbericht 2021, S. 223.

72 So *Wagner*, ZUM 2022, 861 (863) unter Bezugnahme auf BVerfGE 149, 222 Rn. 79 – Rundfunkbeitrag.

73 Die Rolle der Medienintermediäre ist die Lenkung der Aufmerksamkeit *Schneiders*, ZUM 2021, 480 (482 f.).

viel Geld und Zeit investieren, ihre schnell aufgebaute Marktmacht⁷⁴ zu sichern. Intermediäre sind in der Regel global tätig, technologiebasiert und verfolgen neuartige Geschäftsmodelle.⁷⁵ Man investiert Unsummen, um keinen Trend zu verpassen. Keiner will das Schicksal des ehemaligen Weltmarktführers *Nokia* beim Übergang zu Smartphones teilen. Konzerne wie *Meta* (*Facebook*, *Instagram*, *WhatsApp*), *Alphabet* (*Google*, *Android*, *YouTube*) oder *X* sind gekommen, um zu bleiben. Ihre Angebotsumstellungsflexibilität ist immens. Sie wissen diese zu nutzen. Dies belegt u.a. die Transition von *Facebook* zu *Instagram*. Ihre Anpassungsstärke liegt mit daran, dass man sich als Medienintermediär nicht um kostspielige Inhalte kümmern muss; man vermarktet vielmehr den Content anderer, etwa von Influencern, Politikern oder Werbetreibenden, um die Rezipienten mithilfe von Algorithmen zusammenzubringen.⁷⁶

Sicherlich ist unsere Sichtweite auf Tech-Konzerne derzeit begrenzt und es könnte sein, dass neue KI-basierte Chat-Tools, wie *ChatGPT*, in aller nächster Zeit die schöne neue Medienwelt kräftig umkrempleln. Angesichts der Strategien der großen Internetkonzerne lässt sich die Prognose wagen, dass diese ihr Investment, also das über Jahre hinweg generierte detaillierte Wissen über ihre Nutzer, auch in der Zukunft schützen werden. Bislang waren sie extrem gut in Sachen Innovation und im Erfassen von Trends. Diese Eigenschaften werden sie wohl auch in Bezug auf neue Technologien beibehalten, ganz gleich welche neuen Features sich großer Akzeptanz bei den Nutzern erfreuen. Letztlich muss die Politik bestimmen, welche Dienste heute und in der nächsten Zukunft über eine besondere Relevanz für die öffentliche Meinungsbildung verfügen. Dies ist eine diffizile Aufgabe, da man regulatorisch oft hinter schnelllebigen Entwicklungen herhinkt. Waren vor zwanzig Jahren noch Suchmaschinen und damit allen voran der Monopolist *Google*⁷⁷ von immenser Bedeutung für die Meinungsbildung,⁷⁸

74 Marktmacht ist nicht immer mit Meinungsmacht gleichzusetzen. Siehe Dörr/Natt, ZUM 2014, 829 (834).

75 KEK, Konzentrationsbericht 2021, S. 23.

76 Zur Undurchsichtigkeit der Algorithmen KEK, Konzentrationsbericht 2021, S. 221 m.w.N.

77 2023 verfügte *Google* bei mobilen Suchen in Deutschland über einen Marktanteil von über 95%. Quelle: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/301012/umfrage/marktanteile-der-suchmaschinen-und-marktanteile-mobile-suche/>.

78 Darauf weisen Danckert/Mayer, MMR 2010, 219 hin, die aus der absoluten Vormachtstellung von *Google* im Bereich der Suchmaschinen den Schluss ziehen, dass das Unternehmen „mittels dieser Macht die Internetwelt nach Belieben erpressen, kontrollieren und dominieren“ könne.

gesellten sich in der zweiten Dekade unseres Jahrhunderts die Gruppe der sozialen Medien dazu. Chatbots und KI folgen aktuell.⁷⁹

III. Vielfaltsicherung als verfassungsrechtliche Aufgabe

1. Rundfunk als Ausgangspunkt

Seit dem rechtsgeschichtlich bedeutsamen ersten Rundfunkurteil zur *Deutschland Fernsehen GmbH*⁸⁰ hat das BVerfG nicht den geringsten Zweifel daran gelassen: Die deutsche Verfassung, genauer gesagt Art. 5 Abs. 1 GG, verbietet schon das Entstehen vorherrschender Meinungsmacht.⁸¹ Es darf zu keinem in hohem Maße ungleichgewichtigen Einfluss einzelner Veranstalter oder Programme auf die Bildung der öffentlichen Meinung kommen.⁸² Der Schutz der Meinungsvielfalt im Suggestivmedium Fernsehen erfordert eine positive Rundfunkordnung selbst dann, wenn die „Sondersituation“ des Rundfunks (Kapitalintensität und Frequenzknappheit) nachträglich wegfallen sollte.⁸³ Ebenso wenig darf der Rundfunk der Eigengesetzlichkeit des Wettbewerbs überlassen werden.⁸⁴ Die Verfassung verpflichtet vielmehr die Landesgesetzgeber⁸⁵ zum Erlass verbindlicher

79 Chatbots haben gerade einmal Fahrt aufgenommen, weshalb sich ihre Bedeutung für den Meinungpluralismus derzeit kaum erfassen lässt. Zumindest nach heutigem Stand lassen sie sich vom Gefährdungspotential hinsichtlich der Meinungsvielfalt derzeit eher in der Nähe der „klassischen“ Suchmaschinen verorten. Eine erhöhte Suggestivkraft könnte sich aus dem Umstand ergeben, dass nicht auf Fremdinhalte verwiesen wird; Inhalte werden vielmehr aus verschiedenen Quellen generiert.

80 BVerfGE 12, 205 ff. – Deutschland-Fernsehen-GmbH.

81 BVerfGE 12, 205 (262) – Deutschland-Fernsehen-GmbH.

82 BVerfGE 63, 118 (160) – Niedersachsen.

83 Hierzu *Zagouras*, Konvergenz und Kartellrecht, 2002, S. 346 f.

84 BVerfGE 31, 314 (325) – Umsatzsteuer stellt fest: „Der Rundfunk ist, nicht zuletzt infolge der Entwicklung der Fernsehtechnik, zu einem der mächtigsten Kommunikationsmittel und Massenmedien geworden, das wegen seiner weitreichenden Wirkungen und Möglichkeiten sowie der Gefahr des Mißbrauchs zum Zweck einseitiger Einflußnahme auf die öffentliche Meinung nicht dem freien Spiel der Kräfte überlassen werden kann.“

85 Das BVerfG hat in seiner Rechtsprechung deutlich gemacht, dass die Fusionskontrolle allein genommen nicht ausreicht, um Meinungsvielfalt im Rundfunk zu gewährleisten und vorherrschende Meinungsmacht zu verhindern. BVerfGE 73, 118 (174) – Niedersachsen.

Privatfunkstandards.⁸⁶ Die Garantie effektiver Vielfalt ist daher ein Verfassungsgebot.⁸⁷

Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG enthält eine Handlungspflicht des Gesetzgebers, die ihm über die Grenzen eines schlichten Abwehranspruchs hinaus Präventionsmaßnahmen abverlangt.⁸⁸ Einmal eingetretene Fehlentwicklungen im Bereich der Meinungsvielfalt lassen sich weder in tatsächlicher noch in juristischer Hinsicht rückgängig machen.⁸⁹ Das BVerfG greift aber auch auf die Auslegung von Art. 10 EMRK durch das EGMR zurück. Es betont die Verpflichtung der Konventionsstaaten, die Vielfalt im Rundfunk durch gesetzliche Ausgestaltung zu gewährleisten; die Verpflichtung zum Pluralismus muss Dominanz einer gewichtigen ökonomischen oder politischen Gruppe bzw. des Staates über eine Rundfunkanstalt ausschließen; hierdurch darf kein Druck auf die Veranstalter ausgeübt werden.⁹⁰

2. Meinungsbildung in Post-TV-Zeiten

Ursprünglich hat das BVerfG diese Maßstäbe zwar nur in Bezug auf den Rundfunk aufgestellt. Angesichts der fundamentalen gesellschaftlichen Bedeutung der geschützten Rechtsgüter muss man allerdings – auch in Ermangelung einer in ihrer Bedeutung mit den Rundfunkurteilen vergleichbaren „digitalen“ Rechtsprechung⁹¹ – davon ausgehen, dass Art. 5 Abs. 1 GG die Meinungsvielfalt abstrakt und unabhängig vom zugrundeliegenden Medium schützt.⁹² Es geht um die kommunikativen Grundlagen des demokratischen Meinungsbildungsprozesses und nicht spezifisch um das (beständig an Einfluss einbüßende) Medium Fernsehen. Obwohl ein dem ersten Rundfunkurteil vergleichbare Grundsatzentscheidung für die Mei-

86 BVerfGE 57, 295 (322) – FRAG.

87 *Lerche*, NJW 1982, 1676 (1679). Darüber hinaus betrachtet das BVerfG den Vielfaltsschutz auch als wichtigen Gemeinwohlbelang, den es bei Folgeabwägungen zu berücksichtigen gilt. BVerfGE 95, 163 (172) – DSF.

88 Vgl. *Kreile*, ZUM 2017, 268 (270).

89 BVerfGE 57, 295 (325) – FRAG.

90 BVerfGE 136, 9 Rz 45 – ZDF-Staatsvertrag m.w.N.

91 Zu erwähnen ist das Urteil des BVerfG zu den Rundfunkbeiträgen aus dem Jahr 2018: BVerfGE 149, 222 ff. – Rundfunkbeitrag, in dem sich das Gericht auch der Rolle der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Zusammenhang mit der Vielfaltssicherung und Intermediären auseinandersetzt.

92 Hierfür spricht auch, dass das BVerfG im 4. Rundfunkurteil schon auf die Relevanz crossmedial vermittelter Meinungsmacht hingewiesen hat. Siehe BVerfGE 73, 118 (175) – Niedersachsen. Zur Meinungsmacht konglomerater Medienkonzerne auch *Gounalakis/Zagouras*, NJW 2006, 1624 ff.

nungsvielfalt im Zusammenhang mit Medienintermediären noch aussteht, lassen sich in der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG deutliche Hinweise finden.

So nutzte das BVerfG die Überprüfung der Rundfunkgebühren 2018 für wichtige Randbemerkungen in Sachen Vielfaltsicherung: Es spricht ausdrücklich von der

„Gefahr, dass – auch mithilfe von Algorithmen – Inhalte gezielt auf Interessen und Neigungen der Nutzerinnen und Nutzer zugeschnitten werden, was wiederum zur Verstärkung gleichgerichteter Meinungen führt. Solche Angebote sind nicht auf Meinungsvielfalt gerichtet, sondern werden durch einseitige Interessen oder die wirtschaftliche Rationalität eines Geschäftsmodells bestimmt, nämlich die Verweildauer der Nutzer auf den Seiten möglichst zu maximieren und dadurch den Werbewert der Plattform für die Kunden zu erhöhen. Insoweit sind auch Ergebnisse in Suchmaschinen vorgefiltert und teils werbefinanziert, teils von „Klickzahlen“ abhängig. Zudem treten verstärkt nicht-publizistische Anbieter ohne journalistische Zwischenaufbereitung auf.“⁹³

In Bezug auf Medienintermediäre⁹⁴ führt das Gericht weiter aus:

„Dies alles führt zu schwieriger werdender Trennbarkeit zwischen Fakten und Meinung, Inhalt und Werbung sowie zu neuen Unsicherheiten hinsichtlich Glaubwürdigkeit von Quellen und Wertungen. Der einzelne Nutzer muss die Verarbeitung und die massenmediale Bewertung übernehmen, die herkömmlich durch den Filter professioneller Selektionen und durch verantwortliches journalistisches Handeln erfolgt. Angesichts dieser Entwicklung wächst die Bedeutung der dem beitragsfinanzierten öffentlich-rechtlichen Rundfunk obliegenden Aufgabe, durch authentische, sorgfältig recherchierte Informationen die Fakten und Meinungen auseinanderhalten, die Wirklichkeit nicht verzerrt darzustellen und das Sensationelle nicht in den Vordergrund zu rücken, vielmehr ein vielfaltssicherndes und Orientierungshilfe bietendes Gegengewicht zu bilden.“⁹⁵

93 BVerfGE 149, 222 Rn.79 – Rundfunkbeitrag.

94 Zum Begriff der Intermediäre Müller-Terpitz, AfP 2017, 380. Plattformbetreiber im rundfunkrechtlichen Sinn fallen wie Kabelnetzbetreiber oder Anbieter von Pay-TV-Paketen fallen i.d.R. nicht darunter.

95 So BVerfGE 149, 222 Rn.80 – Rundfunkbeitrag unter Bezugnahme auf Brinkmann, ZUM 2013, 193 (195, 198); Dörr/Holznagel/Picot, ZUM 2016, 920 (936 f., 940 f.);

Diese „Sidekicks“ des BVerfG legen nahe, dass das Mediengrundrecht⁹⁶ des Art. 5 Abs. 1 GG vorherrschende Meinungsmacht nicht nur im Rundfunk verbietet.⁹⁷ Die Medienordnung muss in ihrer Gesamtheit sicherstellen, dass verschiedene, gesellschaftlich relevante Weltanschauungen und Gruppen effektiv zu Wort kommen können. Vielfaltsicherung muss mit Rezipientenverhalten und technischer Entwicklung einhergehen: Einst war die Presse von maßgeblicher Bedeutung für die Willensbildung,⁹⁸ dann übernahm der Rundfunk diese Rolle. Die Rechtsordnung muss flexibel auf neue Gefährdungen der Meinungsvielfalt reagieren können.

Dass sich die Vielfaltsicherung in analogen Zeiten im Wesentlichen auf das Fernsehen beschränkte, lag an der großen Suggestivkraft und Aktualität audiovisueller Medien.⁹⁹ Rezipienten schenken bewegten Aufnahmen mehr Glauben als dem geschriebenen Wort. Dies gilt auch heute noch. Videoaufnahmen wirken auf uns auch in Zeiten sozialer Medien besonders beeindruckend. Zuschauern vermittelt sich der Eindruck eines Beweises. Im Unterschied zum Fernsehen der Fünfzigerjahre war es noch nie so einfach, audiovisuelle Inhalte zu fälschen. Noch nie ließ sich die öffentliche Meinung so unkompliziert, billig und nachhaltig manipulieren.¹⁰⁰ Mehr oder weniger offensichtlich gefälschte Nachrichten bahnen sich täglich tausendfach ihren Weg durch soziale Medien. Dies ist ein weiterer Grund, warum auch Intermediäre in die Regelungen zur Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht einbezogen werden müssen:¹⁰¹ In Anlehnung an die Rechtsprechung des BVerfG lässt sich sagen, dass auch und gerade Intermediäre nicht nur „Medium“, sondern ebenso „Faktor“ der

Drexl, ZUM 2017, 529 (530 ff.); Langbauer/Ripel, MMR 2015, 572 (573) sowie Miller, ZUM 2017, 216 (221).

96 Kirchhof, NJW 2023, 1922 (1926) umschreibt das Art. 5 GG vorschwebende Ideal als „die freie Meinungsbildung durch und in der Gesellschaft.“

97 So bereits Gounalakis/Zagouras, Medienkonzentrationsrecht, 2008, S. 36.

98 Zu Konzentrationsprozessen in den Printmedien bereits Gounalakis, ZUM 2003, 180 (182).

99 So BVerfGE 119, 181 (215) – Rundfunkgebühren II: „Die besondere Suggestivkraft des Mediums ergibt sich insbesondere aus der Möglichkeit, die Kommunikationsformen Text und Ton sowie beim Fernsehfunk zusätzlich bewegte Bilder miteinander zu kombinieren und der programmlichen Information dadurch insbesondere den Anschein hoher Authentizität zu verleihen. Siehe Gounalakis, in: KEK, Konzentrationsbericht 2018, 43 (50).

100 Dies lässt sich an der manipulierten Berichterstattung über bewaffnete Konflikte der jüngsten Zeit illustrieren, bei denen Falschnachrichten eine wichtige propagandistische Funktion übernehmen.

101 So bereits Dörr, JN 2022, 1 (6).

privaten und öffentlichen Meinungsbildung sind – und damit Mitgestalter einer pluralistisch ausgestalteten geistigen Auseinandersetzung.¹⁰² Auch im Zeitalter sozialer Medien dürfen Einzelne nicht die Fähigkeit erlangen, in hohem Maße ungleichgewichtigen Einfluss auf die Bildung der öffentlichen Meinung auszuüben.¹⁰³

Wenn das BVerfG die damalige Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft des Rundfunks zum Anlass nahm, eine staatliche Pflicht zur Verhinderung von Meinungsmonopolen zu begründen,¹⁰⁴ dann sind auch Intermediäre nach diesen Maßstäben zu beurteilen.¹⁰⁵ Sicherlich können sie selbst Träger von Grundrechten, etwa Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, sein.¹⁰⁶ Dies trifft aber ebenso für private und öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter zu, welche sich dadurch ebenso wenig der verfassungsrechtlich vorgeschriebenen Vielfaltsicherung entziehen können. Wie eingangs dargelegt, überholen Medienintermediäre schon heute das klassische Fernsehen in Sachen Breitenwirkung. Ihre Reichweite gerade bei jüngeren Rezipienten übersteigt die des Fernsehens bei Weitem. Gleiches gilt für die Aktualität der Beiträge: Da sie den Content schlicht im unbearbeiteten Rohformat vertreiben, sind sie dem klassischen Fernsehen auch in Sachen Aktualität überlegen. Zu guter Letzt dürfte ihre Suggestivkraft auch höher als diejenige des Fernsehens sein. Wenn sich die Suggestivkraft des Fernsehens aus der besonderen Glaubwürdigkeit des audiovisuell Wahrgenommenen ergibt, trifft dies bei Intermediären noch mehr zu, da Nutzer systematisch genau das vorgesetzt bekommen, was sie ohnehin schon glauben bzw. gutheißen.

102 *Paal*, MMR 2018, 567.

103 *Dörr*, Die regulatorische Relevanz der Organisation massenhafter Individualkommunikation, unter besonderer Berücksichtigung der Sicherung der Meinungsvielfalt, 2019, S. 44.

104 *BVerfGE* 57, 295 – FRAG; 20, 162 (176) – Spiegel.

105 *Dörr*, Die regulatorische Relevanz der Organisation massenhafter Individualkommunikation, unter besonderer Berücksichtigung der Sicherung der Meinungsvielfalt, 2019, S. 44; *Dörr/Natt*, ZUM 2014, 829 (846). In diesem Zusammenhang weist etwa *Kreile*, ZUM 2017, 268 (270) zu Recht darauf hin, dass das BVerfG schlicht noch kaum Gelegenheit hatte, die Rechtsprechung zur Meinungsvielfalt weiter fortzuschreiben. Siehe auch *Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, MMR 2019, 498 (499), die auf das Kriterium der Entwicklungsoffenheit des Verfassungsauftrages abstellen.

106 Vgl. *Paal*, MMR 2018, 567 (568).

IV. Dimensionen der Vielfaltsicherung

Vorherrschende Meinungsmacht kann verschiedene Ursachen haben. In erster Linie resultiert sie aus publizistischem Einfluss. Dieser wird allerdings von weiteren Parametern beeinflusst. Wie viele Rezipienten erreicht werden und mit welcher Intensität, hängt von der wirtschaftlichen Macht eines Unternehmens ab, seiner Finanzstärke wie auch der Wettbewerbssituation in den betreffenden Märkten. Meinungsmacht kann aber auch von politischer Dominanz gespeist werden – besonders in politischen Systemen, in denen Medien aufgrund totalitärer Herrschaftsverhältnisse oder persönlicher Verflechtungen eng mit Machthabern vernetzt sind. Wirtschaftliche und politische Macht dürfen bei der Bewertung von Meinungsvielfalt nicht außer Acht gelassen werden. Dies zeigen Fehlentwicklungen in zahlreichen EU-Mitgliedstaaten, wie Italien unter dem Medienunternehmer und mehrfachen Ministerpräsidenten *Silvio Berlusconi*,¹⁰⁷ der sich einst über die Monopolisierung des Privatfernsehens und Personalentscheidungen bei der RAI bestimmenden Einfluss über praktisch die gesamte italienische Medienlandschaft sichern konnte. Ähnliche Gleichschaltungstendenzen lassen sich aber auch in Ungarn und bis vor Kurzem noch in Polen feststellen.¹⁰⁸ Die unlautere Einflussnahme auf die öffentliche Meinung erfolgte hier freilich vorwiegend durch die Vereinnahmung des Mediums Fernsehen. Grundsätzlich lassen sich die Erkenntnisse aber auch auf die Vielfaltsicherung bei Medienintermediären übertragen.

1. Kartellrechtliche Dimension

Kartellrecht hat wirtschaftliche Macht zum Gegenstand. Im medialen Kontext waren bislang die Zusammenschlusskontrolle, also externes Unternehmenswachstum, und die Missbrauchsaufsicht, also eine konkrete Verhaltenskontrolle, von Relevanz. Charakteristisch für die Rechtsmaterie ist, dass

107 *Berlusconi* verfügte nicht nur über ein flächendeckendes Monopol beim Privatfernsehen, sondern sicherte sich auch über entsprechende Personalentscheidungen beherrschenden Einfluss bei der öffentlich-rechtlichen Sendergruppe RAI. Zur Entwicklung des Rundfunks in Italien unter *Berlusconi*: *Reinemann*, ZUM 2004, 904 ff.

108 Zum Lagebericht der Europäischen Kommission zur Rechtsstaatlichkeit in der EU 2022 *Blanke/Sander*, EuR 2023, 54. Zu den ursprünglichen postkommunistischen Medienfreiheiten in Polen *Maliszewski*, AfP 2014, 492.

sie sich mit leichten Modifikationen, wie bei Printmedien,¹⁰⁹ branchenübergreifend auf das gesamte Wirtschaftsleben erstreckt. Kartellrecht zielt nicht auf den Schutz des publizistischen Wettbewerbs ab.¹¹⁰ Es schützt die wirtschaftliche Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs.¹¹¹ Anknüpfungspunkt sind die Marktanteile eines Unternehmens. Diese sind bei Medienintermediären regelmäßig sehr hoch, verfügen sie doch oft über eine absolute Marktmacht. Bei Suchmaschinen besteht überhaupt kein Wettbewerb, weshalb sich die EU-Kommission auch schon wiederholt mit dem Unternehmen beschäftigt hat: *Google* verfügt in Deutschland über rund 96% Marktanteile.¹¹² Aber auch Konkurrenten wie *Meta* mit Ihren Produkten wie *Facebook*, *Instagram* und *WhatsApp* fanden sich bereits wiederholt im Focus der Wettbewerbshüter.¹¹³ Dabei ging es um die wirtschaftliche Macht der Tech-Giganten, nicht um Vielfaltsicherung.¹¹⁴

Zur Vielfaltsicherung taugt das Kartellrecht wenig.¹¹⁵ Meinungsmacht von Medienintermediären lässt sich nicht mit Mitteln der Marktanteilsbegrenzung¹¹⁶ unter Kontrolle bringen.¹¹⁷ Dazu sind ihre Marktanteile ohnehin bereits viel zu groß. Genau so wenig eignen sich pressespezifische Mo-

109 Grundlegend zur Pressefusionskontrolle *Kübler/Simitis*, JZ 1969, 445 ff.; *Gounalakis/Zagouras*, Medienkonzentrationsrecht, 2008, S. 199 ff. sowie zur 8. GWB-Novelle *Klump*, WuW 2013, 344 (345 ff.).

110 Angesichts der Ausstrahlungswirkung von Art. 5 Abs. 1 GG können vielfaltsichernde Gesichtspunkte freilich eine ganz erhebliche Rolle bei der Auslegung der Bestimmungen des GWB spielen. Siehe hierzu etwa BGHZ 76, 55 (68) – Elbe Wochenblatt; *Mestmäcker*, Medienkonzentration und Meinungsvielfalt, 1978, S. 102 ff. sowie *Gounalakis/Zagouras*, Medienkonzentrationsrecht, 2008, S. 186 m.w.N.

111 Zur Zielfdivergenz zwischen Konzentrations- und Kartellrecht *Gounalakis/Zagouras*, Medienkonzentrationsrecht, 2008, S. 177 ff.

112 Im November 2023 wurden rund 96 % der Suchen über mobile Endgeräte wie Smartphones oder Tablets in Deutschland die Suchmaschine *Google* herangezogen. Quelle: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/301012/umfrage/marktanteile-der-suchmaschinen-und-marktanteile-mobile-suche/>.

113 Ein Überblick über die Entscheidungspraxis findet sich bei *Hoffer/Lehr*, NZKart 2019, 10 ff.

114 So auch *Danckert/Mayer*, MMR 2010, 219 f. in Bezug auf den Umgang mit der angesichts der Marktanteile absoluten Meinungsmacht der Suchmaschine *Google*. Kritisch *Paal/Heidtke*, ZUM 2020, 230 (237).

115 Dies hat auch das BVerfG schon recht früh erkannt, indem es feststellte, dass die Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht nicht nur den allgemeinen Wirtschaftsgesetzen überlassen werden dürfe. Siehe BVerfGE 31, 314 (325) – Umsatzsteuer.

116 Kritisch zum Marktanteilsbegrenzungsmodell *Müller-Terpitz*, AfP 2017, 380 (383).

117 Interessant erscheint der Vorschlag von *Kreile*, ZUM 2017, 268 (273) zur Schaffung einer Kommission zur Vielfaltsicherung im Bereich der Suchmaschinen (KVS).

difikationen der Fusionskontrolle,¹¹⁸ die Risiken für den demokratischen Willensbildungsprozess in Bahnen zu leiten, welche den sehr strengen Anforderungen des BVerfG genügen würden.¹¹⁹ Missbrauchskontrolle zielt auf die wirtschaftliche Ausbeutung von Marktmacht auf vor- bzw. nachgelagerten Märkten ab. Damit kommt ein gewisses Maß an Verhaltenskontrolle daher, welche aber eher die Ausbeutung von Werbekunden, als die Ausnutzung publizistischen Einflusses betrifft.

Angesichts der Marktsituation ließe sich allenfalls an die aus dem US-amerikanischen *Anti-Trust Law* übernommene¹²⁰ Essential-Facility-Doktrin denken.¹²¹ Im Kern handelt es sich um einen kartellrechtlichen Kontrahierungszwang.¹²² Für Eigentümer wesentlicher, zur Erbringung von Dienstleistungen erforderlicher Einrichtungen kann sich u.U. eine Pflicht ergeben, ihren Konkurrenten gegen angemessenes Entgelt Nutzungsrechte bzw. Lizenzen für ebendiese Einrichtungen einzuräumen.¹²³ Damit geht es essentiell um Marktzugang. Medienintermediäre verfügen zwar regelmäßig über wesentliche Infrastruktureinrichtungen für den Vertrieb von Inhalten. Allerdings schießt die Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht weit über reine Zugangsfragen hinaus. Die Essential-Facilities-Doktrin liefert keine Handhabe für die charakteristische Auswahl- und Distributionsfunktion der Intermediäre und daraus resultierende Risiken für die Meinungsvielfalt. Ähnlich wie die medienrechtlichen Antidiskriminierungsvorschriften gewährt sie zwar Zugang zur entsprechenden Distributionsplattform; individuelle Rechte und Pflichten bezüglich der Inhalte und deren Auswahl seitens der Medienintermediäre lassen sich aber kaum ableiten. Unter Vielfaltgesichtspunkten ist es weniger schwierig, etwas ins Netz hochzuladen;

118 Siehe zur Pressefusionskontrolle Zagouras, Konvergenz und Kartellrecht, 2002, 132 ff.

119 Ähnlich schon Paal/Hennemann, ZRP 2017, 76 (77).

120 Zu Hintergründen der Essential-Facilities-Doktrin Zagouras, Konvergenz und Kartellrecht, 2002, S. 65 ff.

121 Hierzu Körber/Zagouras, WuW 2004, 1144 speziell im Zusammenhang mit Übertragungsrechten.

122 Die Doktrin soll verhindern, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen sich weigert, anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu den Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen wie Bahnhöfen oder Flughäfen zu gewähren. Siehe Zagouras, Konvergenz und Kartellrecht, 2002, S. 65.

123 Zur Doktrin im europäischen Kartellrecht Bien, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2023, AEUV Art. 102, Rn. 497 ff.; Bechtold/Bosch/Brinker, EU-Kartellrecht, 4. Auflage 2023, AEUV Art. 102, Rn. 69 ff.

das Problem ist, von seiner Zielgruppe wahrgenommen zu werden. Diese Aufgabe kann das allgemeine Kartellrecht nicht sinnvoll übernehmen.

2. Medienrechtliche Dimension

Die Ungeeignetheit kartellrechtlicher Werkzeuge zur Vielfaltsicherung veranlasste das BVerfG schon früh zur Forderung nach einer positiven Rundfunkordnung. Einheitlich umgesetzt wurde sie in Form des RStV. Dieses Medienkonzentrationsrecht basiert im Wesentlichen auf Marktanteilsbeschränkungen für Fernsehveranstalter.¹²⁴ Obwohl der Rechtsrahmen seit Mitte 2023 in den MStV überführt wurde, sucht man dort vergeblich nach einem Pendant für Medienintermediäre.¹²⁵ Der Staatsvertrag beinhaltet zwar in §§ 91 ff.¹²⁶ einzelne Vorschriften für Medienintermediäre.¹²⁷ Diese konzentrieren sich aber auf die Sicherstellung eines Minimums an Transparenz und die Diskriminierungsfreiheit.¹²⁸ So sinnvoll sie sind, so wenig treffen sie aber den Kern der Probleme, die für den Meinungspluralismus aus der für Medienintermediäre charakteristischen Verstärkungswirkung resultieren.¹²⁹ Den Bestimmungen ist eine vielfaltsichernde Tendenz nicht abzusprechen; auf die Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht zielen sie im Endeffekt aber nicht ab.¹³⁰

Die einfachgesetzlich ausgestaltete Vielfaltsicherung im MStV beschränkt sich noch immer auf das Fernsehen. Der wachsenden Meinungsrelevanz der Intermediäre speziell bei jüngeren Gesellschaftsgruppen wird dies nicht

124 Zum Marktanteilsmodell Medienrecht *Gounalakis/Zagouras*, Medienkonzentrationsrecht, 2008, S. 80 f.

125 Vgl. *Schneiders*, ZUM 2021, 480 (488) sowie *Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, MMR 2019, 498 (499), die das Rundfunkkonzentrationsrecht auch nicht unbedingt auf Medienintermediäre übertragbar ansehen.

126 Hierzu *Kühling*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht, 41. Ed. 2023, Art. 5 GG, Rn. 99e.

127 Zu diesen zählt gem. § 2 Abs. 2 Nr. 16 MStV jedes Telemedium, das auch journalistisch-redaktionelle Angebote Dritter aggregiert, selektiert und allgemein zugänglich präsentiert, ohne diese zu einem Gesamtangebot zusammenzufassen. Typischerweise zählen hierzu Suchmaschinen, soziale Netzwerke, App-Portale, User-Generated-Content-Portale, Blogging-Portale sowie News-Aggregatoren. Vgl. *Paal/Heidtke*, ZUM 2020, 230 (233); *Schneiders*, ZUM 2021, 480 (481); *Dörr*, WRP 2021, 168.

128 Hierzu *Paal/Heidtke*, ZUM 2020, 230 (236 f.); *Liesem*, ZUM 2020, 377 (379). Zum Diskriminierungsverbot *Schneiders*, ZUM 2021, 480 ff.

129 Siehe *Wagner*, ZUM 2022, 861 (868).

130 Vgl. *Dörr*, JN 2022, 1 (5 f.).

gerecht. Die Landesgesetzgeber müssen hier noch Hausaufgaben erledigen. Dabei darf man es keines Falles bei Maßnahmen nur für Suchmaschinenanbieter belassen.¹³¹ Es bedarf technologieoffener Regeln. Anders als bei § 60 MStV sollte es dabei nicht primär um Marktanteilsbeschränkungen gehen. Stattdessen brauchen wir zunächst verbindliche materiellrechtliche Maßstäbe für die Ausgestaltung der Algorithmen.¹³² Medienrechtlicher Vielfaltsschutz muss angesichts der publizistischen und sozialen Macht von Medienintermediären noch weiter reichen. Er muss unternehmerischen Betätigungsfreiheiten klare Grenzen aufzeigen können. Er muss klarstellen, wieviel Einflussnahme auf den politischen Willensbildungsprozess gesellschaftlich akzeptabel ist: Die Legislative muss abgrenzen, in welchem Umfang politische Dienstleistungen beispielsweise bei der entgeltlichen Unterstützung von Wahlkämpfen erlaubt sind.¹³³

Medienintermediären und Suchmaschinenbetreibern muss es untersagt sein, ihre Infrastruktur in den Dienst eigener politischer Interessen zu stellen und dadurch die öffentliche Meinung zu beeinträchtigen. Bei einer Kandidatur eines Unternehmers wie dem Mehrheitseigner des Medienintermediärs X, *Elon Musk*, wäre dies offensichtlich. Wenn ein Suchmaschinenanbieter dagegen Lobbyismus gegen eine für ihn nachteilige Urheberrechtsreform betreibt, ist die Einflussnahme bzw. Manipulation weniger evident.¹³⁴ In jedem Fall muss es klare Grenzen für die Beeinflussung der öffentlichen Meinung durch Medienintermediäre und Suchmaschinenbetreiber geben – ganz gleich, ob diese als entgeltliche Dienstleistung erbracht wird oder nicht. Vielleicht sollte man den Normadressaten sogar gesetzlich bestimmte Sorgfaltspflichten mit dem Ziel auferlegen, gesteuerte externe Manipulationsversuche zu erkennen und zu neutralisieren. Welche Maßstäbe genau anzulegen sind, muss die Legislative bestimmen. Dabei kann es zu intensiven Eingriffen in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen kommen. Angesichts der verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Meinungsvielfalt und damit zur Freiheit des demokratischen Willensbildungsprozesses

131 Dies forderten bereits *Dörr/Natt*, ZUM 2014, 829 (846) mit gewichtigen Argumenten.

132 Das Diskriminierungsverbot in § 94 MStV liefert einen ersten Ansatz, stellt aber nicht das Ende der Fahnenstange dar.

133 Dies gilt gleichermaßen für die betreffenden Politiker und Parteien selbst, aber mindestens ebenso für die Einflussnahme seitens Dritter, also Unterstützern im Inland oder ausländische Interessensgruppen.

134 Zum Lobbying von Google <https://www.sueddeutsche.de/digital/urheberrecht-artikel-13-google-youtube-lobby-1.4379189>.

ses darf diesbezüglich von einem weitreichenden legislatorischen Ermessen ausgegangen werden. Die gesetzgeberische Pflicht zur Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht rechtfertigt selbst intensive Eingriffe in Grundrechte zum nachhaltigen Schutz der Allgemeinheit.

3. Europäische Dimension der Materie

Meinungsmacht ist alles andere als ein nationales Phänomen.¹³⁵ Daher wird Meinungsvielfalt europarechtlich durch Art. 11 Abs. 2 GRCh geschützt.¹³⁶ Europa ist sich der Macht der Medien und Medienintermediäre bewusst. Die Kompetenz der Union zur Sicherung der Meinungsvielfalt auf europäischer Ebene wird zwar manchmal noch immer hinterfragt. Mittlerweile kann man sie jedoch nicht zuletzt wegen des wenig dogmatischen Kompetenzverständnisses des EuGH unterstellen.¹³⁷ Der Jubilar hat seinen Beitrag zu diesem Diskurs schon sehr frühzeitig geleistet.¹³⁸ Im Zentrum der aktuellen Diskussion steht insbesondere der Entwurf zum *European Media Freedom Act* (EMFA).¹³⁹ Er soll unangemessener Einflussnahme auf Medien entgegenwirken und für mehr Transparenz in den Mediensektoren sorgen.¹⁴⁰

Darüber hinaus ist die EU auch in Form der Audiovisuelle-Mediendienste Richtlinie (AVMD) tätig geworden, die aus der Fernsehrichtlinie erwuchs. Inhaltlich erstreckt sie sich von Transparenzvorschriften zur Eigen-

135 Zur europäischen Dimension der Vielfaltsicherung *Gounalakis/Zagouras*, ZUM 2006, 716 ff. Grundlegend zu Kompetenzfragen *Helwig*, Die Kompetenz der Europäischen Gemeinschaft zur Schaffung eines europäischen Medienkonzentrationsrechts, S. 149 ff.; *Röß*, AfP 2010, 521 (528 ff.).

136 *Bernsdorff*, in: Meyer, Charta der Grundrechte der EU, 2. Aufl. 2006, Art. 11, Rn. 19 *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert/Christian*, 3. Aufl. 2007, GRCh 11 Rn. 23 unter Verweis auf *Stock*, EuR 2002, 566 (572); *Kühling*, Die Kommunikationsfreiheit als europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, 1999, S. 366; *Dobmeier*, ZUM 2004, 644 (649).

137 Zum damaligen Meinungsstand *Gounalakis/Zagouras*, JZ 2008, 652 ff.; *Helwig*, Die Kompetenz der Europäischen Gemeinschaft zur Schaffung eines europäischen Medienkonzentrationsrechts, S. 149 ff.; *Zagouras*, Pluralismus in Europa, 2009, 15 ff.

138 Siehe *Gounalakis/Zagouras*, JZ 2008, 652 ff., *dies.*, ZUM 2006, 716 ff.

139 Siehe zum Entwurf *Ory*, ZRP 2023, 26 ff.; *Malferrari*, EuZW 2023, 49 f.

140 Zum EMFA *Roß*, EuR 2023, 450 ff., der sich mit durchaus beachtlichen Argumenten etwa im Hinblick auf das eigene Demokratiedefizit der EU kritisch mit den einschlägigen Rechtsetzungskompetenzen der Union auseinandersetzt. Angesichts der Tendenz der politisch/pragmatischen Leseweise des Art. 114 AEUV seitens des EuGH wird sich im Laufe der Zeit sicherlich zeigen, ob diese Argumente Früchte tragen. Zur früheren Rechtslage auch *Zagouras*, Pluralismus in Europa, 2009, 15 ff.

tümerstruktur von Diensteanbietern über die Bekämpfung von Hassrede und strafbaren Inhalten, Jugendschutz, Barrierefreiheit, Signal- und Inhalteintegrität bis hin zur qualitativen und quantitativen Werberegulierung, der Förderung europäischer Werke und die Angleichung des Rechtsrahmens für Video-Sharing-Plattformen. Damit bezieht sie sich primär auf die Inhaberegulierung und nicht direkt auf die Vielfaltsicherung.¹⁴¹ Hierzu gesellen sich mittlerweile auch der *Digital Services Act* (DSA)¹⁴² und der *Digital Markets Act* (DMA), die durchaus auch Fragen der Vielfaltsicherung betreffen. Konkret sind beispielsweise große Online-Plattformen gemäß Art. 27 i. V. m. Art. 38 DSA verpflichtet, verständlich anzugeben, nach welchen Kriterien die Empfehlungen und Rankings ihrer Angebote entstehen. Sie müssen die Möglichkeit haben, diese Parameter anpassen zu können.

V. Binnenpluralismus als zukunftssträchtiges Regulierungskonzept?

In Anbetracht der Meinungsmacht von Medienintermediären und den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Meinungsvielfalt stellt sich die Frage nach konkreten Schutzmaßnahmen. Aus regulatorischer Sicht versprechen traditionelle, rundfunkspezifische Werkzeuge auf den ersten Blick bei Medienintermediären wenig Erfolg. Marktanteilsbeschränkungen, wie § 60 MStV, sind zu sehr auf TV-Senderfamilien zugeschnitten. Sie erfassen bestenfalls crossmedial vermittelte Meinungsmacht.¹⁴³ Das Alleinstellungsmerkmal von Medienintermediären ist dagegen, dass sie einerseits fremde Inhalte an sehr große Zahlen von Rezipienten vermitteln und andererseits verheimlichen, nach welchen Kriterien Auswahl und Distribution erfolgen. Dabei agieren sie momentan noch überwiegend profitorientiert. Dies kann sich aber jederzeit ändern. Der wesentliche Unterschied zu bisherigen Meinungsmachern wie der Presse und dem Rundfunk liegt in der Vertriebsfunktion: Sie sind keine Briefträger, die kommunikativen Content inhalteneutral weiterleiten. Sie selektieren und entscheiden damit, wer was

141 Zur AVMD Cornils, ZUM 2019, 89 ff.; Kröber, in: Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Auflage 2018, RStV § 6, Rn. 38.

142 Hierzu Gerdemann/Spindler, GRUR 2023, 3 sowie GRUR 2023, 115; Kuhlmann, ZUM 2023, 170.

143 Siehe insofern aber auch das verfassungsrechtlich bedenkliche Urteil des BVerwG zum gescheiterten Zusammenschluss von Springer und der Pro-Sieben-Sat-1-Gruppe, BVerwG, MMR 2015, 67 mit Besprechung Dörr, JuS 2014, 857. A. A. zum Umgang mit crossmedialer Meinungsmacht Gounalakis/Zagouras, AfP 2006, 93 sowie dies., NJW 2006, S. 1624 ff.

zu Gesicht bekommt. In dieser Funktion kommt ihnen zumindest individuell für jeden angebotenen Dienst die Stellung von Monopolisten zu – und gerade diese Monopolstellung weist erstaunliche Gemeinsamkeiten mit der ursprünglichen Sondersituation des Rundfunks auf.

1. Charakteristika des Binnenpluralismus

a) Binnenpluralismus als Werkzeug zur Regulierung von Medienintermediären?

Auf den ersten Blick mag der Binnenpluralismus heute anachronistisch anmuten – ein technisch und historisch überholtes Konzept. Einst sollte er die Vereinnahmung des Rundfunks als natürliches Monopol durch bestimmte gesellschaftliche Gruppen verhindern.¹⁴⁴ Betrachtet die man die heute durch Medienintermediäre entstehenden Risiken für die Meinungsvielfalt, so liegt das Problem nicht in der geringen Anzahl kostspieliger audiovisueller Inhalte. Ganz im Gegenteil: Es sind schlicht zu viele. Auf Grundlage ihrer üblicherweise als Geschäftsgeheimnis angesehenen, ständig weiterentwickelten Algorithmen¹⁴⁵ entscheiden Medienintermediäre, welche Inhalte und vor allem Werbung wir vorgesetzt bekommen.¹⁴⁶ Diese Gatekeeper-Funktion¹⁴⁷ ist problematisch im Hinblick auf die Meinungsvielfalt.¹⁴⁸ Sie verleiht publizistische Macht,¹⁴⁹ zumal die Festlegung der für den Algorith-

144 Gleichwohl war der Binnenpluralismus keineswegs nur auf den Rundfunk beschränkt. Im Rahmen der Entnazifizierung der Medien, setzten die Alliierten unmittelbar nach Ende des Zweiten Weltkrieges darauf, die wenigen in der Besatzungszeit erscheinenden Lizenzzeitungen wie die *Süddeutsche Zeitung* oder die *Stuttgarter Zeitung* von binnenpluralistisch besetzten Herausgebergruppen verlegen zu lassen. Siehe Benz, Demokratisierung durch Entnazifizierung und Erziehung, Rundfunk und Presse, BPB, <https://www.bpb.de/themen/nationalsozialismus-zweiter-weltkrieg/dossier-nationalsozialismus/39605/demokratisierung-durch-entnazifizierung-und-erziehung/>.

145 Dörr/Natt, ZUM 2014, 829 (835 f.) beschreiben bspw. die Funktionsweise von Google's Page-Rank-Algorithmus für die Bemessung der Bedeutung einer Website im Rahmen der Suchmaschine.

146 Zimmer/Kunow, Vielfaltsbericht der Medienanstalten 2020, 45 (46); Drexl, ZUM 2017, 529 sowie in Bezug auf Suchmaschinen Kreile, ZUM 2017, 268 (273).

147 Hierzu Paal/Hennemann, ZRP 2017, 76.

148 Siehe in Bezug auf Google Danckert/Mayer, MMR 2010, 219 (220) m.w.N. sowie Liesem, ZUM 2020, 377.

149 Kühling, MMR 2022, 1016 spricht angesichts der Rolle von Medienintermediären beim Sturm auf das Capitol 2021 bspw. von einem „Brandbeschleunigungscharakter“.

mus maßgeblichen Kriterien aus Pluralismussicht willkürlich erfolgt.¹⁵⁰ Sie verschafft Medienintermediären erheblichen Einfluss auf die öffentliche Meinung.¹⁵¹ Sie können diese steuern.¹⁵² Zu dieser Schlussfolgerung sah sich jüngst auch das BVerfG im Zusammenhang mit dem Recht auf Vergessen genötigt.¹⁵³

Die damit einhergehende Bündelung der Gefahr einer Vereinnahmung bzw. Manipulation der öffentlichen Meinungsbildung durch monopolistische Intermediäre weist bei genauerem Hinsehen erstaunliche Parallelen zu den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Fünfziger- und Sechzigerjahre auf. Zwar entscheiden Intermediäre nicht darüber, welche Inhalte generiert werden, worüber etwa in der Tagesschau berichtet wird. Sie bestimmen aber, wer was wann wahrnimmt. Genau aus diesem Umstand resultiert ihr publizistischer Einfluss.

In ihrer Summe kreieren die Einzelvorgänge eine sehr beachtliche Meinungsrelevanz. Verstärkt wird dieser Effekt durch Einstufung der Algorithmen als Geschäftsgeheimnisse. Die Entscheidungsgrundlagen werden nicht nur der Öffentlichkeit, sondern auch (potentiellen) Kontrollinstitutionen bzw. der Legislative vorenthalten. Gerade diese Gemengelage aus Monopol und Intransparenz erfordert Vorkehrungen zum Schutz der Vielfalt. Unternehmensinterne, binnenplural besetzte und unabhängige Kontrollinstanzen sind ein effizientes Mittel, vorherrschende Meinungsmacht bei Medienintermediären einzugrenzen, zumal sie den betroffenen Unternehmen erlauben, weiterhin profitabel zu wirtschaften.

b) Ansätze und Diskussionsstand

Die Idee zur Bildung interner Gremien zur Vielfaltsicherung außerhalb des Rundfunks ist nicht völlig neu. Erwähnenswerte Vorschläge zur Schaffung von überwiegend beratend tätigen Vielfaltsbeiräten, die bei marktdominan-

150 Vgl. Dörr/Natt, ZUM 2014, 829 (836).

151 Der Umfang der Meinungsmacht ergibt aus zwei Faktoren: der Rechtweite des Unternehmens und welche Bedeutung die Nutzer den vermittelten Inhalten beimessen. Zimmer/Kunow, Vielfaltsbericht der Medienanstalten 2020, 45 (46).

152 Hierzu Paal/Heidtke, ZUM 2020, 230 (231). Kreile, ZUM 2017, 268 (269) versteht in diesem Zusammenhang den Algorithmus selbst als meinungsrelevanten Faktor, dem vom Anbieter getroffene und immerfort angepasste Wertenscheidungen zugrunde liegen.

153 BVerfG, MMR 2020, 106, Rn. 105 – Recht auf Vergessen II.

ten Suchmaschinenbetreibern für die Sicherung der Meinungsvielfalt sorgen sollten, gab es etwa von *Kreile*.¹⁵⁴ Sie bezwecken einen wirksamen Einfluss auf das Management der Intermediäre mittels eines Vorschlagsrechts für die Ausgestaltung der für den Algorithmus maßgeblichen Auswahl- und Gestaltungskriterien.¹⁵⁵ Allerdings sollen die Suchmaschinenbetreiber die Mitglieder des Vielfaltbeirates nach Maßgabe ihrer Zugehörigkeit zu gesellschaftlich relevanten Gruppen selbst auswählen.¹⁵⁶ Harte Eingriffsmöglichkeiten sieht der Vorschlag allerdings nicht vor; stattdessen setzt er eher auf Name-and-Shame-Mechanismen, die angesichts von Verschwiegenheitspflichten nicht besonders intensiv erscheinen.¹⁵⁷ Flankiert werden sollten diese Beiräte auf Unternehmensebene durch einen Sachverständigenrat, der Kommission zur Vielfaltsicherung im Bereich der Suchmaschinen (KVS).¹⁵⁸ *Paal/Heidtke* hingegen fordern materiellrechtliche Ergänzungen des MStV in Form einer vielfaltsichernden Generalklausel für Medienintermediäre,¹⁵⁹ welche die bestehenden Transparenz- und Anti-Diskriminierungsbestimmungen des MStV in offener und flexibler Weise – unterstützt von entsprechenden Enforcement-Regeln – ergänzen sollen.

Es gibt aber auch Kritik an der Idee eines Binnenpluralismus für Medienintermediäre. *Kühling* etwa beurteilt sie als politisch unrealistisch und grundrechtlich problematisch, da Nutzer der Möglichkeit einer unverzerrten und rein präferenzorientierten Präsentation der Inhalte beraubt würden.¹⁶⁰ Gleichzeitig würden Medienintermediäre aus ihrer grundsätzlich

154 Hierzu *Kreile*, ZUM 2017, 268 (273).

155 Siehe *Kreile*, ZUM 2017, 268 (276), der allerdings nicht näher darauf eingeht, wie dieser wirksame Einfluss auf die Geschäftsführung konkret ausgestaltet sein sollte.

156 *Kreile*, ZUM 2017, 268 (276).

157 Konkret sollte der Vielfaltsbeirat als Beschwerdestelle für Nutzer agieren. Diese sollte er an die Geschäftsführung in Form einer Beanstandung weiterleiten können, die wiederum seitens der Suchmaschine auf ihrer Landing-Page veröffentlicht werden müsste. Siehe *Kreile*, ZUM 2017, 268 (276). Die Möglichkeit der Einflussnahme sollte durch Satzung oder Vertrag sichergestellt werden. Siehe zu den Vielfaltsbeiräten auch *Müller-Terpitz*, AfP 2017, 380 (384).

158 Hierzu *Kreile*, ZUM 2017, 268 (277), der u.a. auf die Unterschiede zwischen KVS als reines Sachverständigengremium und der KEK, deren Vorsitzender der Jubilar seit geraumer Zeit ist und die sich paritätisch aus Mitgliedern der Landesmedienanstalten und berufenen Sachverständigen zusammensetzt, hinweist.

159 *Paal/Heidtke*, ZUM 2020, 230 (239).

160 *Kühling*, MMR 2022, 1016 (1020).

inhaltsneutralen Rolle gedrängt.¹⁶¹ Bei genauerem Hinsehen misst eine solche Betrachtungsweise dem Rechtsgut Meinungsvielfalt m.E. allerdings nicht die Bedeutung zu, die ihm Art. 5 Abs. 1 GG abverlangt. Das BVerfG sieht sie als existentiell für unsere Grundordnung an, was sich im Rahmen individueller verfassungsrechtlicher Abwägungen im Zusammenhang mit unternehmerischen Grundrechten der Medienintermediäre durchaus auswirken kann. Gerade weil das Grundrecht regulatorisch so viel abverlangt, kann es auch intensivere Grundrechtseingriffe sachlich rechtfertigen. Dies zeigt auch ein Blick auf private Rundfunkveranstalter.

Will man vorherrschender Meinungsmacht im Zusammenhang mit hochkomplexen und vollautomatisierten Abläufen wirksam entgegentreten, so erfordert dies prozessuale Vorkehrungen,¹⁶² die nicht im Sinne des klassischen Verwaltungsrechts von außen an die Meinungsmacher herangetragen werden; es bedarf Mechanismen, die innerhalb des Unternehmens ansetzen und erlauben, nötigenfalls unbürokratisch interne, aber dennoch verbindliche Weisungen zu erteilen.¹⁶³ Integriert man die Aufsichtsstrukturen rechtlich und organisatorisch unter Sicherstellung der Unabhängigkeit der Mitglieder in ein Unternehmen, ist auch den Geheimhaltungsinteressen der Medienintermediären Rechnung getragen. Geschäftsgeheimnisse werden nicht nach außen getragen, sofern nicht – wie bei einem akuten Missbrauch von Meinungsmacht – besondere Umstände das Einbeziehen einer externen Aufsicht rechtfertigen. Allerdings setzt ein wirksamer Vielfaltschutz durch binnenplural besetzte Aufsichtsgremien die Unabhängigkeit ihrer Mitglieder voraus. Dementsprechend hat – ähnlich wie bei den Rundfunkräten – die Gesellschaft ihre Mitglieder auszuwählen und zu entsenden. Interne Gremien müssen im Hinblick auf ihre personelle Besetzung hinreichend die gesellschaftliche Realität widerspiegeln. Die Repräsentationsstrukturen der Rundfunkräte könnte insofern als Inspiration dienen.

161 Selbst bei Einführung institutioneller Mechanismen wie pluralistisch besetzte Vielfaltsbeiräte, sieht *Kühling*, MMR 2022, 1016 (1020) eher eine massive Verschärfung des Problems, statt eine Verbesserung.

162 In diesem Sinne wohl auch *Dörr*, Die regulatorische Relevanz der Organisation massenhafter Individualkommunikation, unter besonderer Berücksichtigung der Sicherung der Meinungsvielfalt, 2019, S. 48 sowie *Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, MMR 2019, 498 (502).

163 Ähnlich *Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, MMR 2019, 498 (503), die eine Mitwirkungspflicht der Medienintermediäre vorschlagen.

c) Kernkompetenzen binnenplural besetzter Aufsichtsgremien

Wirksame unternehmensinterne Vorkehrungen gegen vorherrschende Meinungsmacht müssen mit spezifischen, einklagbaren und vollstreckbaren Rechten dieser Gremien einhergehen. Sie müssen juristisch verbindlich vielfaltssichernde unternehmensinterne Maßnahmen anordnen können. Ihre Kompetenz zur Kontrolle der unternehmensinternen Vielfaltsicherung muss gesetzlich klar umschrieben sein. Ein Mittel hierzu könnten eine Weisungsbefugnis gegenüber sämtlichen Unternehmensebenen sein. Zur Durchsetzung sollte man an eine Eskalation an eine Aufsichtsinstitution wie die Kommission zur Ermittlung von Konzentration im Medienbereich (KEK) denken, die dann wiederum über Bußgelder oder Zwangsvollstreckungsmaßnahmen verfügen könnten. Der KEK müssten ähnliche Befugnisse eingeräumt werden, wie sie Kartellbehörden zustehen.¹⁶⁴

Ein Aufsichtsgremium kann die Meinungsvielfalt nur dann effektiv sichern, wenn es auch über maßgeblichen Einfluss auf für die Distribution von Inhalten erforderlichen Prozesse verfügt. Werden meinungsrelevante Entscheidungen auf Grundlage von Algorithmen getroffen, so müssen die Mitglieder eines Aufsichtsgremiums Zugang zu deren Details haben. Sie müssen deren Formeln maßgeblich beeinflussen können. Sie müssen in der Lage sein, Kriterien für einen diskriminierungsfreien und vor allem von Diversität der Meinungen geprägten Entscheidungsfindungsprozess verbindlich aufzustellen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es sich bei den Algorithmen um hochkomplexe Vorgänge handelt, die zumindest von den Betreibern als Geschäftsgeheimnis eingestuft werden und insofern auch unter verschiedenen Perspektiven Grundrechtsschutz genießen.¹⁶⁵ Ohne die Frage des Grundrechtsschutzes hier vertiefen zu wollen, muss aber berücksichtigt werden, dass das Rechtsgut Meinungsvielfalt verfassungsrechtlich besonders über Art. 5 Abs. 1 GG geschützt wird. Es kann andere Grundrechte beschränken. Die zahlreichen Rundfunkurteile des BVerfG belegen dies eindrucksvoll. Sicherlich muss eine konkrete Regulierung Vor-

164 Gounalakis, in: KEK, Konzentrationsbericht 2021, S. 6.

165 Freilich darf im Hinblick auf Medienintermediäre und Suchmaschinen auch die Frage aufgeworfen werden, ob unternehmerische Betätigungsfreiheiten in diesem Bereich – etwa wie die Rundfunkfreiheit des Art. 5 GG – nicht schon im Hinblick auf den Schutzbereich der einschlägigen Normen bereits als der Allgemeinheit dienende Freiheiten anzusehen sind, gerade wegen ihrer Bedeutung für die Meinungsbildung. In Anbetracht der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 5 Abs. 1 GG ließe sich eine solche Leseweise durchaus dogmatisch herleiten.

gaben wie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gerecht werden. *A priori* ausgeschlossen ist sie aber keinesfalls. Ganz im Gegenteil: Sie ist m.E. wegen der wachsenden Bedeutung für die politische Willensbildung sogar verfassungsrechtlich mehr als geboten.

In dieser Form verfasste binnenplural besetzte Aufsichtsebenen setzen bei der Unternehmens-, genauer gesagt der Governance-Struktur der Medienintermediäre an. Ihr Anknüpfungspunkt ist ein institutioneller. Das Unternehmen an sich bleibt Eigentümer und Herr/in des Angebots. Allerdings ist ihm ein organisatorisch unabhängiges Gremium an die Seite zu stellen, welches Entwicklungen beobachtet und über die rechtlich verbürgte Entscheidungsmacht verfügt, im Bedarfsfall sogar mit Verboten und konkreten Weisungen einzugreifen; es muss in der Lage sein, abstrakt-generell Leitlinien für die Ausgestaltung der geheimen Algorithmen¹⁶⁶ auszugeben. Hierzu müssen alle relevanten internen Informationen zugänglich sein, selbst wenn diese als „geheim“ oder „streng-geheim“ eingestuft werden. Dass geheime Informationen nicht an die Konkurrenz gelangen, kann zum einen dadurch gewährleistet werden, dass ein binnenplural besetztes Aufsichtsgremium unternehmensintern ausgestaltet wird, zum anderen aber auch durch entsprechende gesetzliche Verschwiegenheitspflichten.

VI. Fazit

Medienintermediäre rücken immer mehr in das Interesse der Legislative – auf europäischer und nationaler Ebene. Die Diskussion konzentriert sich bislang meist auf Inhalte, wie Falschnachrichten und Hassbotschaften oder die Missachtung von Urheber- oder Persönlichkeitsrechten. Dies ist legitim und gesellschaftspolitisch wichtig. Mindestens ebenso wichtig ist es

166 Im Schrifttum wurde die Möglichkeit binnenpluraler Aufsichtsinstanzen in Bezug auf Suchmaschinen schon recht früh diskutiert. Siehe insb. Dörr/Natt, ZUM 2014, 829 (846), welche die Möglichkeit allerdings ablehnen, da ein solches Modell „auf Suchmaschinen aber bereits deshalb nicht übertragbar“ sei, „weil einzelne Suchergebnisse keiner redaktionellen Gestaltung unterliegen, auf die gesellschaftlich relevante Gruppen Einfluss ausüben könnten.“ Der hier vertretene Ansatz spricht sich aber gerade nicht für eine unmittelbare Beeinflussung der Inhalte aus, etwa in Form redaktioneller Einflussnahme. Dieser würde auf dem den Medienintermediären vorgelagerten Markt der Inhalteanbieter ansetzen, was in der Tat nicht zielführend wäre. Anknüpfungspunkt muss stattdessen die Ausgestaltung und Steuerung der Algorithmen sein. Auf diese Kernkompetenz der Medienintermediäre kann eine binnenplurale interne Instanz auf jeden Fall Einfluss nehmen.

aber, sich mit strukturellen und institutionellen Fragen der publizistischen Macht von Medienintermediären auseinanderzusetzen: Wie wollen wir als demokratisch verfasste und der Diversität der Meinungen verpflichtete Gesellschaft damit umgehen, dass eine Handvoll Unternehmen entscheidet, welchen Inhalten wir ausgesetzt werden? Ihr Einfluss auf das Denken der Staatsbürger und damit der Wähler ist gewaltig. Und er wächst beständig. Noch konzentrieren sich Intermediäre auf eine wirtschaftliche Ausbeutung dieser Macht. Angesichts der Aktivitäten des exzentrischen US-Milliardärs *Elon Musk* nach der Übernahme von *Twitter* lässt sich allerdings nicht ausschließen, dass Unternehmer eigene politische Ambitionen entwickeln.¹⁶⁷ Beispiele für den manipulativen Einsatz sozialer Medien gibt es, etwa bei jüngsten US-Wahlen, genügend und es gibt keinen Grund, warum die EU hiervon verschont bleiben sollte.

Unsere Verfassung und kollektiven politischen Grundüberzeugungen verpflichten uns zur Schaffung effizienter Vorkehrungen gegen Meinungsdominanz. Es ist höchste Zeit, dieses Ziel nicht nur beim (in seiner publizistischen Wirkung immer unbedeutenderen) Fernsehen umzusetzen. Da soziale Medien dem Fernsehen in Sachen Meinungsbildung längst den Rang ablaufen, muss schleunigst gehandelt werden. Binnenplurale Aufsichtsstrukturen sind ein schnell zu etablierendes, kostengünstiges und mit großer Wahrscheinlichkeit auch effizientes Mittel, ein Minimum von Meinungsvielfalt auch im Bereich automatisierter Inhaltsvermittlung durchzusetzen und dabei die Autonomie der Medienintermediäre so weit wie möglich zu bewahren. Inspiration für konkrete Regelungen lassen sich im Organisationsrecht der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten reichlich finden.

167 So wiesen bspw. *Dörr*, Die regulatorische Relevanz der Organisation massenhafter Individualkommunikation, unter besonderer Berücksichtigung der Sicherung der Meinungsvielfalt, 2019, S. 44 sowie *Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, MMR 2019, 498 (499) auf die Einflussnahme auf die Diskussion um die Urheberrechts-Richtlinie hin.

Das Gebot der Staatsferne im Kontext von staatlicher Beeinflussung und ausländischen Bedrohungen: Eine Analyse der heutigen Herausforderungen

Thorsten Schmiede und Sabine Christmann

I. Einleitung

Das Gebot der Staatsferne des Rundfunks blickt in Deutschland auf eine lange Entwicklungsgeschichte und Rechtsprechungstradition des Bundesverfassungsgerichts¹. Die Rundfunkfreiheit genießt über Artikel 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention zwar in allgemeiner Form europaweiten Schutz und setzt der staatlichen Einflussnahme und den Verboten Grenzen. In Deutschland hat der Grundsatz der Staatsferne der Medien im deutschen Medienrecht dagegen „eine besondere, europaweit einzigartige Ausprägung erfahren“², die sich vor allem mit der deutschen Geschichte erklären lässt.

Ursprünglich resultierte das Gebot der Staatsferne aus dem „Rundfunkprivileg“ des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und dessen binnenpluraler Organisation³. Seitdem hat es verschiedentlich Konkretisierung und Weiterentwicklungen erfahren, die sich auch auf den Maßstab der Beurteilung ausgewirkt haben: So lässt sich in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine gewisse Anpassung des ursprünglichen Konzeptes der Staatsfreiheit⁴ hin zu einem Gebot einer „hinreichenden“ Staatsferne⁵ erkennen.

Gleichzeitig lag das Hauptaugenmerk der Rechtsprechung und der Medienordnung auf dem Schutz vor Instrumentalisierung des Rundfunks durch innerstaatliche Institutionen. Das zeigt sich auch an der Schutzarchitektur, die im Medienstaatsvertrag zur Gewährleistung von Staatsferne angelegt ist,

1 Zur Entstehungsgeschichte: A. Paulus/P. Nölscher in ZUM 2017, S. 177, 180.

2 W. Kreißig in: AfP 2023, S. 389.

3 Paulus/Nölscher, a.a.O.

4 BVerfGE 31, 314, 329, BVerfGE 121, 30, 52f.

5 BVerfGE 136, 9, 28; Kritisch hierzu: Abweichendes Votum Paulus, a.a.O. BVerfGE 136, 9, 61.

und die teilweise und lediglich entsprechend auf ausländische öffentliche und staatliche Stellen anzuwenden sind (§ 53 Abs. 3 Satz 3 MStV, eingehend dazu unter III.). Gerade in jüngster Zeit zeigt sich jedoch, dass die Gefahr von Staatspropaganda und staatlicher Einflussnahme auf die innerstaatliche Meinungsbildung verstärkt aus dem Ausland erfolgt.⁶ Vor diesem Hintergrund aber auch im Hinblick auf aktuelle Fälle und Regulierungsansätze im europäischen Kontext (DSA, EMFA) haben die Medienanstalten die Sicherung der Staatsferne in den Medien zum Schwerpunktthema für 2023 erklärt⁷ und hatten bereits 2022 im Zusammenhang mit den Verhandlungen zum EMFA die Erhebung des Staatsfernegebots zum europäischen Standard gefordert.⁸ Insbesondere auch die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) hat in ihrer Stellungnahme zum EMFA auf die unzureichende Berücksichtigung des Grundsatzes der Staatsferne hingewiesen.⁹

Die Frage, die sich schon aus verfassungsrechtlicher Sicht stellt: Ist mit der fortschreitenden Konvergenz der Medien die Sonderrolle und damit die Rechtfertigung für einen besonders stringenten Schutz der Unabhängigkeit und Freiheit des Rundfunks vor staatlichen Einflüssen entfallen? Oder bedarf es stattdessen und gerade im Hinblick auf die Konvergenz der Schließung bestehender Regelungslücken, um dem verfassungsrechtlichen Gestaltungsauftrag zum Schutz der Rundfunkfreiheit gerecht zu werden, oder jedenfalls verschiedener Klarstellungen, z.B. wann ausländische Personen als staatsnah zu qualifizieren sind und ob und in welchem Umfang des Gebots der Staatsferne auch auf ausländische Staatsbeteiligungen anwendbar ist?

II. Verfassungsrechtliche Verankerung des Gebots der Staatsferne und die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

Im Hinblick auf die zahlreichen Darstellungen soll an dieser Stelle von einer detaillierten Aufbereitung der verfassungsrechtlichen Verankerung

6 H. Gersdorf, BB 2022, 41 ff.

7 <https://www.die-medienanstalten.de/service/pressemitteilungen/meldung/staatsferne-der-medienaufsicht-sichern-und-medienvielfalt-fuer-die-nutzerinnen-und-nutzer-ge-waehrleisten>.

8 <https://www.die-medienanstalten.de/service/pressemitteilungen/meldung/staatsferneg-ebot-fuer-medien-muss-europaeischer-standard-werden>.

9 https://www.kek-online.de/fileadmin/user_upload/KEK/Publikationen/Reden_und_s-onstige_Beitraege/Stellungnahme_KEK_EMFA.pdf.

des Gebots der Staatsferne abgesehen werden. Für die Beantwortung der oben genannten Frage sind allerdings folgende Gesichtspunkte noch einmal festzuhalten.

1. Schutzzweck des Gebots der Staatsferne

Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG enthält den verfassungsrechtlichen Auftrag an den Staat sicherzustellen, dass die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk in möglichst Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet¹⁰, einseitiger Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung vermieden oder dass der Rundfunk einer oder einzelnen gesellschaftlichen Gruppen ausgeliefert wird¹¹. Gleichzeitig ist es dem Staat nicht nur versagt, mittelbar oder unmittelbar Unternehmen zu beherrschen, die Rundfunksendungen veranstaltet¹², sondern auch mittelbar oder auch nur subtil Einfluss zu nehmen, wie es typischerweise bei Fragen der Finanzierung¹³ oder besonders bei Zulassungsentscheidungen¹⁴ droht. Zudem dürfen dem Staat zuzurechnende Einrichtungen keinen dominierenden Einfluss auf Veranstalter oder Programm haben.¹⁵

Maßstab für die Bewertung des Schutzniveaus des Staatsfernegebots ist also, inwiefern die Verwirklichung von freier Meinungsbildung frei von staatlicher Einflussmöglichkeit erfolgen kann.¹⁶ Staatsferne bedeutet insofern auch vollständige Freiheit des Rundfunks vor staatlicher Berührung oder ein absolutes Trennungsgebot¹⁷. Es ist eine „weitgehende Staatsferne zur Verwirklichung der freien Meinungsbildung anzustreben“¹⁸ zur „Wahrung einer hinreichenden Staatsferne“¹⁹.

Kein direkter Maßstab ist dagegen das Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) oder der Gewaltenteilungsgrundsatz (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG)²⁰, auch

10 BVerfGE, 57, 295, 319, eingehend: E 136, 9, 28 ff.

11 BVerfGE 57, 295, 323; E 73, 118, 153.

12 BVerfGE 121, 30, 52f.

13 BVerfGE 90, 60, 88f.

14 BVerfGE 97, 298, 313.

15 G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz/C. Grabenwarter, GG Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 830.

16 BVerfGE 73, 118, 190.

17 BVerfGE 121, 30, 53.

18 BVerfGE 121, 30, 53.

19 BVerfGE 136, 9, 28.

20 So auch: J. Skrzypczak in: Die Grundrechtsberechtigung inländischer juristischer Personen mit ausländischer Staatsbeteiligung, S. 161 f.

wenn die Freiheit der Meinungsbildung für ein demokratisches Gemeinwesen schlechthin konstitutiv ist²¹. Ebenso wenig ist zu prüfen, ob die Chancengleichheit im politischen Wettbewerb (Art. 21 Absatz 1 GG) unmittelbar berührt wird²². Entscheidend ist also nicht, ob eine staatliche oder politische Einflussnahme auf innerdeutsche Wahlen zielt, sondern es geht um die Sicherung der Vielfalt und der freien Meinungsbildung vor politischer Instrumentalisierung des Rundfunks²³.

An dieser Stelle unterscheidet sich das deutsche Verfassungsrecht von der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und geht deutlich über das Schutzniveau in Art. 10 EMRK hinaus, der vor allem als behördliches Zensur- und weniger als umfassendes Beeinflussungsverbot konzipiert ist. Auch nach der Auslegung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte adressiert Art. 10 EMRK lediglich die Dominanz ökonomischer, politischer oder staatlicher Institutionen gegenüber Rundfunkveranstaltern, schließt dagegen nicht eine staatliche Finanzierung oder Beteiligung aus.²⁴

2. Funktionales Verständnis von Staatsferne

Das Gebot der Staatsferne erschöpft sich auch nicht in einem Trennungsgebot zwischen Staat und Rundfunk, sondern ist auch im Verhältnis zu den Parteien zu beachten²⁵, jedoch nur, sofern diese einen beherrschenden Einfluss nehmen könnten, als ein grundsätzliches Verbot von Minderheitsbeteiligungen. Wer in diesem Sinne als staatlich oder staatsnah zu betrachten ist, bestimmt sich nach einer funktionalen Betrachtungsweise.²⁶ Maßgeblich ist insofern, ob eine Person staatlich politische Entscheidungsmacht innehat oder im Wettbewerb um ein hierauf gerichtetes öffentliches Amt oder Mandat steht und insoweit in besonderer Weise auf die Zustimmung einer breiteren Öffentlichkeit verwiesen ist.

21 BVerfGE 121, 30, 63; E 158, 389, 417; vgl. Gersdorf, K&R, 2022, 41, 44.

22 Dies ist lediglich bei der funktionalen Bestimmung der persönlichen Reichweite des Staatsferne maßgeblich; dazu sogleich unter II.2.

23 BVerfGE 90, 60, 88, E 136, 9, 36.

24 EGMR NVWZ-RR 2014, 48, 52f.

25 BVerfGE 121, 30, 53.

26 BVerfGE 136, 9, 53 ff.

III. Einfachgesetzliche Umsetzung und verfassungsrechtlich relevante Regelungslücken

Erstmals mit dem 10. RÄStV wurde gesetzlich eine rundfunkrechtliche Vorschrift eingeführt, die gemäß der amtlichen Begründung klarstellt, dass „bestimmten Personen, Personengruppen oder Institutionen keine Zulassung für die Verbreitung bundesweiter privater Rundfunkprogramme erteilt werden kann. Dieser Ausschluss erfolgt mit Blick auf das verfassungsrechtliche Gebot der Staatsferne des Rundfunks, um staatlichen oder öffentlichen Einfluss zu begrenzen.“). Diese Vorschrift wurde unverändert im Medienstaatsvertrag in § 53 Abs. 3 MStV übernommen.

Diese Inkompatibilitätsregelungen des § 53 Abs. 3 Satz 1 MStV sind dabei Ausdruck des verfassungsrechtlichen Gebots der Staatsferne²⁷.

Die einfachgesetzliche Norm des § 53 Abs. 3 MStV regelt mehrere Tatbestände in Umsetzung des verfassungsrechtlichen Gebots, die unzulässig sind, wobei der Gesetzgeber nach Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei der Bestimmung des zur Umsetzung der Staatsferne Erforderlichen eine Einschätzungsprärogative hat²⁸. Das Bundesverfassungsgericht sieht einen Gesetzgebungsauftrag dahingehend, dass das einfache Rundfunkrecht staatlichen Beeinflussungs- bzw. Übernahmeversuchen zuverlässig entgegenwirken muss, um zu verhindern, dass der Rundfunk dem Staat oder einer gesellschaftlichen Gruppe durch politische Instrumentalisierung ausgeliefert wird²⁹. Die einfachgesetzliche Inkompatibilitätsvorschrift setzt deshalb bei den Tatbeständen an das vom Bundesverfassungsgericht konkretisierte Beherrschungsverbot an.

Die nachfolgenden Ausführungen beleuchten, ob die Regelung in § 53 Abs. 3 MStV dabei die verfassungsrechtlichen Leitgrundsätze regelt oder ob verfassungsrechtliche Fallkonstellationen nicht erfasst werden und insofern § 53 Abs. 3 MStV verfassungswidrige Regelungslücken enthält, die durch den Gesetzgeber im Wege der Ergänzung des § 53 Abs. 3 MStV zu schließen sind³⁰.

27 U.a. so auch Kommentar zum MStV D. Dörr in: R. Hartstein/W. Ring/J. Kreile u.A., § 53 Rdn. 13.

28 BVerfG, Urteil v. 12.03.2008, Az. 2 BvF 4/03, Rdn. 127.

29 BVerfGE 90, 60 (88), vgl. auch BeckOK-Martini § 53 MStV Rdn. 21.

30 Ob diese Regelungslücke alternativ im Wege einer verfassungskonformen Auslegung zu schließen wären, soll hier nicht weiter vertieft werden.

1. Staatsrundfunk und Zurechnungstatbestände

Primär ist dem Staat selbst die Veranstaltung von Rundfunk untersagt. Zudem dürfen aber dem Staat zuzurechnende Einrichtungen keinen dominierenden Einfluss auf Veranstalter oder Programm haben. Diesen Fall will § 53 Abs. 3 S. 1 MStV erfassen, da eine Rundfunkzulassung nicht an juristische Personen des öffentlichen Rechts erteilt werden darf.

Der Staat darf nicht nur selber keinen Rundfunk veranstalten. Er darf auch keinen bestimmenden Einfluss nehmen können³¹. Schutzzweck ist hier, dass jede politische Instrumentalisierung des Rundfunks verhindert werden soll. Der Gesetzgeber ist verfassungsrechtlich auch nur zu einer staatsfernen, nicht aber staatsfreien Ausgestaltung des Rundfunks verpflichtet.

Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts soll über das Gebot der Staatsferne jede politische Instrumentalisierung des Rundfunks ausgeschlossen werden. Sie erschöpft sich nicht in einem reinen Beherrschungsverbot. Es sollen auch mittelbare und subtile Einflussnahmen des Staats verhindert werden. Entscheidend kann deshalb nicht nur der nominale Anteil am Kapital oder den Stimmrechten sein, sondern die Möglichkeit, auf die Programmgestaltung oder die Programminhalte Einfluss zu nehmen³².

§ 53 Abs. 3 S. 2 MStV erweitert das Gebot der Staatsferne folglich auf verbundene Unternehmen gem. § 15 AktG. Dies setzt eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung der juristischen Person des öffentlichen Rechts an dem (lizenzbeantragenden) privatrechtlichen Unternehmen voraus. Für eine Zurechnung als verbundenes Unternehmen ist demnach erforderlich, dass die Möglichkeit besteht, die Gesellschaft zu einem bestimmten Handeln zu veranlassen³³. Es muss demnach – über die Beteiligungsebenen vom Rundfunkveranstalter bis zu der dahinterstehenden juristischen Person des öffentlichen Rechts – eine formale oder faktische Stimmrechtsmehrheit vorliegen. Eine faktische Stimmrechtsmehrheit liegt vor, wenn ein Unternehmen zwar weniger als die Hälfte der Stimmrechte besitzt, aber so viele Stimmrechte innehat, dass sich diese auf einer Gesellschafterversammlung wie eine Mehrheit auswirken. Eine Sperrminorität genügt nicht.

Schon aber bei weiteren Fallkonstellationen ist die Reichweite der Inkompatibilitätsregelungen dem § 53 Abs. 3 MStV nicht eindeutig zu entnehmen.

31 BVerfG 121, 30, 53.

32 BVerfG 121, 30 (53), 136, 9 (36)).

33 U. Hüffer, Kommentar zum AktG, § 17 Rn. 9 und 10.

2. Parlamentsfernsehen

Nicht eindeutig geregelt nach dem Wortlaut ist etwa die Zulässigkeit von Parlamentsfernsehen. Nach der Entscheidungspraxis der ZAK zur Inkompatibilitätsregelung des § 53 Abs. 3 Satz 1 MStV³⁴ besteht für das Parlamentsfernsehen ein einfachgesetzliches Zulassungshindernis. Die ZAK hatte entschieden, dass der deutsche Bundestag der (identischen) Vorgängerregelung des § 53 Abs. 3 Satz 1 MStV unterfällt. Offen gelassen hatte die ZAK die Subsumtion des Deutschen Bundestags unter die gesetzliche Formulierung „juristische Personen des öffentlichen Rechts“. Einerseits wurde darauf abgestellt, dass der Deutsche Bundestag selbst eine eigenständige Verwaltung besitzt und sich als – insoweit selbstständiger – Verwaltungsträger betätigt. Demnach wäre er unmittelbar als juristische Person des öffentlichen Rechts anzusehen. Andererseits wurde ergänzend darauf abgestellt, dass das gesetzliche Verbot bereits für (staatsfernere) juristische Personen des öffentlichen Rechts gilt und die gesetzliche Regelung im Wege einer verfassungskonformen Auslegung erst recht Verfassungsorgane des Staates erfassen muss.

3. Parteien und Rundfunkveranstaltung

Nach § 53 Abs. 3 S.1 MStV dürfen auch Parteien keinen Rundfunk veranstalten. Diese einfachgesetzliche Inkompatibilität folgt aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts³⁵. Denn die Parteien bilden einen Transmissionsriemen zwischen Staat und Gesellschaft: Sie nehmen eine verfassungsrechtliche Mittlerfunktion wahr, die sie in den Staat hineinwirken lässt. Sie üben dadurch nachhaltigen Einfluss auf die Besetzung oberster Staatsämter aus, beeinflussen die Bildung des Staatswillens und sind mit Staatsorganen personell eng verflochten. Bloße Minderheitsbeteiligungen von Parteien sind nach dem Bundesverfassungsgericht jedoch zulässig³⁶. Auch in dieser Fallkonstellation bleiben rechtliche Fragen zur Reichweite des § 53 Abs. 3 MStV bestehen. Nicht eindeutig erfasst ist vom Wortlaut des § 53 Abs. 3 MStV der Fall, dass Rundfunk durch ein Parteimitglied veranstaltet werden soll.

34 ZAK Entscheidung vom 15.03.2011 zum Parlamentsfernsehen.

35 BVerfG, Urteil v. 12.03.2008, Az. 2 BvF 4/03; vgl. D. Dörr in: R. Hartstein/W. Ring/J. Kreile Kommentar zum MStV, § 53 MStV Rdn. 12.

36 BVerfG, Urteil v. 12.03.2008, Az. 2 BvF 4/03.

Der Wortlaut des § 53 Abs. 3 MStV normiert ausdrücklich nur eine Unvereinbarkeit für die Partei selbst. Anderes gilt etwa für juristische Personen des öffentlichen Rechts, bei denen sich das Verbot explizit auf die gesetzlichen Vertreter und leitenden Bediensteten erstreckt. Eine entsprechende ausdrückliche Regelung findet sich für Parteien nicht.

Zur Bestimmung der Reichweite der Inkompatibilitätsregelung ist dabei auf die verfassungsrechtlichen Leitgedanken zurückzugreifen. Das Bundesverfassungsgericht legt ein funktionales und weites Verständnis staatsnaher Vertreter zugrunde³⁷. Demnach zählen nicht nur die Vertreter der Länder, des Bundes und der Kommunen zu den staatsnahen Vertretern, sondern auch die Vertreter der politischen Parteien. Zwar seien politische Parteien und ihre Vertreter grundsätzlich nicht der organisierten Staatlichkeit zuzurechnen und üben keine Staatsgewalt aus. Bei funktionaler Betrachtungsweise sind sie im vorliegenden Kontext jedoch als staatsnah zu qualifizieren und damit den staatlichen Mitgliedern gleichzusetzen. Gemäß Art. 21 Abs. 1 GG wirken die Parteien an der politischen Willensbildung des Volkes mit³⁸. Dies gelte insbesondere für führende Personen in den Parteien, die in herausgehobener Funktion für eine politische Partei Verantwortung tragen. Wer in Parteien in herausgehobener Funktion Verantwortung trägt, ist hierdurch unweigerlich in staatlich-politische Entscheidungszusammenhänge und den Wettbewerb um Amt und Mandat eingebunden³⁹.

Legt man diese verfassungsrechtlichen Grundsätze zugrunde, dann würde § 53 Abs. 3 MStV hier eine verfassungswidrige Regelungslücke enthalten. Insbesondere sind vom Wortlaut der Norm nicht Personen in herausgehobener Verantwortung in einer politischen Partei erfasst. Die Norm müsste ergänzt werden und es wäre auch klarzustellen, ob und welche Personen eine herausgehobene Stellung einnehmen. Denkbar wäre etwa, auf Ämter oberhalb der Kreis- oder Bezirksebene abzustellen. Insgesamt hat der Gesetzgeber bei der Bestimmung der Unvereinbarkeitsregelungen der staatsfernen Mitglieder einen erheblichen Wertungs- und Typisierungsspielraum. In jedem Fall müsste dies für den Parteivorstand gem. § 11 PartG gelten. Dieser ist Leitungsorgan einer politischen Partei. Gemäß § 11 Abs. 3 des Parteiengesetzes führt er die Geschäfte der Partei und vertritt sie gerichtlich und außergerichtlich.

37 BVerfG, Urteil vom 25.03.2014 – 1 BvF 1/11 und 1 BvF 4/11 Rdn. 57 ff.

38 vgl. BVerfGE 107, 339, 358 f. m.w.N.).

39 BVerfG, Urteil vom 25.03.2014 – 1 BvF 1/11 und 1 BvF 4/11 Rdn. 78.

4. Rundfunkveranstaltung und Abgeordnete

Unklar ist auch die Reichweite der Inkompatibilitätsvorschrift des § 53 Abs. 3 MStV bezüglich der Rundfunkveranstaltung durch einen Parlamentsabgeordneten. § 53 Abs. 3 MStV umfasst juristische Personen des öffentlichen Rechts selbst und (nur) deren gesetzliche Vertreter und leitende Bedienstete. Zwar verfügt ein Mandatsträger über weit überdurchschnittlichen politischen Einfluss und Gestaltungskraft. Dennoch sind einzelne Mandatsträger nur ein verhältnismäßig kleiner Bestandteil eines Parlaments, welches in der Regel über eine Vielzahl von Abgeordneten verfügt. Es dürfte daher durchaus infrage gestellt werden, ob dies genügt, um zumindest als leitender Bediensteter zu gelten. Ob dieses einfachgesetzliche Ergebnis der verfassungsrechtlichen Wertung entspricht, ist im Licht der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu entscheiden⁴⁰. Wie bereits ausgeführt, bedarf es bei der Bestimmung, wer im Hinblick auf die anteilmäßige Beschränkung als staatlich bestelltes Mitglied zu gelten hat, einer eigenen, funktionalen Betrachtung. Maßgeblich ist hierfür, ob es sich um eine Person handelt, die staatlich-politische Entscheidungsmacht innehat oder im Wettbewerb um ein hierauf gerichtetes öffentliches Amt oder Mandat steht und insoweit in besonderer Weise auf die Zustimmung einer breiteren Öffentlichkeit verwiesen ist. Hierzu gehören zunächst all diejenigen, die mit einem allgemeinen Mandat in einem öffentlichen Amt politische Verantwortung tragen, soweit sie ein Interesse an der Instrumentalisierung des Rundfunks für ihre Zwecke der Machtgewinnung oder des Machterhalts haben können.

Dies sind Mitglieder einer Regierung⁴¹, Abgeordnete und politische Beamtinnen und Beamte⁴². Insofern sind nach dem Bundesverfassungsgericht auch Abgeordnete explizit vom Staatsfernegebot umfasst. Dies wäre in der Inkompatibilitätsvorschrift des § 53 Abs. 3 MStV klarzustellen.

40 BVerfG, Urteil vom 25.03.2014 – 1 BvF 1/11 und 1 BvF 4/11 Rdn. 57 ff.

41 vgl. BVerfGE 73, 118 <182>; 83, 238 <323>.

42 vgl. auch SächsVerfGH, Urteil vom 10. Juli 1997 - Vf. 13-II-96 -, NVwZ-RR 1998, S. 345, 347; C. Hahn, Die Aufsicht des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2010, S. 175.

5. Besetzung von Aufsichtsgremien durch staatliche oder staatsnahe Vertreter

Nicht erfasst ist bisher einfachgesetzlich die Besetzung von Aufsichtsgremien von Rundfunkveranstaltern mit staatlichen oder staatsnahen Mitgliedern. Das Bundesverfassungsgericht sieht insbesondere in seinem Urteil zum ZDF-Staatsvertrag eine Begrenzung der staatlichen und staatsnahen Mitglieder in den Aufsichtsgremien des öffentlich-rechtlichen Rundfunks für erforderlich an. Im Rahmen der geltenden Rundfunkordnung leiten sich verfassungsrechtlich aus den Anforderungen an die Vielfaltssicherung und dem Gebot der Staatsferne für die Ausgestaltung der Aufsichtsgremien begrenzende Maßgaben ab. Der Einfluss der staatlichen und staatsnahen Mitglieder ist deshalb gesetzlich in den Aufsichtsgremien der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zu begrenzen. Ihr Anteil darf damit ein Drittel der gesetzlichen Mitglieder des jeweiligen Gremiums nicht übersteigen. Mit dem Gebot der Staatsferne sind nicht vereinbar Regelungen, die die staatlichen und staatsnahen Mitglieder in die Lage versetzen, als Gesamtheit Entscheidungen allein durchzusetzen oder zu blockieren. Ungeachtet aller Brechungen der verschiedenen Interessen muss insoweit schon die Möglichkeit eines solchen Zusammenwirkens ausgeschlossen werden. Hierin erschöpfen sich die Anforderungen nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts jedoch nicht. Das Gebot der Staatsferne will nicht nur die Möglichkeit eines konzertierten Zusammenwirkens der staatlichen und staatsnahen Mitglieder verhindern; die Wahrscheinlichkeit eines solchen Zusammenwirkens sollte schon durch deren plurale Zusammensetzung weitgehend eingeschränkt werden. Es zielt vielmehr schon prinzipiell auf eine Begrenzung der Einflussnahme von Mitgliedern, deren Perspektive in besonderer Weise von dem Wettbewerb um Amt und Mandat geprägt und damit in politische Gesamtprogramme rückgebunden ist⁴³. Hinreichend ausgeschlossen ist ein bestimmender Einfluss der staatlichen und staatsnahen Mitglieder in diesem Sinne nur dann, wenn jedem staatlichen und staatsnahen Mitglied mindestens zwei staatsferne Mitglieder gegenüberstehen und somit der Anteil der staatlichen und staatsnahen Mitglieder ein Drittel der gesetzlichen Mitglieder des jeweiligen Gremiums nicht übersteigt⁴⁴.

43 BVerfGE 12, 205ff, 263.

44

Während diese verfassungsrechtlichen Grundsätze für die Gremienbesetzung beim öffentlich-rechtlichen Rundfunk einfachgesetzlich umgesetzt wurden, gelten keine entsprechenden Beschränkungen für die einem dem Rundfunkrat (öffentlich-rechtlicher Rundfunk) als Kontrollorgan entsprechenden Aufsichtsräte (privater Rundfunk). Fraglich ist damit, ob diese Erwägungen im dualen System nicht auch auf den privaten Rundfunk entsprechend anzuwenden sind. Ein Auseinanderfallen der Staatsfreiheit bei öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und bei privaten Rundfunkveranstaltern würde andernfalls zu Wertungswidersprüchen führen. Dies spricht dafür, dass – sofern ein privater Rundfunkveranstalter oder dessen zuzurechnende Gesellschaften über entsprechende Gremien verfügt – diese nur bis zu der vom BVerfG vorgesehenen Grenze mit staatlichen oder staatsnahen Mitgliedern besetzt werden dürfen. Wenn eine entsprechende Grenze bereits bei öffentlich-rechtlichen Aufsichtsgremien besteht, wo grundsätzlich eine binnenpluralistische Struktur herrscht, müsste eine Grenze erst recht bei privaten Rundfunkveranstaltern gelten⁴⁵.

Aus diesem Grund scheint die Ergänzung des § 53 Abs. 3 MStV um eine zulässige Grenze für staatsnahe Mitglieder in den Aufsichtsgremien verfassungsrechtlich geboten, um zu verhindern, dass staatsnahe Mitglieder des Gremiums Entscheidungen alleine durchsetzen oder blockieren können. Denkbar wäre, dass die Zahl der staatsnahen Mitglieder des Aufsichtsorgans entsprechend der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts beschränkt werden.

IV. Ausländische Beeinflussung und entsprechende Anwendung des Gebots der Staatsferne

Während es zum Grundsatz der Staatsferne innerstaatlicher Stellen eine lange Spruchpraxis des Bundesverfassungsgerichts gibt, existiert bislang keine höchstrichterliche Entscheidung dazu, ob und unter welchen Voraussetzungen dieser Grundsatz auf ausländische staatliche Stellen übertragbar ist⁴⁶. Gleichwohl hat der Gesetzgeber in § 53 Abs. 3 Satz 3 MStV ausländische öffentliche und staatliche Stellen ausdrücklich adressiert, so dass § 53 Abs. 3 Satz 1 MStV auch für diese entsprechend gilt. Auch wenn es

⁴⁵ Wegen Art. 111a BV ist dies für Bayern anders zu beurteilen.

⁴⁶ Zur Unzulässigkeit der Beteiligung von RT DE an Megaradio Mega Radio SNA, vgl. <https://www.mabb.de/uber-die-mabb/presse/pressemitteilungen-details/mega-radio-wird-zum-1-maerz-2019-in-berlin-abgeschaltet> RT DE.

naheliegt, bleibt an dieser Stelle offen, ob die entsprechende Geltung des Verbots für ausländische Stellen aus dem Staatsfernegrundsatz abgeleitet ist oder nur allgemein die Unabhängigkeit der redaktionellen Berichterstattung absichern soll.

Gegen eine unmittelbare Übertragung des Staatsfernegrundsatzes auf ausländische staatliche Stellen könnte sprechen, dass ausländische staatliche Stellen ihrerseits nicht grundrechtsgebunden sind und sich auch ausländische Unternehmen mit staatlicher Beteiligung entsprechend Art. 19 Abs. 3 GG auf die Grundrechte berufen können, sofern dieses dem Wesen nach anwendbar ist.⁴⁷ Grundsätzlich können ausländische Staatsunternehmen mit Sitz in der EU und im Gegensatz zu inländischen staatlichen Stellen auch Träger von Grundrechten sein, da sie als solche nicht wie staatliche Stellen grundrechtsgebunden sind.⁴⁸

Allerdings ist unabhängig davon, ob diese Argumentation überzeugt⁴⁹, im Wege der Abwägung eine „grundrechtstypische Gefährdungslage“ für ausländische staatliche Stellen im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 GG nicht ersichtlich, während der Schutzzweck des Gebots der Staatsferne eröffnet ist, wenn der ausländische Sachverhalt sich innerstaatlich auswirkt. Ob Vielfaltsgefährdungen vom inländischen Staat oder von ausländischen Staaten ausgehen, ist mit Blick auf das Schutzziel der Gewährleistung einer pluralistischen Rundfunkordnung irrelevant. Es gibt kein Recht auf Staatspropaganda, d.h. frei von innerstaatlicher Beeinflussung staatliche Berichterstattung aus dem Ausland über Rundfunk in Deutschland zu verbreiten. Es fehlt auch am „personellen Substrat“⁵⁰, da die Ausübung der Rundfunkfreiheit gerade Ausdruck der freien Entfaltung natürlicher Personen ist. Daran fehlt es offensichtlich, wenn hinter einer ausländischen juristischen Person staatliche Stellen stehen.⁵¹

Die Gefährdungslage für die freie Meinungsbildung, die von ausländischen staatlichen Stellen ausgehen kann, ist durchaus mit der vergleichbar, wie sie von innerstaatlichen Stellen droht. Das Risiko einer gezielten Einflussnahme auf einen freien Meinungsbildungsprozess durch ausländische staatliche Stellen mit dem Ziel einer Destabilisierung scheint derzeit sogar teilweise

47 Vattenfall-Entscheidung des BVerfG, E 143, 246, 312 ff.

48 BVerfGE 143, 246, 315.

49 Kritisch: Gersdorf: a.a.O. 46.

50 BVerfGE 21, 362, 369.

51 So auch: Gersdorf a.a.O. 47.

größer⁵². Die Liste der Beispiele, in denen ausländische staatliche Stellen über Medienbeteiligungen im Inland versuchen, die Meinungsbildung in Deutschland, zum Beispiel auch bei in Deutschland lebenden Ausländern, zu beeinflussen⁵³, belegt dies. Die Herleitung des Staatsfernegebots durch das Bundesverfassungsgericht lässt sich damit, auch wenn sie von inländischen Institutionen ausgeht, ohne Weiteres auf ausländische übertragen. Ohne eine grundsätzliche Anwendung des Staatsfernegebots auf ausländische Stellen, droht die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk eingeschränkt⁵⁴ und einseitig Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung genommen zu werden. Der Rundfunk droht einer oder einzelnen gesellschaftlichen Gruppen ausgeliefert zu werden⁵⁵. Art. 5 Abs. 2 GG verpflichtet daher den Gesetzgeber, Vorkehrungen zu treffen, die den Einfluss außerstaatlicher Stellen in vergleichbarem Umfang vermeiden.

Der Gesetzgeber hat dies insoweit einfachgesetzlich umgesetzt, als dass gemäß § 53 Abs. 3 Satz 3 MStV § 53 Abs. 3 S. 1 MStV auch entsprechend für ausländische öffentliche und staatliche Stellen gilt. Mit Blick auf den Schutzzweck des Gebots der Staatsferne muss die Entsprechensklausel derart verstanden werden, dass sie keine Senkung der Standards zu Gunsten ausländischer Beteiligungen enthält. Es ist verfassungsrechtlich geboten, im Interesse des demokratischen Prinzips den gesellschaftlichen Kommunikationsprozess von staatlichem Einfluss fernzuhalten, unabhängig davon ob er vom deutschen oder einem ausländischen Staat ausgeht. Das Wort „entsprechend“ muss dahingehend ausgelegt werden, dass die Vielfalt an ausländischen Gestaltungsmöglichkeiten abgedeckt werden soll. Demnach können etwa auch Monarchen oder Diktatoren umfasst sein, ohne dass diese explizit aufgeführt werden müssten. Es würde einen nicht aufzulösenden Wertungswiderspruch bedeuten, wenn ausländische Staaten auf Basis einer deutschen Zulassung in Deutschland Rundfunk veranstalten dürften.

52 Zum Risiko der Beeinflussung durch Desinformation ausländischer Regierungen: „Verunsicherte Öffentlichkeit Superwahljahr 2024: Sorgen in Deutschland und den USA wegen Desinformationen“, Studie im Auftrag der Bertelsmann-Stiftung, vgl. <https://www.bertelsmann-stiftung.de/de/publikationen/publikation/did/verunsicherte-oeffentlichkeit>.

53 So z.B.: Mega Radio SNA, vgl. <https://www.mabb.de/uber-die-mabb/presse/pressemitteilungen-details/mega-radio-wird-zum-1-maerz-2019-in-berlin-abgeschaltet> RT DE vgl. https://www.die-medienanstalten.de/service/pressemitteilungen/meldung?tx_news_pi1%5Bnews%5D=5004&cHash=0c9c8c9e12705fce08da37d65bc4b6cd.

54 BVerfGE, 57, 295, 319, eingehend: E 136, 9, 28 ff.

55 BVerfGE 57, 295, 323; E 73, 118, 153.

Dies würde zu dem Ergebnis führen, dass der deutsche Staat, dem eine Teilnahme am Meinungsbildungsprozess untersagt ist, hinnehmen müsste, dass ausländische - ggfs. undemokratische - Staaten Einfluss auf den inner-deutschen demokratischen Meinungsbildungsprozess nehmen. „Öffentliche Stelle“ ist dabei weit zu verstehen als jede Einrichtung in der unmittelbaren und mittelbaren Trägerschaft des Staates, die direkt oder indirekt der Allgemeinheit dient und daher dem Staat zuzurechnen ist⁵⁶. Eine solche Beschränkung der medienpolitischen Tätigkeit ausländischer Personen ist dabei ausdrücklich im Einklang mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, wie in Art. 16 EMRK klargestellt wird.

V. Ausblick und Fazit

Der Gesetzgeber ist zu einer einfachgesetzlichen Ausgestaltung verpflichtet, die verhindert, dass der Rundfunk dem Staat oder vergleichbaren gesellschaftlichen Gruppen mittelbar oder unmittelbar ausgeliefert ist. Er muss folglich alle Fallkonstellationen regeln, in denen die publizistische Tätigkeit der Rundfunkveranstaltung durch staatliche Einflüsse – welcher Art auch immer – gefährdet ist – seien sie mittelbar oder unmittelbar, unabhängig davon ob sie inländischen oder ausländischen Ursprungs sind.

Die einfachgesetzliche Absicherung des Gebots der Staatsferne ist aber lückenhaft.

§ 53 Abs. 3 MStV beschränkt die Inkompatibilität dem Wortlaut nach auf „Parteien“. Parteimitglieder, insbesondere solche in herausgehobener Verantwortung in einer politischen Partei, sind vom Wortlaut nicht erfasst, obwohl gerade für diese Fälle eine Gefährdungslage besteht.

Dasselbe gilt für den einschränkenden Wortlaut bezüglich der Mitglieder einer Regierung, Abgeordnete und politische Beamtinnen und Beamte – entgegen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, nach der auch Abgeordnete bei der Sicherstellung des Staatsfernegebots Berücksichtigung erfahren.

Zudem ist die vom Bundesverfassungsgericht im ZDF-Urteil konkretisierte Beherrschungsgrenze nur unzureichend umgesetzt. Dem Staat ist nicht nur selber untersagt, Rundfunkveranstalter zu werden, sondern auch einen beherrschenden Einfluss auf das Rundfunkprogramm zu gewinnen.

56 vgl. BeckOK-Martini, § 53 Rdn. 37.

Während die Ländergesetzgeber diese Beschränkung für die Organe der öffentlich-rechtlichen Anstalten und den Landesmedienanstalten⁵⁷ umgesetzt haben, fehlt es an einer Regelung für die Aufsichtsgremien der privaten Rundfunkanbieter.

Auch mit Blick auf die Gefährdung durch ausländisch gelenkte staatliche Propaganda bietet § 53 Abs. 3 MStV nicht die erforderliche Klarheit: Es bleibt unklar, ob Schutzzweck und Regulierungsniveau im selben Umfang auf ausländische öffentliche und staatliche Stellen im Rahmen der „Entsprechensklausel“ übertragbar ist.

Ein Blick in andere Länder zeigt: Die Gefahren von staatlich gelenkter Einflussnahme und Desinformation sind real und sie nehmen zu. Der Grundsatz der Staatsfreiheit des Rundfunks ist aktueller denn je und damit auch der Auftrag an den Gesetzgeber, der umfassend ist: Alle mittelbaren und subtilen Einflussnahmen des Staates sind zu verhindern. Es ist deshalb jetzt der richtige Zeitpunkt für die einfachgesetzliche Nachschärfung des Gebots der Staatsferne.

57 Wegen Art. 111a BV ist in Bayern auf die staatsferne Gremienbesetzung der BLM abzustellen.

Über die Notwendigkeit der Reform des Medienkonzentrationsrechts

Dirk Schrödter

Die nationale wie internationale Medienlandschaft steckt mitten in einem tiefgreifenden Umbruch. Wir befinden uns im Zeitalter einer fortschreitenden digitalen Transformation von Wirtschaft, Wissenschaft und Gesellschaft. Die Dynamik dieser Transformation nimmt zu. Das gilt auch für die Bedeutung des Internets für die individuelle und öffentliche Meinungsbildung, insbesondere unter jüngeren Mediennutzenden, aber auch immer mehr unter den „silver surfen“. Während die Relevanz der klassischen „nur“ linearen Mediengattungen – Fernsehen und Hörfunk – sowie Print tendenziell rückläufig ist, gewinnen Online-Angebote und dabei insbesondere diejenigen multinationaler, crossmedialer Player – Stichwort Medienintermediäre und „sehr große Online-Plattformen“ – immer weiter an Bedeutung. Damit steigt auch ihre potentielle Meinungsmacht. Die alt hergebrachte Grenzziehung zwischen den „Mediengattungen“, die Formen, Methoden und Techniken der Verbreitung von potenziell meinungsrelevanten Inhalten sowie auch die klassische Abgrenzung zwischen Individualkommunikation auf der einen und Massenkommunikation auf der anderen Seite in Zeiten von Telegram und Co verschwimmen zusehends und sind nicht mehr trennscharf möglich.

Diese Vielfalt der Verbreitungs- bzw. Informationswege und -möglichkeiten, insbesondere im Online-Umfeld, ist ohne Wenn und Aber sowohl für Medienschaffende als auch für Konsumenten eine Chance mehr Meinungsvielfalt zu erleben. Allerdings führt diese Entwicklung im Rahmen der Aufmerksamkeitsökonomie auch zu Überforderung und einem enormen Transformations- und Konsolidierungsdruck auf die bestehenden, „etablierten“ Medienanbieter, die unter diesen veränderten Gegebenheiten sowohl am ökonomischen Markt, aber vor allem – und das ist aus Sicht der Medienpolitik entscheidend – dem „Markt“ der Meinungen als wesentlicher Voraussetzung für eine wohlinformierte, demokratische Öffentlichkeit. Hinzu kommt, dass insbesondere Plattformen und Intermediäre, die im Schwerpunkt nicht originär selbst Medieninhalteanbieter im klassischen

Sinne sind, online teilweise als „Torwächter“ für den Zugang zu solchen Inhalten fungieren. Die Folge: Es droht auch in Deutschland eine Verarmung der Vielfalt an qualitativ hochwertigen Medienangeboten, mindestens jedoch eine beschränkte Zugänglichkeit solcher Inhalte und spiegelbildlich eine weitere Konzentration von Meinungsmacht in den Händen einiger weniger zu führen. Dieser Herausforderung müssen sich alle betroffenen Ebenen stellen. Die Länder bekennen sich daher zu einem in ihrer Verantwortung liegenden zukunftsgerichteten, umfassend und effektiv der Meinungsvielfaltssicherung dienenden Medienkonzentrationsrecht. Das haben sie zuletzt mit ihrer Protokollerklärung zum Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland 2020 dokumentiert.¹ Daran gilt es weiter intensiv zu arbeiten.

Gerade auch Prof. Dr. Gounalakis wurde in den letzten Jahren als langjähriger Vorsitzender der KEK nicht müde, die Notwendigkeit einer grundlegenden Reform des bestehenden, noch fernsehzentrierten Medienkonzentrationsrechts anzumahnen und dafür unermüdlich zu kämpfen, wie der Konzentrationsbericht 2021 der KEK zeigt.² Nur so könne die KEK auch in Zukunft ihrer Rolle gerecht werden und wirklich zur Medienvielfaltssicherung beitragen. Denn Marktverhältnisse und Konzentrationsentwicklungen auch auf Medienmärkten abseits des linearen Fernsehens könnten derzeit *„jedoch nur – in praktisch kaum relevanten – Ausnahmefällen in die medienkonzentrationsrechtliche Prüfung einbezogen werden. Für eine echte und umfassende Medienkonzentrationskontrolle sollte die Prüfkompetenz der KEK auf diese medienrelevanten verwandten Märkte*

-
- 1 Die Protokollerklärung lautet: *„Die Länder setzen sich für ein zukunftsfähiges Medienkonzentrationsrecht ein. Dieses muss den real bestehenden Gefahren für die Meinungsvielfalt wirksam begegnen können. Die Medienmärkte haben in den letzten Jahren eine Öffnung erfahren, die neben dem Fernsehen auch andere Mediengattungen, die möglichen Folgen crossmedialer Zusammenschlüsse und auch solcher auf vor- und nachgelagerten Märkten verstärkt in den Fokus rückt. Ein reformiertes Medienkonzentrationsrecht muss daher alle medienrelevanten Märkte in den Blick nehmen.“*
 - 2 A.a.O.: *„Durch das Internet und den damit verbundenen Wegfall der Frequenzknappheit, durch neue multimediale Dienste und die damit verbundene Änderung des Nutzungsverhaltens muss jedoch auch die Entstehung vorherrschender Meinungsmacht durch diese neuen Entwicklungen ins Auge gefasst werden. Dies ist dringlich geboten. Die enge Beschränkung der Prüftätigkeit der KEK auf das bundesweite lineare Fernsehen greift zu kurz. (...) Schließlich sind aufgrund der im Onlinebereich anzutreffenden marktlichen Besonderheiten die bestehenden Regulierungsansätze und -maßnahmen weiterzuentwickeln. Um Vielfaltsgefährdungen und -beeinträchtigungen zu begegnen, reichen die weitgehend für die analoge Welt entwickelten Ansätze und Werkzeuge nicht aus.“*

im Sinne einer Gesamtmarktbetrachtung daher erweitert werden“ (KEK, Konzentrationsbericht 2021 S. 323).

Es liegt auf der Hand, dass in Zeiten einer umfassenden digitalen Transformation die verfassungsgerichtlich geprägten Maßstäbe für die Beurteilung der Meinungsmacht eines Mediums, nämlich vor allem dessen Aktualität, Suggestivkraft und Breitenwirkung, weder mit Blick auf die Angebotsseite noch die Nutzerzahlen den bisherigen alleinigen Fokus des Medienkonzentrationsrechts aufs Fernsehen wegen dessen „herausragender Stellung“ noch rechtfertigen. Dies zumal das bestehende, fernsehzentrierte Medienkonzentrationsrecht selbst in Bezug auf die originären Adressaten, die bundesweiten Fernsehveranstalter, durch die Rechtsprechung des BVerwG (Urteil vom 29.01.2014 – Az. 6 C 2.13) zum weitgehend „zahnlosen Tiger“ wurde. Der Veränderung der Medienwelt und der für die Meinungsbildung relevanten Bereiche wird daher durch das Medienkonzentrationsrecht mittlerweile nicht mehr angemessen Rechnung getragen. Der Blick muss hier geweitet und die Instrumente müssen an die Realitäten der veränderten Medienlandschaften in Deutschland und Europa angepasst werden – und sie müssen anpassungsfähig bleiben. Denn es ist die verfassungsmäßige Pflicht der Länder, eine effektive Meinungsvielfaltsicherung in den Medien durch wirksame gesetzliche Vorkehrungen zur Verhinderung von vorherrschender Meinungsmacht zu gewährleisten, wie das Bundesverfassungsgericht, u.a. in Bezug auf das damalige Leitmedium Rundfunk, wiederholt betont hat.³

Dieser Verantwortung wollen die Länder, wie bereits ausgeführt, schon seit Langem besser gerecht werden. Hierzu werden Reformansätze erarbeitet. Diese ambitionierten Bestrebungen hat übrigens auch die EU-Kommission wahrgenommen und u.a. im Rechtsstaatlichkeitsbericht 2023 im

3 StRspr., vgl. BVerfG Urteil vom 4.11.1986 - 1 BvF 1/84, NJW 1987, 239: „Für die Kontrolle durch die zur Sicherung der Vielfalt geschaffenen (externen) Gremien und die Gerichte maßgebend ist ein Grundstandard, der die wesentlichen Voraussetzungen von Meinungsvielfalt umfaßt: die Möglichkeit für alle Meinungsrichtungen - auch diejenige von Minderheiten -, im privaten Rundfunk zum Ausdruck zu gelangen, und den Ausschluß einseitigen, in hohem Maße ungleichgewichtigen Einflusses einzelner Veranstalter oder Programme auf die Bildung der öffentlichen Meinung, namentlich die Verhinderung des Entstehens vorherrschender Meinungsmacht. Aufgabe des Gesetzgebers ist es, die strikte Durchsetzung dieses Grundstandards durch materielle, organisatorische und Verfahrensregelungen sicherzustellen.“ sowie Beschluss vom 18.12.1996 - 1 BvR 748/93 u.a., NJW 1997, 1147: „Die Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht ist ein aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG folgendes objektives Gebot, das bei Folgenabwägungen als wichtiger Gemeinwohlbelang berücksichtigt werden muß.“

Länderkapitel Deutschland S. 25, gewürdigt.⁴ Auch Prof. Gounalakis stand dabei den Ländern für den Austausch zu konkreten Reformansätzen mehrfach mit seinem Rat zur Verfügung.

Ziel der Länder ist ein modernes Medienkonzentrationsrecht, das losgelöst von der bisherigen Fernsehzentrierung sowohl die heutigen als auch die zukünftigen Prozesse der Meinungsbildung adressiert. Aufgrund der Erfahrungen mit dem bestehenden fernsehzentrierten Modell soll dieses neue System auch weniger statisch, sondern geeignet sein, dynamischer und sachgerechter auf (Fehl-)Entwicklungen, insbesondere Verengungen beim Angebot von bzw. Zugang zu vielfältigen meinungsbildungsrelevanten Medieninhalten zu reagieren. Dabei sollen künftig im Rahmen einer umfassenden, teilsektorenspezifischen Betrachtung sämtliche meinungsbildungsrelevanten Akteure bzw. „medienrelevante Anbieter“ auf allen Ebenen der Wertschöpfungskette im Rahmen einer dynamischen Bestimmung der jeweils für die Meinungsbildung in Deutschland relevanten Sektoren erfasst werden. An vorab festgelegten starren Schwellenwerten als Maß für die nicht mehr hinzunehmende, weil zu ungleichgewichtige Einflussnahme auf die Meinungsbildung wird nicht mehr festgehalten. Entscheidendes Kriterium könnte der tatsächliche Grad der Einflussnahmemöglichkeiten auf die bundesweite öffentliche und individuelle Meinungsbildung durch ein Verhalten oder die Bedeutung eines medienrelevanten Akteurs auf einem oder mehreren der maßgeblichen Sektoren sein. Damit soll die Meinungsvielfalt und letztlich die freie Meinungsbildung über alle derzeitigen und künftigen Mediengattungen dauerhaft sichergestellt werden.

Dies ist alles andere als profan, sondern angesichts der immer größeren Zersplitterung und zugleich crossmedialen Vernetzung all dieser Sektoren und nicht zuletzt der wesentlichen Rolle von internationalen, außereuropäischen Konzernen, die teils die Rechtshoheit der Europäischen Union geschweige denn Deutschlands praktisch in Frage stellen, ein „sehr dickes Brett“. Zudem existiert(e) trotz der digitalisierungsgetriebenen Umwälzungen der Medienbranche jedenfalls in Deutschland auf Grundlage der verfassungsrechtlichen Gegebenheiten und Traditionen bislang eine – zu Recht – fein austarierte Medienordnung, deren meinungsvielfaltssichernde Rahmenbedingungen die Länder Kraft Verfassungsauftrag geschaffen und

4 Der Rechtsstaatlichkeitsbericht führt aus: „Der Medienstaatsvertrag von 2020 enthielt eine Protokollerklärung der Länder, in der das Ziel vereinbart wurde, einen zukunfts-sicheren Rahmen für die Medienkonzentration zu gewährleisten. Die Länder beraten derzeit über erste Vorschläge für eine Überarbeitung des derzeitigen Rahmens.“

zu gewährleisten haben. Diese Gemengelage ist im Interesse eines effektiven und verhältnismäßigen Gesamtsystems in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Überstürzte, zentralistische „One-Size-Fits-All“-Ansätze ohne Bewusstsein für die tradierten Gegebenheiten vor Ort, verbieten sich deshalb auch bei der Meinungsvielfaltssicherung, insbesondere mittels des Medienkonzentrationsrechts. Daher will gut Ding auch Weile haben.

Medienkonzentrationsrecht: Ein Relikt aus der Zeit des analogen Fernsehens oder eine Notwendigkeit auch für die digitale Medienlandschaft?

Wolfgang Kreißig und Michael Petri

Seit mehr als einem Jahrzehnt¹ und noch verstärkt seit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 2014² zum Veto der KEK zur geplanten Übernahme der ProSiebenSat.1 Media AG durch die Axel Springer AG wird Jahr für Jahr von der Medienpolitik eine Reform des Medienkonzentrationsrechts in Aussicht gestellt oder auch von verschiedenen Stakeholdern, wie insbesondere den Medienanstalten und der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK), gefordert. Dabei haben sich die Begründungen für den Bedarf einer Neuregelung und die angedachten Lösungen allein aufgrund des Zeitlaufs sowie anhaltender Veränderungen der Medienlandschaft immer wieder verändert und weiterentwickelt. Einigkeit besteht allerdings darüber, dass das aktuelle Medienkonzentrationsrecht aufgrund dessen restriktiver Auslegung durch das Bundesverwaltungsgericht weitgehend leerläuft und dass der gegenwärtige fernsehzentrierte Ansatz der Medienkonzentrationskontrolle angesichts einer grundlegend veränderten Mediennutzung anachronistisch erscheint. Der nachfolgende Beitrag gibt einen Überblick über den aktuellen Stand.

I. Einleitung

Meinungsvielfalt und die Möglichkeit zur freien Meinungsbildung sind Grundvoraussetzungen der Demokratie. Eine Demokratie ist geprägt von der Teilhabe und Mitbestimmung der Bürgerinnen und Bürger. Damit die

1 Vgl. <http://www.goldmedia.com/blog/2012/05/ein-bedrohungspotenzial-fur-die-meinungsbildung-interview-mit-martin-stadelmaier-chef-der-staatskanzlei-von-rheinland-pfalz-promedia-mai-2012/> (14.01.2024), wonach schon im Jahr 2012 auf Arbeitsebene ein erster entscheidungsreifer Vorschlag zur Neuordnung des Medienkonzentrationsrechts erarbeitet worden war.

2 BVerwG 6 C 2.13, Urteil vom 29. Januar 2014.

Mitbestimmungsrechte in vollem Umfang wahrgenommen werden können, bedarf es einer breiten Informationsbasis. In den Meinungsbildungsprozess sollen möglichst viele und unterschiedliche Informationen, Standpunkte, Bewertungen und Perspektiven einfließen. Eng verbunden mit dem Gebot der freien Meinungsbildung ist daher das Pluralismusprinzip. In einer modernen Gesellschaft kommt den Medien diesbezüglich eine besondere Bedeutung zu. Medien können ein breites Themenspektrum abbilden, auf Entwicklungen und Hintergründe aufmerksam machen, verschiedene Positionen erläutern oder Beteiligten Raum für Erläuterungen bieten. Öffentliche Aufmerksamkeit erzielt vor allem, was von den Medien aufgegriffen wird. Vor diesem Hintergrund ist eine plurale und vielfältige Medienlandschaft essentiell. Dies gilt insbesondere für den Bereich der Massenmedien. Die Gewährleistung von Medienvielfalt ist insofern eine Grundvoraussetzung für eine freie Meinungsbildung. Dabei bezieht sich Vielfalt einerseits auf das Angebot an unterschiedlichen Perspektiven und Meinungen in der Berichterstattung, andererseits aber auch auf ein Mindestmaß an voneinander unabhängigen Medienangeboten.³

II. Die Rolle des Fernsehens im Medienkonzentrationsrecht

Die Sicherung der Meinungsvielfalt in den Medien ist eine Kernaufgabe des Medienrechts und unterliegt unterschiedlichen Regulierungsansätzen. Unter anderem gilt es zu verhindern, dass bestimmte Gruppen oder einzelne Personen einen zu mächtigen Einfluss auf den Meinungsbildungsprozess erhalten, also so genannte „vorherrschende Meinungsmacht“ erlangen.⁴ Diesen Aspekt greift das Medienkonzentrationsrecht auf, welches in den §§ 59 ff. Medienstaatsvertrag (MStV) geregelt ist. Danach ist es Aufgabe der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK), als Organ der Medienanstalten im Rahmen von Zulassungsverfahren und beieteiligungsveränderungen die bundesweiten Fernsehveranstalter zu-

-
- 3 Vgl. insgesamt dazu vertiefend KEK, Siebter Konzentrationsbericht (2021), Zukunftsorientierte Vielfaltssicherung im Gesamtmarkt der Medien, Kapitel I, Medienkonzentration und Sicherung der Meinungsvielfalt, S. 15 ff.; sowie Stark/Stegmann, Vielfaltssicherung im Zeitalter von Medienintermediären, bidt-Working Paper (2021), S. 12 ff., 27 ff. (m. w. N.).
- 4 BVerfGE 73, 118 (160); vgl. auch Hasebrink, „Meinungsbildung und Kontrolle der Medien“ (2016), in: Bundeszentrale für politische Bildung (Hg.), Dossier Medienpolitik (<https://www.bpb.de/gesellschaft/medien-und-sport/medienpolitik/172240/meinungsbildung-und-kontrolle-der-medien>).

kommende Meinungsmacht zu beurteilen und zu starke Einflussnahmemöglichkeiten auf den Prozess der Meinungsbildung zu verhindern. Das damit verbundene Ziel ist die Sicherung von Anbietervielfalt.

1. Historische Sonderstellung des Fernsehens

Das geltende Medienkonzentrationsrecht reguliert auf der Grundlage verfassungsgerichtlicher Vorgaben die Sicherung von Meinungsvielfalt im bundesweiten privaten Fernsehen. Die besondere Herausstellung des Fernsehens fußt auf der langjährigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 5 des Grundgesetzes (GG).

Das Gericht hat dabei seit jeher die Bedeutung von Rundfunk und Presse als moderne Massenkommunikationsmittel und Faktoren der öffentlichen Meinungsbildung betont. Während sich in Deutschland eine relativ große, unabhängige und inhaltlich vielfältige Presselandschaft entwickeln konnte, sah das Gericht beim Fernsehen dagegen aus technischen Gründen der Frequenzknappheit sowie aus Gründen des mit der Rundfunkveranstaltung verbundenen außergewöhnlich großen finanziellen Aufwandes ein höheres Maß an Vielfaltsgefährdung.⁵

Die herausgehobene Bedeutung des Rundfunks und insbesondere des Fernsehens verband das Bundesverfassungsgericht mit den Kriterien Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft, wobei es das Fernsehen zudem als Leitmedium für die öffentliche Kommunikation und Meinungsbildung einordnete.⁶ Die Breitenwirkung beruhe auf der Reichweite und der Möglichkeit der Beeinflussung großer Bevölkerungsteile. Die Aktualität des Hörfunks und Fernsehens zeige sich darin, dass Inhalte und Ereignisse schnell – mitunter unverzögert – übertragen werden könnten. Die besondere Suggestivkraft des Mediums ergebe sich insbesondere aus der Möglichkeit, Text und Ton sowie beim Fernsehen zusätzlich bewegte Bilder miteinander zu kombinieren. Wegen des dadurch vermittelten Anscheins der Authentizität und des Miterlebens sowie seiner bequemen Verfügbarkeit sei das Fernsehen zu dem Medium geworden, aus dem der größte Teil der Bevölkerung seinen Informationsbedarf decke.⁷

⁵ Vgl. BVerfGE 12, 205 (260 ff.).

⁶ BVerfGE 97, 228 (257).

⁷ Vgl. BVerfGE 31, 314 (325); 90, 60 (87); 97, 228 (256); 103, 44 (74); 114, 371 (387); vgl. auch EGMR, Urteil vom 05.11.2002 - Beschwerde-Nr. 38743/97 - Demuth ge-

2. Die Rolle des Fernsehens in Zeiten der Digitalisierung und Konvergenz

Es ist offensichtlich, dass die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts aus einer anderen, vordigitalen Zeit stammen und die Ausgangsprämissen für die Sonderrolle des Fernsehens unter den Bedingungen der digitalen Massenkommunikation und Plattformökonomie zu hinterfragen sind.

a) Wegfall der Knappheit und Verlust des Alleinstellungsmerkmals der besonderen Wirkkraft

Insbesondere kann von technischen Knappheiten keine Rede mehr sein. Heute kann beispielsweise mit Smartphones und breitbandigen Internetverbindungen praktisch jeder von fast überall aus live Bewegtbilder in vergleichsweise hoher Qualität an einen weiten Empfängerkreis streamen. Auch im professionellen Produktionsbereich sind technische oder finanzielle Gründe heute kaum mehr ein limitierender Faktor für die Erstellung von Bewegtbildern. Auch hinsichtlich der Kriterien Aktualität, Suggestivkraft und Breitenwirkung hat das Fernsehen seine Alleinstellung verloren. Praktisch alle über das Internet verbreiteten Medienangebote stehen bezüglich der Kriterien Aktualität und Suggestivkraft – zumindest von den technischen Voraussetzungen her – mit dem Fernsehen auf einer Stufe oder übertreffen dieses sogar.⁸

b) Mediennutzung: Internet überholt TV

aa) TV-Nutzung rückläufig

Nach Angaben der AGF Videoforschung betrug die durchschnittliche tägliche TV-Sehdauer im Jahr 2023 in der Gesamtbevölkerung ab 3 Jahren 182

gen Schweiz, EuGRZ 2003, S. 488 (491), § 43; Urteil vom 10.07.2003 - Beschwerde-Nr. 44179/98 - Murphy gegen Irland, § 69; st. Rspr.

8 Vgl. auch Wagner, Kommunikation in sozialen Medien und Grundrechte – Zur Drittwirkung der Meinungsfreiheit und Ausgestaltung einer dienenden Medienfreiheit, ZUM 2022, 861 f.

Minuten (2022: 195 Minuten).⁹ Im Vorjahresvergleich verliert TV linear und non-linear signifikant an täglicher Nutzungsdauer bei allen Personen unter 70 Jahren.¹⁰ Die Tendenz bei den TV-Nutzungswerten ist auch im Mehrjahresvergleich deutlich rückläufig. Die Bewegtbildnutzung verschiebt sich immer mehr vom Linearen ins Digitale.¹¹ Das lineare Fernsehen bleibt gleichwohl mit 64 % Tagesreichweite¹² bezogen auf die Gesamtbevölkerung mit Abstand der meistgenutzte Empfangsweg für Bewegtbild.¹³

bb) Mediale Internetnutzung auf dem Vormarsch

Der Fernsehnutzung steht die Nutzungsentwicklung bezogen auf das „mediale Internet“¹⁴ entgegen. In der Hochphase der Corona-Pandemie sind im Jahr 2022 die Nutzungszahlen auf einen vorläufigen Höchstwert gestiegen. Diese Ausnahmesituation hat sich inzwischen wieder normalisiert, was kurzfristig betrachtet zu Rückgängen bei der Nutzungsintensität¹⁵ des medialen Internets sowie der Zahl der Menschen geführt hat, die überhaupt Medien über das Internet nutzen¹⁶. Über alle Altersgruppen hinweg bleiben

9 AGF Videoforschung, Pressemitteilung vom 09.01.2024, „TV-Bilanz 2023“, <https://www.agf.de/service/pressemitteilung/tv-bilanz-2023-deutschland-zwischen-dauerkrise-und-alltagsflucht-180>.

10 Vgl. Ergebnisse der ARD/ZDF-Studie Massenkommunikation Trends und ARD/ZDF-Onlinestudie 2023, siehe dazu Hess/Rhody, „Eine neue Phase in der Nutzung von Bewegtbild“, Media Perspektiven, Heft 24/2023.

11 Vgl. Ergebnisse der ARD/ZDF-Studie Massenkommunikation Trends und ARD/ZDF-Onlinestudie 2023, siehe dazu Hess/Rhody, „Eine neue Phase in der Nutzung von Bewegtbild“, Media Perspektiven, Heft 24/2023; sowie AGF Videoforschung, <https://www.agf.de/service/pressemitteilung/tv-bilanz-2023-deutschland-zwischen-dauerkrise-und-alltagsflucht-180>.

12 Die Tagesreichweite ist der Anteil der TV-Seher an der Gesamtbevölkerung an einem durchschnittlichen Wochentag; siehe <https://www.kek-online.de/medienkonzentration/mediennutzung/fernsehnutzung>.

13 ARD/ZDF-Studie Massenkommunikation Trends und ARD/ZDF-Onlinestudie 2023, siehe dazu Hess/Rhody, „Eine neue Phase in der Nutzung von Bewegtbild“, Media Perspektiven, Heft 24/2023.

14 Die ARD/ZDF-Studie Massenkommunikation fasst unter dem Begriff „Mediales Internet“ die jeweils über das Internet genutzten Kategorien Video, Audio und Text zusammen.

15 139 Minuten pro Tag im Jahr 2023 (- 21 Minuten zum Vorjahr).

16 65% Tagesreichweite für die mediale Internetnutzung (- 7%). Markante Reichweitenrückgänge dabei lediglich in der Gattung Text (- 5%), getrieben von der jungen und mittleren Altersgruppe, zudem verminderte Reichweiten von Musikvideos über

die Werte für Nutzungsdauer und Tagesreichweite des medialen Internets allerdings auf hohem Niveau und liegen fast ausnahmslos über den Werten des Jahres 2021.¹⁷ An einem Durchschnittstag nutzen 65% der Deutschen das mediale Internet (Tagesreichweite Bewegtbild 50%, Audio 37% und Text 36%). Von den unter 30-Jährigen kommen fast alle an einem Durchschnittstag online mit Medieninhalten in Kontakt.¹⁸

Das Alter spielt hinsichtlich der Art und Weise der Mediennutzung eine erhebliche Rolle. Während ab 70-Jährige nur eine gute halbe Stunde pro Tag mit medialen Internetinhalten verbringen, sind dies bei den 14- bis 29-Jährigen durchschnittlich mehr als vier Stunden (257 Minuten).¹⁹ An vorderster Stelle stehen dabei Onlinevideos, die täglich rund zweieinviertel Stunden genutzt werden. Videos und Livestreams im Internet erreichen fast zwei Drittel der Bevölkerung. Wachstumstreiber sind jedoch nicht länger die klassischen Streamingdienste, deren Nutzung nahezu stagniert. Die Videonutzung in Sozialen Medien ist hingegen vor allem in der jüngsten Altersgruppe zuletzt stark angestiegen. Die ursprünglich auf Interaktion ausgelegten Social-Media-Plattformen haben ihren Fokus und die Funktionen angesichts des Erfolgs von TikTok inzwischen stark auf Video ausgerichtet.²⁰

YouTube bei den Jüngeren und von Audio-Livestreams bei den über 50-Jährigen; vgl. ARD/ZDF-Onlinestudie 2023, abrufbar unter <https://www.ard-zdf-onlinestudie.de>, sowie Kupferschmitt/Müller, „ARD/ZDF-Massenkommunikation Trends 2023: Mediennutzung im Intermediavergleich“, Media Perspektiven, Heft 21/2023.

17 Vgl. ARD/ZDF-Onlinestudie 2023, abrufbar unter <https://www.ard-zdf-onlinestudie.de>; Ausnahme: Lediglich die Audionutzung im Internet liegt im Jahr 2023 leicht unterhalb des Wertes aus dem Jahr 2021.

18 ARD/ZDF-Onlinestudie 2023, abrufbar unter <https://www.ard-zdf-onlinestudie.de>, siehe dazu Beisch/Koch, „ARD/ZDF-Onlinestudie: Weitergehende Normalisierung der Internetnutzung nach Wegfall aller Corona-Schutzmaßnahmen“, Media Perspektiven, Heft 23/2023.

19 ARD/ZDF-Onlinestudie 2023, abrufbar unter <https://www.ard-zdf-onlinestudie.de>, siehe dazu Beisch/Koch, „ARD/ZDF-Onlinestudie: Weitergehende Normalisierung der Internetnutzung nach Wegfall aller Corona-Schutzmaßnahmen“, Media Perspektiven, Heft 23/2023.

20 ARD/ZDF-Studie Massenkommunikation Trends und ARD/ZDF-Onlinestudie 2023, siehe dazu Hess/Rhody, „Eine neue Phase in der Nutzung von Bewegtbild“, Media Perspektiven, Heft 24/2023.

cc) Internet schlägt TV bei der informativen Nutzung

Zur Deckung des Informationsbedarfs ist das Internet für die Bevölkerung inzwischen wichtiger geworden als das Fernsehen. Dabei sind unter dem Begriff „Internet“ eine Vielzahl an Anwendungen und Diensten zusammengefasst, bei denen das Internet als Übertragungsweg dient. Von ihrer Bedeutung für die Meinungsbildung sind die Onlinemedien in ihrer Gesamtheit, was die Nutzung und die subjektive Bewertung der Nutzer hinsichtlich der Bedeutung als wichtigstes Informationsmedium²¹ anbelangt, neben das Fernsehen getreten.²² Der Medienvielfaltsmonitor²³ der Medienanstalten zeigt, dass dem Internet seit dem Jahr 2020 das größte Meinungsbildungsgewicht vor dem Fernsehen zukommt.²⁴ Im Intermedia-Vergleich steigt das potenzielle Meinungsbildungsgewicht des Internets dabei zulasten des Fernsehens an. Dabei ist ein klarer Zusammenhang zwischen Alter und Relevanz festzustellen: Je älter die Nutzer sind, desto wichtiger sind Fernsehen und Tageszeitung, je jünger, desto stärker dominiert das Internet als Informationsmedium. In der Altersgruppe ab 50 Jahre liegen Fernsehen und Tageszeitungen noch vor dem Internet, bei den jüngeren Altersgruppen liegt das Internet hingegen deutlich vorn.

III. Digitalisierung und Konvergenz als Gamechanger

Vor dem Hintergrund der dargestellten Entwicklungen wird deutlich, dass die vom Bundesverfassungsgericht getroffenen historischen Aussagen zur Vielfaltssicherung in Verbindung mit dem besonderen Fokus auf das Fernsehen inzwischen überholt sind.

21 Medienvielfaltsmonitor, Ermittlung des Meinungsbildungsgewichts der Mediengattungen auf Basis der Mediengewichtungsstudie; Fragestellung: „Wenn Sie sich über das Zeitgeschehen in Politik, Wirtschaft und Kultur aus Deutschland und aller Welt informieren: Welches Medium ist Ihnen da am wichtigsten?“.

22 Vgl. Medienvielfaltsmonitor 2023 (https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/die_medienanstalten/Forschung/Medienvielfaltsmonitor/Medienvielfaltsmonitor_2023.pdf).

23 <https://medienvielfaltsmonitor.de>.

24 Medienvielfaltsmonitor 2023, S. 27 f. (https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/die_medienanstalten/Forschung/Medienvielfaltsmonitor/Medienvielfaltsmonitor_2023.pdf).

1. Konvergenz der Medien als Ausgangspunkt eines zeitgemäßen Medienkonzentrationsrechts

Zu keiner Zeit war die Vielfalt an Medienangeboten größer und der Informationszugang breiter und einfacher als heute. Das Internet mit Intermediären wie Suchmaschinen, sozialen Netzwerken und Medienplattformen hat die Medienlandschaft stark verändert.

Die bisherigen Gatekeeper-Positionen der klassischen Medien haben sich weitgehend aufgelöst. Das „Agenda setting“, also welche Themen wann und auf welche Weise öffentlich werden, liegt nicht länger allein in ihren Händen. Die klassischen Sende-Empfänger-Strukturen wurden durch die Digitalisierung aufgebrochen.²⁵ Nutzerinnen und Nutzer können online zu jedem denkbaren Thema Beiträge leisten sowie eigene Ideen und Sichtweisen öffentlich mitteilen. Dass über diesen Weg breite gesellschaftliche Debatten entstehen können, zeigen Beispiele wie #MeToo oder #BlackLivesMatter.²⁶ Insbesondere soziale Medien haben für die Rezeption und Verbreitung von (politischen) Informationen und Nachrichten erheblich an Bedeutung gewonnen. Das zeigt sich sowohl auf der Seite der Kommunikatoren, also der Nutzung sozialer Medien durch Nachrichtenanbieter, Politikerinnen und Politiker etc., sowie auf der Empfängerebene, d. h. der Nutzung sozialer Medien zur Informationsgewinnung.²⁷ Über soziale Medien stehen die journalistische Berichtsagenda und die Themenagenda der Mediennutzer in einer stetigen Wechselwirkung. Es schwimmt dabei zunehmend, inwieweit aktuelle Themen durch Medien gesetzt werden („Agenda setting“) oder wie stark sich der Journalismus in der Auswahl der Themen am Publikum orientiert und die von den Nutzenden über soziale

25 Vgl. Landesanstalt für Medien NRW, Debattenmonitor „Vielfalt im Wandel – Medien und Journalismus Weiterentwickeln“, Ausgabe 2, Mai 2021, S. 2.

26 Vgl. Landesanstalt für Medien NRW, Debattenmonitor „Vielfalt im Wandel – Medien und Journalismus Weiterentwickeln“, Ausgabe 2, Mai 2021, S. 4.

27 Kämpel/Rieger, „Kann Instagram auch Politik? Beeinflussung der Informationsnutzung und Effekte für die Meinungsbildung durch politische Inhalte“ (2020), S. 11 (<https://www.kas.de/documents/252038/7995358/Kann+Instagram+auch+Politik.pdf/e8c04db5-0be9-101f-12d6-1b57dd64add3?version=1.0&t=1597911238796>); vgl. auch Wagner, Kommunikation in sozialen Medien und Grundrechte – Zur Drittwirkung der Meinungsfreiheit und Ausgestaltung einer dienenden Medienfreiheit, ZUM 2022, 861 m.w.N.

Medien eingebrachten Themen in diesen Kreislauf einwirken („Agenda gettig“).²⁸

2. Vielfaltsgefährdung im digitalen Zeitalter

Trotz dieser unter Vielfaltsgesichtspunkten grundsätzlich positiv zu bewertenden Entwicklungen bestehen auch weiterhin Gefährdungen für die Medienvielfalt. Hierbei lohnt sich zum einen ein genauerer Blick „hinter die Kulissen“ der digitalen Vielfalt, die nicht ganz so offen und stabil ist, wie es auf den ersten Blick erscheinen mag. Zum anderen ist das Fernsehen auch weiterhin ein sehr wirkmächtiges Medium, das aus Vielfaltsgesichtspunkten nicht ohne weiteres ganz sich selbst überlassen werden kann.

a) Bundesverfassungsgericht: Netz- und Plattformökonomie als Konzentrationsbeschleuniger

So hat das Bundesverfassungsgericht bereits 1996 ausdrücklich festgestellt, dass nicht ersichtlich sei, dass das Gebot der Vielfaltsicherung durch neuere (technische) Entwicklungen an Gewicht verlieren könnte.²⁹ Vielmehr würden die Wirkungsmöglichkeiten des Rundfunks zusätzliches Gewicht dadurch gewinnen, dass die neuen Technologien eine Vergrößerung und Ausdifferenzierung des Angebots und der Verbreitungsformen und Verbreitungswege gebracht sowie neuartige programmbezogene Dienstleistungen ermöglicht hätten.

Das Gericht hat diese Auffassung nochmals im Jahr 2018 bestätigt und in seine Begründung die Entwicklungen in den Bereichen Netz- und Plattformökonomie sowie Algorithmen einbezogen: Allein der Umstand eines verbreiterten Angebots privaten Rundfunks und einer Anbietervielfalt führe für sich noch nicht zu Qualität und Vielfalt im Rundfunk. Die Digitalisierung der Medien und insbesondere die Netz- und Plattformökonomie des Internet einschließlich der sozialen Netzwerke begünstigten – im Gegenteil – Konzentrations- und Monopolisierungstendenzen bei Anbietern, Verbreitern und Vermittlern von Inhalten. Seien Angebote zum größten Teil

28 Renger/Aichberger/Kirchhoff/Schätz/Kerbe/Summerer/Reifenauer-Renger, „Work in P(rog)ress. Neue Nachrichten- und Arbeitsprozesse im österreichischen Journalismus“, Universität Salzburg 2019, Kurzbericht S. 6.

29 BVerfGE 95, 163, 172 f., DSF-Beschluss vom 18. Dezember 1996.

werbefinanziert, förderten sie den publizistischen Wettbewerb nicht unbedingt; auch im Internet könnten die für die Werbewirtschaft interessanten größeren Reichweiten nur mit den massenattraktiven Programmen erreicht werden. Hinzu komme die Gefahr, dass – auch mit Hilfe von Algorithmen – Inhalte gezielt auf Interessen und Neigungen der Nutzerinnen und Nutzer zugeschnitten würden, was wiederum zur Verstärkung gleichgerichteter Meinungen führe. Solche Angebote seien nicht auf Meinungsvielfalt gerichtet, sondern würden durch einseitige Interessen oder die wirtschaftliche Rationalität eines Geschäftsmodells bestimmt, nämlich die Verweildauer der Nutzenden auf den Seiten möglichst zu maximieren und dadurch den Werbewert der Plattform für die Kunden zu erhöhen. Insoweit seien auch Ergebnisse in Suchmaschinen vorgefiltert und teils werbefinanziert, teils von „Klickzahlen“ abhängig. Zudem würden verstärkt nicht-publizistische Anbieter ohne journalistische Zwischenaufbereitung auftreten.³⁰

b) Vielfaltskritische Effekte aus Praxissicht

Die vom Bundesverfassungsgericht angeführten fortbestehenden oder neuen potenziellen Vielfaltsbeeinträchtigungen können mit Beispielen untermauert werden, die den bereits erwähnten positiven Vielfaltsaspekten der Digitalisierung gegenüberstehen.

aa) Die Knappheit der Aufmerksamkeit

Anstelle der technischen Knappheit ist die begrenzte Aufmerksamkeitsspanne der Nutzenden getreten. Die Mediennutzungszeit befindet sich zwar insgesamt auf einem hohen Niveau, sie ist dennoch pro Nutzerin und Nutzer begrenzt. Durch die enorme Vergrößerung der Anzahl von „Sendern“ von Inhalten und Informationen im Onlinebereich ist ein verschärfter Kampf um die Aufmerksamkeit der Nutzenden und die damit verbundenen Monetarisierungschancen entstanden.³¹ Hierdurch geraten mitunter

30 BVerfGE 149, 222, 261 f., Rundfunkbeitragsurteil vom 18. Juli 2018.

31 Vgl. z. B. Kerstin Niederauer-Kopf, CEO der AGF Videoforschung: „Der Mensch hat letztlich kein unendliches Medienzeitbudget und dieses verteilt sich aufgrund der immer stärker fortschreitenden intra- und intermedialen Fragmentierung mittlerweile auf mehrere Mediengattungen und auch Angebotsformen“, AGF-Pressemitteilung

auch etablierte Medienkonzerne unter Druck, denn auch sie konkurrieren letztlich mit sämtlichen Online-Angeboten, seien es Beiträge auf Plattformen wie Instagram, YouTube, Netflix, Amazon etc. Im Jahr 2022 konnten beispielsweise vier von fünf Zeitungsverlagen mit ihren Digitalerlösen die fortgesetzten Auflagenrückgänge bei den gedruckten Zeitungen noch nicht ausgleichen.³² Auch für große Medienhäuser wie ProSiebenSat.1 und RTL verschärft der Wandel in der Mediennutzung die Lage. Big-Tech-Unternehmen erhöhen zusätzlich den Druck in journalistischer wie in ökonomischer Hinsicht.³³ Dies hat mitunter unmittelbar und mittelbar Auswirkungen auf die Inhalte. Über verschiedene Medientypen hinweg ist zu beobachten, dass das Streben nach höheren Nutzungs- und Zugriffszahlen die Ressourcenverteilungen beeinflussen und die Themenauswahl und -darstellung verändern kann.³⁴ Die Konkurrenzsituation und das hohe „Online-Tempo“ im Hinblick auf aktuelle Meldungen, Reaktionen auf Ereignisse sowie die Aktualisierungsrate von neuen Beiträgen tragen unter anderem dazu bei, dass sich Medien und ihre Inhalte teilweise angleichen.³⁵

bb) Informationsüberflutung

Ein neues Phänomen im Zusammenhang mit der hohen Anbietervielfalt ist eine zunehmende Nachrichtenmüdigkeit, auch als „News Fatigue“ oder „News Avoidance“ bezeichnet. Immer mehr Menschen vermeiden

vom 09.01.2024 zur TV-Bilanz 2023, <https://www.agf.de/service/pressemitteilung/tv-bilanz-2023-deutschland-zwischen-dauerkrise-und-alltagsflucht-180> (30.01.2024).

32 Der Tagesspiegel, „Trendumfrage unter Zeitungsverlagen: Die Zeichen stehen auf Aufbruch und Innovation“, Online-Artikel vom 07.02.2023, abrufbar unter <https://www.tagesspiegel.de/kultur/trendumfrage-unter-zeitungsverlagen-die-zeichen-stehen-auf-aufbruch-und-innovation-9304790.html> (30.01.2024).

33 FAZ, „Brandbrief an die Länder: Das duale Rundfunksystem gerät aus den Fugen“, Artikel vom 26.07.2023.

34 Fürst, „Popularität statt Relevanz? Die journalistische Orientierung an Online-Nutzungsdaten“, in Mämecke/Passoth/Wehner, „Bedeutende Daten. Modelle, Verfahren und Praxis der Vermessung und Verdattung im Netz“, (2018), S. 171-204.

35 Vgl. z. B. Jarren, „Die Medienpolitik ist am Zug. ‚News Avoidance‘ ist eine Folge der Medienkrise“, in: epd medien, 2023, Heft 47, S. 3-7; ebenso Hess/Reiter/Adolf, „More of the same“ oder digitales Stimmungsbarometer? Soziale Netzwerke als Plattformen politischer Debatten und ihre Relevanz für Mediennutzer:innen und Journalist:innen“ (April 2023), Beitrag im Rahmen des 16. Forschungsforums der österreichischen Fachhochschulen an der FH St. Pölten.

Nachrichten bewusst oder schränken ihren Nachrichtenkonsum ein.³⁶ Als Gründe hierfür werden ein Nachrichtenüberangebot, eine Ausspielung von Meldungen über alle Verbreitungswege und Plattformen sowie die Krisenberichterstattung genannt. Auf Seiten der Nutzenden führe dies zu Themenverdruss, Schlagzeilenstress und einem „Überall-das-gleiche“-Eindruck. Negative Folgen habe dies insbesondere für den Journalismus, indem Akzeptanz, Nutzung und Zahlungsbereitschaft zurückgingen, aber auch für die Gesellschaft insgesamt durch den damit verbundenen Verlust der gemeinsam geteilten Themen- und Wissensordnung sowie durch negative Auswirkungen auf den sozialen Zusammenhalt und die Befähigung zur politischen Teilhabe und Teilnahme.³⁷

cc) Plattform-Optimierung

Ein zusätzlicher negativer Effekt im Hinblick auf die Konkurrenz um Aufmerksamkeit ist, dass plattformabhängig spezifische „Klick-Auslöser“ (sog. „Trigger“) gesetzt werden. Bei Instagram herrscht beispielsweise ein starker, oftmals auf ästhetisierte und/oder inszenierte Bilder gerichteter Fokus. Dieser kann dazu führen, dass sich die Themenauswahl nicht in erster Linie nach der Relevanz, sondern nach der Darstellbarkeit auf der Plattform („Instagramability“) richtet.³⁸ Ein weiteres Beispiel für die Anpassung an die Plattformumgebung ist die Abhängigkeit von guten Platzierungen bei Suchmaschinen – im Wesentlichen der Google-Suche. Hierbei spielen Maßnahmen zur Suchmaschinenoptimierung (kurz „SEO“, search engine optimization) eine wesentliche Rolle. SEO-Maßnahmen können im Wesentlichen in drei Kategorien unterteilt werden: On-Page, Off-Page und technische SEO.³⁹ Die On-Page-Optimierung umfasst alle Faktoren,

36 Vgl. Behre/Hölig/Möller, Reuters Institute Digital News Report 2023 – Ergebnisse für Deutschland, Hrsg.: Leibniz-Institut für Medienforschung | Hans-Bredow-Institut (HBI), Juni 2023; ebenso Jarren, „Die Medienpolitik ist am Zug. ‚News Avoidance‘ ist eine Folge der Medienkrise“, in: epd medien, 2023, Heft 47, S. 3-7.

37 Jarren, „Die Medienpolitik ist am Zug. ‚News Avoidance‘ ist eine Folge der Medienkrise“, in: epd medien, 2023, Heft 47, S. 3-7.

38 Kümpel/Rieger, „Kann Instagram auch Politik? Beeinflussung der Informationsnutzung und Effekte für die Meinungsbildung durch politische Inhalte“, Studie der Konrad-Adenauer-Stiftung (2020), S. 31.

39 Veglis/Karypidou/Giomelakis, „SEO inside Newsrooms: Reports from the Field“, in: Veglis/Giomelakis, Search Engine Optimization (2019), S. 65.

die direkt mit dem Inhalt einer Website zusammenhängen. Beobachtungen haben gezeigt, dass Journalistinnen und Journalisten mitunter ihre Nachrichtenagenda und die Art und Weise, wie sie schreiben, ändern, um bessere Platzierungen in Suchmaschinen zu erreichen (sog. „SEO writing“).⁴⁰ Dies umfasst u. a. die Verwendung SEO-freundlicher Titel, das Einfügen relevanter Schlüsselwörter in die ersten Absätze oder das Layout.⁴¹ So geht beispielsweise die Verwendung von zwei Überschriften bei Online-Artikeln auf SEO zurück.⁴²

dd) Vielfaltsgefährdungen durch KI

Die jüngeren Entwicklungen im Bereich KI haben ebenfalls das Potenzial, einen Einfluss auf die mediale Vielfalt zu nehmen. Neben Chancen für einen besseren Informationszugang, positiven Effekten für den Journalismus und insgesamt einer Vielfaltserweiterung bergen KI-Anwendungen gleichermaßen aber auch Risiken für die Vielfalt:

- KI-gesteuerte Empfehlungs- und Filtersysteme können stark personalisierte Medieninhalte und Informationsräume schaffen und damit zur Entstehung von medialen Filterblasen beitragen.⁴³
- Die Konzentration von Daten bei wenigen Tech-Unternehmen beschleunigt auch potentiell die mediale Konzentration. Die Sammlung, Speicherung, Auswertung und Reproduktion von Daten durch Plattform- und KI-Unternehmen ist nur wenigen Nutzern bewusst.⁴⁴ Die aggregierten Daten werden verkauft (z. B. zu Werbezwecken), dienen als Referenzgröße für neue Inhalte und Produkte oder werden als „Trainingsdaten“

40 Veglis/Karypidou/Giomelakis, „SEO inside Newsrooms: Reports from the Field“, in: Veglis/Giomelakis, *Search Engine Optimization* (2019), S. 66.

41 Vgl. Beel/Gipp/Wilde, *Academic Search Engine Optimization (ASEO): Optimizing Scholarly Literature for Google Scholar & Co.*, in: *Journal of Scholarly Publishing*, 1/2010.

42 Veglis/Karypidou/Giomelakis, „SEO inside Newsrooms: Reports from the Field“, in: Veglis/Giomelakis, *Search Engine Optimization* (2019), S. 65 f.

43 Enquete-Kommission „Künstliche Intelligenz“ des Deutschen Bundestages, Projektgruppe „KI und Medien“, Abschlussbericht, S. 405.

44 Enquete-Kommission „Künstliche Intelligenz“ des Deutschen Bundestages, Projektgruppe „KI und Medien“, Abschlussbericht, S. 405

zur (weiter)Entwicklung von KI-Anwendungen benutzt⁴⁵. Gerade hierfür ist der Zugriff auf große Datenmengen erforderlich.⁴⁶ Datensätze fallen umso umfangreicher an, je stärker ein Angebot genutzt wird. In der Folge stehen den großen Plattformunternehmen auch die größten Datensätze zur Verfügung, weshalb KI insofern als Konzentrationsbeschleuniger wirkt.⁴⁷ Auch ist die Hebelwirkung des Einsatzes von KI bei Empfehlungssystemen evident und stärkt insbesondere Intermediäre in den Medienmärkten, selbst wenn diese keine eigenen medialen Inhalte anbieten.⁴⁸

- Zu wenig diverse oder fehlerhafte Trainingsdaten können zu einer „Voreingenommenheit“ des Algorithmus führen (sog. „Algorithmic Bias“ oder „Unconscious Bias“). Hierdurch können Diskriminierungen von bestimmten Personengruppen oder Minderheiten durch KI-Systeme verursacht werden.⁴⁹ Insgesamt sind die Prozesse innerhalb von KI-Systemen weder für Nutzende noch für die Aufsichtsbehörden transparent und verständlich.⁵⁰

45 Meta hatte Anfang Juni 2024 angekündigt, seine Datenschutzerklärung anzupassen, um zukünftig Bilder, Texte und geteilte Informationen der Anwenderinnen und Anwender ihrer Plattformen wie Facebook und Instagram zu KI-Trainingszwecken nutzen zu können: vgl. <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/digitales/verbraucherzentrale-meta-ki-training-100.html>

46 Siehe z. B. Harlan/Brunner, „Der Rohstoff der KI sind wir“, BR-Online-Artikel vom 07.07.2023 (<https://interaktiv.br.de/ki-trainingsdaten/>).

47 Enquete-Kommission „Künstliche Intelligenz“ des Deutschen Bundestages, Projektgruppe „KI und Medien“, Abschlussbericht, S. 406; 25. Jahresbericht der KEK, S. 20.

48 Enquete-Kommission „Künstliche Intelligenz“ des Deutschen Bundestages, Projektgruppe „KI und Medien“, Abschlussbericht, S. 405.

49 Lernen Wie Maschinen – Blog über KI, maschinelles Lernen & Robotik, „Was ist algorithmische Voreingenommenheit (Algorithmic Bias)?“ (Stand: 23.11.2022; <https://www.lernen-wie-maschinen.ai/ki-pedia/was-ist-algorithmische-voreingenommenheit-algorithmic-bias/> (30.01.2024)).

50 Enquete-Kommission „Künstliche Intelligenz“ des Deutschen Bundestages, Projektgruppe „KI und Medien“, Abschlussbericht, S. 405.

- Phänomene wie gezielte Desinformationskampagnen (Fake News), Deepfakes⁵¹, Hatespeech, Social Bots und Shitstorms gefährden offene Meinungsbildungsprozesse.⁵²

IV. Medienstaatsvertrag als (noch unvollständige) Reaktion der Länder

Die Länder haben auf die genannten Entwicklungen reagiert und den am 7. November 2020 in Kraft getretenen Medienstaatsvertrag als Nachfolge des Rundfunkstaatsvertrages verabschiedet. Der Medienstaatsvertrag ist die Antwort der Länder als Mediengesetzgeber auf zentrale Fragen und Herausforderungen einer digitalisierten Medienwelt. In der Einleitung zur amtlichen Begründung haben die Länder dabei im Hinblick auf ihre Verpflichtung zur Schaffung und Ausgestaltung einer „positive Ordnung“ zum Schutz und zur Förderung publizistischer Vielfalt sowie der fortbestehenden Notwendigkeit einer solchen Ordnung auch angesichts der fortschreitenden Digitalisierung und den damit verbundenen Möglichkeiten explizit auf die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in dessen Rundfunkbeitragsurteil⁵³ vom 18. Juli 2018 bezogen.⁵⁴

Mit dem Medienstaatsvertrag wurden neue Regelungen insbesondere zur Transparenz und Diskriminierungsfreiheit für Medienplattformen, Benutzeroberflächen und erstmals auch für Medienintermediäre wie Suchmaschinen und soziale Netzwerke getroffen.⁵⁵ So müssen Intermediäre nach den neuen Transparenz- und Diskriminierungsfreiheitspflichten of-

51 In der Regel durch den Einsatz künstlicher Intelligenz erstellte oder manipulierte Bild-, Audio- oder Videoinhalte, die eine von der Realität abweichende Inszenierung zeigen. Gegenstand sind meist Äußerungen, Handlungen oder Situationen mit real existierenden Personen, die diese in Wahrheit nicht getätigt haben bzw. die so nicht stattgefunden haben.

52 Vgl. Neuberger, „Was erwartet die Gesellschaft vom Internet – und was erhält sie? Ein normativer Kompass für Gestaltung und Regulierung“, Konrad-Adenauer-Stiftung (2018); Enquete-Kommission „Künstliche Intelligenz“ des Deutschen Bundestages, Projektgruppe „KI und Medien“, Abschlussbericht, u.a. S. 517. Für weitere Aspekte potenzieller Gefährdungen der Meinungsvielfalt wird auf den Siebten Konzentrationsbericht der KEK, Kapitel I, verwiesen.

53 BVerfGE 149, 222, 261 f.

54 Siehe dazu oben unter 2. a); vgl. Begründung zum Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland, S. 2 f. (https://rundfunkkommission.rlp.de/fileadmin/rundfunkkommission/Dokumente/Medienstaatsvertrag/ModStV_Begru__ndung.pdf).

55 §§ 78 ff. MStV.

fenlegen, nach welchen Kriterien sie Inhalte selektieren und präsentieren, dürfen journalistisch-redaktionell gestaltete Angebote nicht systematisch diskriminieren⁵⁶ und auch Social Bots sind neuerdings zu kennzeichnen⁵⁷. Die Vorschriften sollen dem Schutz der Meinungsvielfalt in der konvergenten Medienwelt dienen.

Das überkommene Medienkonzentrationsrecht mit seiner Fokussierung auf das lineare Fernsehen wurde dagegen unverändert aus dem alten Gesetz übernommen und noch nicht an die Veränderungen der Medienmärkte und neue Gefährdungslagen angepasst. Die Länder haben in ihrer Protokollerklärung zum Medienstaatsvertrag aber ausdrücklich festgehalten, sich für ein zukunftsfähiges Medienkonzentrationsrecht einsetzen zu wollen: Die Länder sind sich einig, dass die Anpassung des Rechtsrahmens an die digitale Transformation mit dem Medienstaatsvertrag nicht abgeschlossen ist. Sie werden weitergehende Reformvorschläge erarbeiten und haben dazu Arbeitsgruppen eingerichtet. Eines der Themenfelder ist dabei ausdrücklich das Medienkonzentrationsrecht. Hierzu haben die Länder erklärt, sich für ein zukunftsfähiges Medienkonzentrationsrecht einzusetzen. Dieses müsse den real bestehenden Gefahren für die Meinungsvielfalt wirksam begegnen können. Die Medienmärkte hätten in den letzten Jahren eine Öffnung erfahren, die neben dem Fernsehen auch andere Mediengattungen, die möglichen Folgen crossmedialer Zusammenschlüsse und auch solcher auf vor- und nachgelagerten Märkten verstärkt in den Fokus rücke. Ein reformiertes Medienkonzentrationsrecht müsse daher alle medienrelevanten Märkte in den Blick nehmen.⁵⁸

V. Europäische Ansätze zu einem Medienkonzentrationsrecht durch den European Media Freedom Act

Am 26. März 2024 hat der Rat der Europäischen Union den European Media Freedom Act (EMFA) beschlossen. Mit dem neuen Medienfreiheitsgesetz sollen künftig die Unabhängigkeit der Medien und der Medienpluralismus in der EU besser geschützt werden. Dabei soll das Medienfreiheits-

56 §§ 93, 94 MStV.

57 § 18 Abs. 3 MStV.

58 Protokollerklärung aller Länder zum Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland vom 29. Juli 2020; Abgedruckt z. B. im Gesetzblatt für Baden-Württemberg, Nr. 22 vom 7. Juli 2020.

gesetz unter anderem sicherstellen, dass die Mitgliedstaaten ein Verfahren vorsehen, um die Auswirkungen erheblicher Medienmarktkonzentrationen auf den Medienpluralismus und die redaktionelle Unabhängigkeit im Wege einer Prüfung des Medienpluralismus zu bewerten.⁵⁹

Entsprechend sieht Art. 22 Abs. 1 des EMFA vor, dass die Mitgliedstaaten in ihren nationalen Rechtssystemen materiell- und verfahrensrechtliche Vorschriften vorzusehen haben, die eine Bewertung von Zusammenschlüssen im Medienmarkt gewährleisten, die sich erheblich auf den Medienpluralismus und die redaktionelle Unabhängigkeit auswirken könnten. Dabei wird ausdrücklich bestimmt, dass sich diese Bewertung von den wettbewerbsrechtlichen Bewertungen nach europäischem und nationalem Recht, einschließlich derjenigen, die in den Fusionskontrollvorschriften vorgesehen sind, unterscheidet, Art. 22 Abs. 1 Satz 3 EMFA. Entsprechende Zusammenschlussvorhaben sind gemäß Art. 22 Abs. 1 Satz 2 Buchst. b) EMFA an die zuständigen nationalen Regulierungsbehörden oder -stellen zu melden und von diesen zu bewerten. In Deutschland wären die zuständigen Stellen die Landesmedienanstalten bzw. die KEK.⁶⁰

Des Weiteren regelt der EMFA, welche Elemente bei der Bewertung zu berücksichtigen sind, wie etwa die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Medienpluralismus, einschließlich seiner Folgen für die Bildung der öffentlichen Meinung und die Vielfalt der Medienakteure auf dem Markt, unter Berücksichtigung des Online-Umfelds und der Interessen oder Tätigkeiten der Parteien im Zusammenhang mit anderen Medien- oder Nichtmedienunternehmen und ihre Verbindungen mit diesen, Art. 22 Abs. 2 Buchst. a) EMFA. Zur Konkretisierung dieser Prüfkriterien wird die Kommission mit Unterstützung der nunmehr im Europäischen Gremium für Mediendienste zusammengeschlossenen europäischen Regulierungsbehörden Leitlinien herausgeben, Art. 22 Abs. 3 EMFA. Unklar bleiben hingegen die konkreten Konsequenzen im Falle der Feststellung eines Einflusses eines Unternehmenszusammenschlusses im Medienbereich auf den Medienpluralismus. Hier sieht der EMFA lediglich Konsultationsverfahren und Stellungnahmemöglichkeiten des Europäischen Gremiums für Mediendienste und der EU-Kommission vor, Art. 22 Abs. 4 bis 6, 23 EMFA.

59 <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2024/03/26/european-media-freedom-act-council-adopts-new-rules-to-protect-journalists-and-media-providers/> (16.07.2024).

60 Cole/Ukrow, Präsentationsfolien des Instituts für Europäisches Medienrecht (EMR) zum EMFA-E, S. 32, abrufbar unter <https://emr-sb.de/wp-content/uploads/2022/10/21017EMFA-1.pdf> (15.01.2024).

Der EMFA könnte durchaus Auswirkungen auf die Fortentwicklung des Medienkonzentrationsrechts in Deutschland haben. Zwar beinhaltet der Medienstaatsvertrag bereits detaillierte medienkonzentrationsrechtliche Regelungen in Bezug auf das Fernsehen. Auch sieht § 42 Abs. 5 GWB bereits eine Einbeziehung der KEK als zuständige Stelle bei der Bewertung von Unternehmenszusammenschlüssen im Bereich der bundesweiten Verbreitung von Fernsehprogrammen durch private Veranstalter durch das Bundeskartellamt vor und gewährt eine entsprechende Stellungnahmemöglichkeit.⁶¹ Der EMFA zielt allerdings ausdrücklich auf eine breiter angelegte Bewertung von Zusammenschlüssen „im Medienbereich“, etwa unter Einbeziehung des Online-Umfelds, was das überkommene fernsehkonzentrierte Medienkonzentrationsrecht im MStV sowie die entsprechend zugeschnittene kartellrechtliche Einbeziehungs- sowie die Kooperationsklauseln in den §§ 42 Abs. 5, 50 f Abs. 2 GWB derzeit nicht hergeben. Auch dürfte damit die im Zusammenhang mit der Diskussion über eine Reform des Medienkonzentrationsrechts immer mal wieder mitschwingende Lösung einer Konzentrationsprüfung ausschließlich im Rahmen des Kartellrechts der Boden entzogen sein. Dies kommt insbesondere dadurch zum Ausdruck, dass der EMFA ein separates Verfahren zur Bewertung eines Zusammenschlusses mit Blick auf den Medienpluralismus neben der wettbewerbsrechtlichen Bewertung verlangt.

VI. Ansätze für eine Reform des Medienkonzentrationsrechts in Deutschland

Es besteht Einigkeit darüber, dass der gegenwärtige fernsehzentrierte Ansatz der Medienkonzentrationskontrolle mit Blick auf die jüngeren Entwicklungen im Medienbereich anachronistisch erscheint.⁶² Zudem laufen

61 Diese Regelungen waren in der in 2015 eingesetzten Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz in Aussicht genommen worden: Vgl. Abschlussbericht der Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz vom Juni 2016, S. 22.

62 Vgl. z. B. Interviews mit den KEK-Vorsitzenden Müller-Terpitz (promedia, Ausgabe 3/2015) und Gounalakis (promedia, Ausgabe 06/2017 und Ausgabe 09/2018, sowie vom 28.01.2020 auf [medienpolitik.net](https://www.medienpolitik.net), „Den Worten müssen Taten folgen“, abrufbar unter <https://www.medienpolitik.net/2020/01/den-worten-muessen-taten-folgen/>); ebenso Beitrag des Chefs der Staatskanzlei Schleswig-Holstein, Staatssekretär Schrödter, vom 11.12.2018, „Meinungsvielfalt in Deutschland sichern: Staatssekretär Schrödter für grundlegende Reform des Medienkonzentrationsrechts“ (<https://www.>

die aktuellen konzentrationsrechtlichen Regelungen wegen der restriktiven Auslegung des Bundesverwaltungsgerichts weitgehend leer.⁶³ Mit Einführung der Transparenz- und Nichtdiskriminierungspflichten durch den MStV hat der Gesetzgeber erkannt, dass insbesondere Medienintermediäre wegen ihrer Einflusspotenziale im Rahmen der Sicherung der Vielfalt zu berücksichtigen sind. Das Gesamtbild zur Betrachtung des Einflusses auf die Meinungsbildung soll aber das Medienkonzentrationsrecht zeichnen. Hier wurde bislang versäumt, Medienintermediäre und andere digitale Medienanbieter in die Überlegungen zur zukünftigen Ausgestaltung des Medienkonzentrationsrechts entsprechend ihrer Bedeutung für die Meinungsvielfalt einzubeziehen.⁶⁴ Aus dem gesetzlichen Gestaltungsauftrag im Bereich der Rundfunkordnung erwächst daraus gegenüber dem Gesetzgeber aufgrund des ersichtlichen Vorliegens von Hinweisen auf eine mögliche Gefährdung der Freiheitlichkeit der öffentlichen und individuellen Meinungsbildung eine Handlungspflicht.⁶⁵

Die notwendige Reform des Medienkonzentrationsrechts steht daher zu Recht weiter auf der Agenda der Länder.⁶⁶ Die große Herausforderung besteht darin, die vorbeschriebenen, im Onlinebereich auftretenden potenziell vielfaltsgefährdenden Entwicklungen regulatorisch zu erfassen. Dabei muss einerseits ein inhomogenes Feld an Gefährdungslagen mit ganz unterschiedlichen Konstellationen und Akteuren abgedeckt werden und gleichzeitig so konkret gefasst werden, dass Rechtssicherheit gewährleistet und dem Bestimmtheitsgebot genüge getan ist. Andererseits existiert für den Bereich des linearen Fernsehens bereits ein ausgefeiltes, mit Zuschaueranteils Grenzen und Bonuspunkten unterlegtes System zur Feststellung vorherrschender Meinungsmacht, das aktuell nicht nur den beiden großen Sendergruppen RTL und ProSiebenSat.1 den Status einer medienkonzent-

schleswig-holstein.de/DE/Landesregierung/I/Presse/PI/2018/CdS/181211_cds_kek_m edienkonzentration.html).

63 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 29.01.2014, Az.: 6 C 2.13; vgl. hierzu die ausführlichen Darstellungen im Konzentrationsbericht der KEK, 2015, S. 460 f. und im 17. Jahresbericht der KEK, 2013/2015, S. 143 f.

64 Vgl. KEK, 21. Jahresbericht 2018/2019, S. 29.

65 Vgl. Schulz/Dreyer, Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines Medienstaatsvertrags der Länder (2018), S. 17.

66 Nach den Ergebnissen der zwischen dem 3. und 12. Januar 2024 auf www.medienpolitik.net veröffentlichten Umfrage bei den im Länderkreis Verantwortlichen zu den wichtigsten medienpolitischen Themen des Jahres 2024 wird die Reform des Medienkonzentrationsrechts allerdings nur ganz vereinzelt genannt, während der klare Fokus im Übrigen bei der Reform des öffentlich-rechtlichen Rundfunks liegt.

trationsrechtlich unbedenklichen Stellung im Meinungsmarkt bescheinigt, sondern ebenfalls die bestehenden Fensterprogramme und Sendezeiten für Dritte absichert und damit großen Beharrungskräften unterliegen dürfte.

Es dürfte daher ein politischer Kompromiss notwendig sein, um dieses sowohl für den Gesetzgeber als auch für die zuständigen Regulierungsbehörden komplexe Vorhaben in die Umsetzung zu bringen. Die federführende Staatskanzlei Schleswig-Holstein hatte bereits im Januar 2023 den Entwurf einer Reform des Medienkonzentrationsrechts angekündigt.⁶⁷ Im Jahr 2024 heißt es nun, dass bereits ein Diskussionsentwurf erarbeitet worden sei, welcher neben der Betrachtung des Fernsehens auch alle weiteren Sektoren einbezieht, welche Einfluss auf die Meinungsbildung haben. Es würden weitere ausführliche Gespräche und Diskussionen, auch mit Expertinnen und Experten sowie die Befassung der Rundfunkkommission folgen. Ziel sei eine grundlegende strukturelle und zukunftsfähige Umgestaltung des Medienkonzentrationsrechts zur Sicherung einer freien individuellen und öffentlichen Meinungs- und Willensbildung unter gleichzeitiger Einhaltung der Programmautonomie der Anbieter. Dabei müssten sowohl die heutigen als auch die zukünftigen Prozesse der Meinungsbildung so adressiert werden, dass die Meinungsvielfalt und damit letztlich die freie Meinungsbildung über alle derzeitigen und künftigen Mediengattungen hinweg dauerhaft sichergestellt seien.⁶⁸

Die wiederholten politischen Befassungsschleifen der letzten Jahre zeigen die besondere Schwierigkeit des Vorhabens, das im Ergebnis den sehr heterogenen Erwartungen aus Politik und Branche gerecht werden soll. Ein erster Schritt könnte daher die Etablierung eines institutionalisierten Gefährdungsberichts sein, der die verschiedenen für die Meinungsbildung relevanten Sektoren systematisch in den Blick nimmt. Mit dem bestehenden Medienvielfaltsmonitor⁶⁹ der Medienanstalten mit seiner Medienge-

67 Medienpolitik.net-Interview vom 16.01.2023 mit Dirk Schrödter (CDU), Minister und Chef der Staatskanzlei von Schleswig-Holstein, zu den medienpolitischen Schwerpunkten für 2023, abrufbar unter <https://www.medienpolitik.net/aktuelle-themen/es-geht-nicht-um-refoermchen-sondern-um-reformen-360> (15.01.2024).

68 Medienpolitik.net-Interview vom 15.01.2024 mit Dirk Schrödter (CDU), Minister und Chef der Staatskanzlei in Schleswig-Holstein und Malte Krückels (Die Linke), Medienstaatssekretär in Thüringen, zu den medienpolitischen Schwerpunkten für 2024, abrufbar unter <https://www.medienpolitik.net/aktuelle-themen/einer-fuer-alle-481> (15.01.2024).

69 s. oben RN 22.

wichtungsstudie⁷⁰ existiert dabei bereits ein geeignetes Forschungsformat, das als fortentwicklungsfähiger Anknüpfungspunkt geeignet wäre. Denn um die Wirkweisen von Intermediären und Plattformen zu verstehen, bedarf es regelmäßiger datengestützter Erkenntnisse. Durch die nachfolgende Auswertung der Daten durch die KEK als ein mit Vertreterinnen und Vertretern aus Wissenschaft, Praxis und den Medienanstalten besetztes Expertengremium könnten damit potentiell vielfaltsbedrohende Entwicklungen rechtzeitig erkannt werden.

Im Ergebnis kann es nicht länger allein um die Gewährleistung von Anbieter Vielfalt im engeren Sinne einer Konzentrationskontrolle gehen. Auch die Sicherstellung von inhaltlicher Vielfalt ist in einer Plattformumgebung nicht länger ausreichend. Vielfaltsaspekte müssen vielmehr stärker aus dem Blickwinkel der Nutzenden betrachtet werden, denn eine bestehende Angebotsvielfalt ist nicht ausreichend, wenn Nutzerinnen und Nutzer diese vielfältigen Angebote gar nicht wahrnehmen.⁷¹ Vor diesem Hintergrund muss nicht zuletzt als Ausgangspunkt jeder Reform in diesem Bereich eine klare Zuständigkeitsabgrenzung und ein abgestimmtes Zusammenspiel der Regulierung im Schnittstellenbereich zwischen der Inhalteregulierung durch die Kommission für Zulassung und Aufsicht (ZAK) sowie der Konzentrationskontrolle durch die KEK gesetzt sein.

70 <https://www.die-medienanstalten.de/forschung/mediengewichtungsstudie/>

71 Stark/Stegmann, Vielfaltssicherung im Zeitalter von Medienintermediären, bidt-Working Paper (2021), S. 10.

6. Soziale Netzwerke und Online-Plattformen

Soziale Netzwerke:

Grundrechtliche Einordnung und Regulierung durch den DSA

Hubertus Gersdorf

I. Einleitung

Der Digital Services Act (DSA) der Europäischen Union unterwirft Plattformbetreiber wie Anbieter sozialer Netzwerke umfassender Regulierung. Der DSA verfolgt zwar das Ziel, die „in der Charta verankerten Grundrechte“ wirksam zu schützen (Art.1 Abs.1 DSA). Er hebt auch die Bedeutung von (großen) Plattformbetreibern für die Meinungs- und Informationsfreiheit hervor, einschließlich Medienfreiheiten und Medienpluralismus (vgl. nur ErwGr 52, 53, 79, Art. 34 Abs.1 UAbs.2 lit. b) DSA). Letztlich qualifiziert der DSA aber soziale Netzwerke als reine Wirtschaftsdienste. Hierauf beruht eine Vielzahl von Defiziten bei der Regulierung sozialer Netzwerke durch den DSA. Im Folgenden wird zunächst dargelegt, dass soziale Netzwerke nicht schlichte Wirtschaftsdienste sind, sondern dem Schutz der grundrechtlichen Medienfreiheiten unterfallen (II.). Wegen der Qualifizierung sozialer Netzwerke als reine Wirtschaftsdienste leidet der DSA unter mehreren Regulierungsdefiziten (III.).

II. Grundrechtliche Einordnung der Kommunikation in sozialen Netzwerken

Der Begriff der Plattform beschreibt eine Vielzahl von Akteuren des Internets. Es gibt Verkaufsplattformen wie Amazon und eBay, deren Tätigkeitsfelder den Wirtschaftsgrundrechten zuzuordnen sind. Daneben existieren meinungsbildende, dem Schutz der Art. 5 GG, Art.10 EMRK und Art.11 GRCh unterfallende Plattformen wie die sozialen Netzwerke Facebook und YouTube. Allerdings verbietet es sich, die Kommunikation auf sozialen Netzwerken pauschal den Kommunikationsgrundrechten der Art.5 GG, Art.10 EMRK und Art.11 GRCh zuzuweisen. So stellt sich die Präsentation von Unternehmen auf sozialen Netzwerken als Wahrnehmung der Wirtschaftsgrundrechte dar. Gewähren soziale Netzwerke ihren Nutzern

Zugang zu diesen Wirtschaftsinformationen, nehmen die Netzwerke ebenso wie die Informationen selbst nicht am Schutz der Kommunikationsgrundrechte, sondern der Wirtschaftsgrundrechte teil. Die grundrechtliche Zuordnung von sozialen Netzwerken bedarf einer nach Personen und Funktionen differenzierenden Betrachtung. Insbesondere ist zwischen den Nutzern (s. 1.) und den Betreibern sozialer Netzwerke (s. 2.) zu unterscheiden.

1. Grundrechtliche Einordnung der Nutzer sozialer Netzwerke

Sind die Kommunikationsinhalte der Nutzer sozialer Netzwerke nicht nur an bestimmte oder bestimmbare Adressaten („Freunde“), sondern an die Allgemeinheit („Öffentlichkeit“) gerichtet, nehmen die Nutzer die Medienfreiheiten aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, Art. 10 Abs. 1 EMRK und Art. 11 GRCh wahr. In Deutschland stellt sich die Frage, ob diese Form der Massenkommunikation der Nutzer sozialer Netzwerke vom Grundrecht der Presse- oder Rundfunkfreiheit erfasst ist. Wie beide Grundrechte voneinander abzugrenzen sind, ist nicht geklärt.¹ Nach richtiger Auffassung lassen sich die Presse- und Rundfunkfreiheit nicht nach Maßgabe der Verkörperung der Kommunikationsinhalte unterscheiden.² Vielmehr erfolgt die Abgrenzung phänomenologisch. Das Grundrecht der Pressefreiheit erfasst alle verkörpert und nichtverkörpert Lesemedien (Texte und stehende Bilder), während die Rundfunkfreiheit sämtliche Audio- und Bewegtbildinhalte, also jedwede audiovisuellen Inhalte schützt, denen die den Rundfunk kennzeichnende besondere Suggestivkraft zukommt. Dementsprechend können sich Nutzer sozialer Netzwerke auf das Grundrecht der Pressefreiheit berufen, wenn sie Texte oder (stehende) Bilder an die Allgemeinheit verbreiten. Das Grundrecht der Rundfunkfreiheit findet Anwendung, wenn audiovisuelle Inhalte gepostet werden.

Schwieriger gestaltet sich die grundrechtliche Qualifizierung, soweit Nutzer sozialer Netzwerke mit einem bestimmten oder bestimmbaren („Freundes“-)Adressatenkreis kommunizieren. Massenkommunikation im

1 Hierzu M. Cornils, Pressefreiheit, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. IV, 2. Aufl., München 2022, § 119 (Rn. 67 ff.); H. Gersdorf, Verbot presseähnlicher Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, AfP 2010, 421 (422 ff.).

2 So jüngst BVerwG NVwZ 2023, 603 (606); ebenso in Bezug auf Onlinearchive von Presseverlagen BVerfGE 152, 152 (193 f.).

klassischen Sinne liegt nicht vor, weil die Nutzer ihre Inhalte nicht an eine „beliebige Öffentlichkeit“,³ d.h. nicht an die Allgemeinheit verbreiten. Es ist aber auch keine Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG unterliegende Individualkommunikation im klassischen Sinne gegeben, weil der („Freundes“-)Kreis zahlenmäßig oftmals weit gefasst und mitunter sogar unüberschaubar ist. Darüber hinaus unterscheidet sich die Auswahl der Kommunikationspartner grundlegend von klassischer Individualkommunikation, weil Nutzer häufig an einem großen („Freundes“-)Kreis interessiert sind, sodass die Ansehung der konkreten Person nicht im Vordergrund steht. Ob solche Formen personenindifferenter Gruppenkommunikation vom (Individual-)Grundrecht der Meinungsfreiheit oder von den (Massenkommunikations-)Grundrechten der Rundfunk- bzw. Pressefreiheit umfasst sind, ist nicht geklärt.

2. Grundrechtliche Zuordnung der Betreiber sozialer Netzwerke

Ebenfalls unbeantwortet ist, welchen Grundrechten die Tätigkeit sozialer Netzwerke unterfällt. Der EuGH und das BVerfG haben sich bislang nur zur Google-Suchmaschine geäußert. Der EuGH spricht in der Sache Google Spain von den „wirtschaftlichen Interessen“ des Suchmaschinenanbieters⁴ und scheint eine thematische Einschlägigkeit des Art. 11 GRCh nicht in Erwägung zu ziehen.⁵ Das BVerfG lehnt eine Anwendbarkeit des Art. 11 GRCh auf Suchmaschinenbetreiber ausdrücklich ab⁶ und wendet allein das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 16 GRCh an.⁷

Auch der ursprüngliche Entwurf des NetzDG geht wohl davon aus, dass sich Anbieter sozialer Netzwerke nur auf das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 16 GRCh) berufen können.⁸ Gleichwohl wird im Gesetzentwurf (zu Recht) darauf hingewiesen, dass der „Schutz der Meinungsfreiheit und der Rundfunk- und Pressefreiheit (...) in die

3 P. Lerche, Rundfunkmonopol. Zur Zulassung privater Fernsehveranstaltungen, Frankfurt am Main/Berlin 1970, S. 28.

4 EuGH Urt. v. 13.05.2014 – C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317, Rn. 81.

5 Zuletzt S. Schiedermaier/J. Weil, Online-Intermediäre als Träger der Meinungsfreiheit – Eine Betrachtung der deutschen, europäischen und amerikanischen Judikatur zum Content Management von Webplattformen, DÖV 2022, 305 (310).

6 BVerfGE 152, 216 (257 f.).

7 BVerfGE 152, 216 (256 f.).

8 Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drs. 18/12356, S. 20: „Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit können durch jede vernünftige Erwägung des Gemeinwohls legitimiert werden.“.

Gesamtbewertung mit einfließen“ muss.⁹ Wessen Kommunikationsgrundrechte (Art. 5 GG, Art. 10 EMRK und Art. 11 GRCh) damit gemeint sind und ob (auch) Anbietern sozialer Netzwerke der Schutz der Kommunikationsgrundrechte (vor allem der Medienfreiheiten) zugutekommt, bleibt offen.

Es kann dahinstehen, ob Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG – in Parallele zur Presse-grossisten-Entscheidung des BVerfG¹⁰ – die Tätigkeit strikt inhaltsneutraler Plattformbetreiber schützt, die die technischen Voraussetzungen für die Wahrnehmung der Kommunikationsfreiheiten Dritter schaffen, ohne inhaltlich auf den Kommunikationsprozess einzuwirken.¹¹ Jedenfalls soziale Netzwerke nehmen regelmäßig nicht nur inhaltsneutrale Tätigkeiten wahr.¹² Ihre Tätigkeit ist durch einen „ausreichenden Inhaltsbezug“ gekennzeichnet, dessentwillen der Schutz nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG eröffnet ist.¹³ Anbieter sozialer Netzwerke weisen im Vergleich zu klassischen Medienanbietern Besonderheiten auf. Sie bestehen darin, dass soziale Netzwerke anders als klassische Medien nicht eigene, sondern fremde Inhalte bereitstellen. Auch haben soziale Netzwerke zu den auf ihrer Plattform eingestellten fremden Inhalten der Nutzer keinen kognitiven und voluntativen Bezug.¹⁴ Beides ist jedoch für Art. 5 GG nicht entscheidend. Dass Anbieter sozialer Netzwerke anders als klassische Medien nicht eigene, sondern fremde Inhalte bereitstellen, lässt den Schutz durch die Medienfreiheiten unberührt. Für die Geltung des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG ist unerheblich, ob selbst- oder fremdproduzierte Inhalte verbreitet oder bereitgehalten werden, sofern der Medienanbieter die fremden Inhalte nach professionell-journalistischen Kriterien auswählt und eine redaktionelle Gesamtverantwortung für das Angebot wahrnimmt.¹⁵ Doch auch ohne eine solche Auswahlentscheidung und Übernahme einer redaktionellen Gesamtverantwortung kann die Bereithaltung von Inhalten Dritter dem Schutz des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG unterfallen. Für Wirtschaftswerbung hat das BVerfG frühzeitig entschieden,

9 Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drs. 18/12356, S. 20.

10 Vgl. BVerfGE 77, 346, (354).

11 Vgl. hierzu *H. Gersdorf*, Die Reichweite der Rundfunkfreiheit am Beispiel des Intermediären, BayVBl. 2015, 625 (629).

12 So aber *K-E. Hain*, in: C. Mensching/S. Vendt/J. Hegemann (Hrsg.), Festschrift für Gernot Lehr, 2022, S. 129 (134).

13 Vgl. BVerfGE 77, 346 (354).

14 S. nur *H. Gersdorf*, Hatespeech in sozialen Netzwerken. Verfassungswidrigkeit des NetzDG-Entwurfs, MMR 2017, 439 (443 ff.).

15 Vgl. BVerfGE 97, 298 (310).

dass der Anzeigenteil der Presse, sofern er einen wertenden, meinungsbildenden Inhalt hat,¹⁶ dem Grundrecht der Pressefreiheit unterliegt, obgleich es sich um die Veröffentlichung von Inhalten der werbetreibenden Wirtschaft handelt.¹⁷ Soweit Kommunikationsinhalte Dritter, die den Schutz der Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 Abs. 1 S. 1 oder 2 GG genießen, in einem Massenmedium veröffentlicht werden, schließt das Massenkommunikationsgrundrecht diesen Schutz mit ein. Die Massenmedien sind kraft ihrer grundrechtlich geschützten Freiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG berechtigt, die Verletzung von Kommunikationsgrundrechten Dritter geltend zu machen. Ein Verstoß gegen die Kommunikationsgrundrechte Dritter verletzt (zugleich) die Grundrechte aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG.¹⁸ Auch in anderen Zusammenhängen ist anerkannt, dass sich die Massenmedien bei der Verbreitung von Meinungsäußerungen Dritter auf die Grundrechte des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG berufen können. Dies gilt etwa bei der Veröffentlichung von Leserbriefen in einem Presseerzeugnis,¹⁹ der Veröffentlichung fremder Äußerungen in einem Interview²⁰ und bei Pressespiegeln.²¹

Bezogen auf die (fremden) Inhalte der Nutzer nehmen soziale Netzwerke nicht nur inhaltsneutrale Tätigkeiten wahr. Soziale Netzwerke wie Facebook üben inhaltsbezogene Selektions- und Steuerungsfunktionen aus. Das unterscheidet Facebook von inhaltsneutralen Plattformbetreibern.

Zum einen gibt Facebook durch Gemeinschaftsstandards (Community Standards) die Rahmenbedingungen und Grenzen für die Kommunikation in seinem Netzwerk vor. Facebook ist kein reiner Hosting-Anbieter; das Unternehmen betreibt nicht bloß ein „schwarzes Brett“, sondern prägt durch Gemeinschaftsstandards die Kommunikation.²² All das ist nicht Ausdruck eines „digitalen Hausrechts“ (im Sinne der grundrechtlich gewährleisteten Eigentumsgarantie), sondern Wahrnehmung der Medienfreiheiten aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, Art. 10 EMRK und Art. 11 GRCh. Kraft der

16 Vgl. BVerfGE 71, 162 (175); 102, 347 (359).

17 BVerfGE 21, 271 (278 f.); 64, 108 (278 f.).

18 Am Beispiel der Pressefreiheit BVerfGE 102, 347 (359); st. Rspr., vgl. nur BVerfG NJW-RR 2010, 470 (471).

19 BVerfG NJW-RR 2010, 470 (471); BGH VersR 1986, 1075.

20 BGH NJW 2010, 760 (761).

21 BVerfG NJW-RR 2010, 470 (471).

22 Zutreffend BGH NJW 2021, 3179 (3187): „Von einer rein technischen Verbreitung fremder Meinungen, deren Schutz durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG fraglich ist (vgl. BVerfG NJW-RR 2010, 470), unterscheidet sich der Betrieb des Netzwerks dadurch, dass die Bekl. auf den Kommunikationsprozess der Nutzer durch die Vorgabe von Verhaltensregeln in den Gemeinschaftsstandards einwirkt.“

Medienfreiheiten sind Anbieter sozialer Netzwerke berechtigt, die Grenze zulässiger Kommunikation diesseits von Verstößen gegen die allgemeinen Gesetze wie Strafgesetze zu ziehen. Auch der BGH sieht Betreiber sozialer Netzwerke als befugt an, in ihren Gemeinschaftsstandards Kommunikationsregeln festzulegen, die über die gesetzlichen Vorgaben hinausgehen.²³ Obgleich der BGH Facebook in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG einbezieht,²⁴ begründet er jedoch die Berechtigung zur Löschung von Inhalten ohne Verstoß gegen die allgemeinen Gesetze wenig folgerichtig und kaum dogmatisch überzeugend nicht mit Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, sondern (im Wesentlichen) mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG.²⁵

Zum anderen und vor allem steuert Facebook durch Algorithmen die für den Nutzer sichtbaren Inhalte, den Newsfeed. Es bestimmt, welcher Nutzer welche Inhalte erhält, und beeinflusst auf diese Weise den durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Kommunikationsprozess. In der Literatur wird allerdings die Auffassung vertreten, dass ein algorithmenbasierter Selektionsvorgang nicht den Schutz der Kommunikationsgrundrechte auslöse.²⁶ Die dem Algorithmus zugrunde liegenden Kriterien seien rein technischer Natur und wiesen typischerweise keinen Bezug zum konkreten Inhalt der dargestellten Meinungen Dritter auf. Ein solcher Bezug sei für Art. 5 Abs. 1 GG erforderlich.²⁷ Diese Sichtweise ist dem tradierten Muster der Ausübung der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) und der Medienfreiheiten (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) verhaftet. Die Meinungsfreiheit ist klassischerweise

23 BGH NJW 2021, 3179 (3187).

24 BGH NJW 2021, 3179 (3187).

25 BGH NJW 2021, 3179 (3187): „In diesem Rahmen darf sie sich das Recht vorbehalten, bei Verstoß gegen die Kommunikationsstandards Maßnahmen zu ergreifen, die eine Entfernung einzelner Beiträge und die (vorübergehende) Sperrung des Netzwerkzugangs einschließen. Nur auf diese Weise werden sowohl die durch Art. 12 I 1 GG geschützte unternehmerische Handlungsfreiheit der Bekl. und ihre in diesem Rahmen getroffene Entscheidung, in Umsetzung ihres Geschäftsmodells aggressive Ausdrucksweisen wie „Hassrede“ zu verbieten, um sich erfolgreich am Markt behaupten zu können, als auch das Interesse anderer Nutzer an einer von gegenseitigem Respekt geprägten Diskussionskultur und einem damit verbundenen Schutz vor der Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts angemessen geschützt.“

26 J.-U. Pille, Meinungsmacht sozialer Netzwerke, Baden-Baden 2016, S. 178 f.; G. Spindler, Durchbruch für ein Recht auf Vergessen (werden)? Die Entscheidung des EuGH in Sachen Google Spain und ihre Auswirkungen auf das Datenschutz- und Zivilrecht, JZ 2014, 981 (987).

27 Pille, Meinungsmacht (Fn. 26), S. 178 f., der gleichwohl im Ergebnis soziale Netzwerke dem Schutz des Art. 5 Abs. 1 GG unterwirft (vgl. S. 180 f.).

durch die „subjektive Einstellung des sich Äußernden zum Gegenstand der Äußerung gekennzeichnet“.²⁸ Das bedeutet aber nicht, dass der Einzelne den Schutz des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG verliert, wenn er sich zur Verbreitung von Meinungen intelligenter Software²⁹ bedient und auf diese Weise die Meinungskundgabe automatisiert. Social Bots sind wenigstens dann durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützt, wenn die automatisierte Meinungskundgabe einem Menschen zuzurechnen ist und nicht über die sich äuernde Person getäuscht wird.³⁰

Das Gleiche gilt für die Medienfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG.³¹ Die klassischen Medien zeichnen sich dadurch aus, dass sie in allen publizistisch relevanten Phasen, d.h. der Informationsbeschaffung, -aufbereitung und -verbreitung, Kenntnis vom konkreten Inhalt haben. Das bedeutet nicht, dass die Medien den Schutz des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG verlieren, wenn sie bei der Beschaffung, Aufbereitung und Verbreitung von Informationen künstliche Intelligenz zum Einsatz bringen und die Ausübung der notwendigen Sortier- und Selektionsfunktionen Algorithmen überlassen.³² Die im Bereich elektronischer Medien bereits festzustellende Tendenz zur Individualisierung (nicht nur von Werbung, sondern auch) von publizistischen Inhalten lässt erwarten, dass sich die Medien zur Erfüllung ihrer Funktionen künftig in beträchtlichem Umfang intelligenter Software bedienen. Algorithmen übernehmen einen (erheblichen) Teil der Selektionsarbeit, die bislang den in Medienhäusern tätigen professionell arbeitenden Journalisten vorbehalten war. Das gilt insbesondere im Rahmen von „maßgeschneiderten“, individualisierten Medienangeboten. Sie dienen der Ermittlung der Präferenzen des Rezipienten und dessen Bindung an den Medienanbieter. Die professionelle Arbeit der Journalisten wird durch Algorithmen teilweise ergänzt und teilweise ersetzt. Algorithmen sind kein Aliud zu den publizistischen Auswahlkriterien der professionell tätigen Medien, sondern Teil derselben. Algorithmen sind publizistisch relevante Selektionsparameter

28 So in Bezug auf die Abgrenzung von Meinungsäußerung und Tatsachenverbreitung BVerfGE 93, 266 (289).

29 Vgl. C. Müller-Hengstenberg/S. Kirn, Intelligente (Software-)Agenten: Von der Automatisierung zur Autonomie? Verselbstständigung technischer Systeme, MMR 2014, 225 (225 ff.) und C. Müller-Hengstenberg/S. Kirn, Intelligente (Software-)Agenten: Eine neue Herausforderung unseres Rechtssystems. Rechtliche Konsequenzen der „Verselbstständigung“ technischer Systeme, MMR 2014, 307 (307 ff.).

30 Zum grundrechtlichen Schutz von „Social Bots“ gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG vgl. J. Milker, „Social-Bots“ im Meinungskampf, ZUM 2017, 216 (216 f.).

31 Ebenso Schiedermaier/Weil DÖV 2022, 311.

32 Schiedermaier/Weil DÖV 2022, 311.

moderner Medien. Für die Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG ist allein entscheidend, dass die Medien die Kontrolle über die zum Einsatz kommende intelligente Software behalten und dadurch auf den durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Prozess freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung Einfluss nehmen.

Ebenso liegen die Dinge bei sozialen Netzwerken. Soziale Netzwerke wie Facebook nehmen inhaltsbezogene Selektions- und Steuerungsfunktionen wahr. Sie gestalten nicht nur durch allgemeine Geschäftsbedingungen die Kommunikation. Betreiber sozialer Netzwerke bestimmen vor allem durch den Algorithmus den für den Nutzer sichtbaren Newsfeed und beeinflussen auf diese Weise den durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Kommunikationsprozess.³³ Angesichts der schier unermesslichen Informationsfülle (Postings, Uploads etc.) in sozialen Netzwerken bedarf es einer Auswahl der für den Einzelnen relevanten Inhalte. Zur Erledigung der notwendigen Selektions- und Sortieraufgaben bedienen sich die Netzwerkanbieter Algorithmen. Die Algorithmen dienen der Ermittlung der Präferenzen des Nutzers und seiner Bindung an den Anbieter des sozialen Netzwerks. Die Anbieter steuern den individualisierten, auf die (tatsächlichen oder vermeintlichen) kommunikativen Bedürfnisse des Einzelnen zugeschnittenen Newsfeed. Sie verbreiten nicht nur Inhalte ihrer Nutzer, sondern nehmen selbst Einfluss auf die Meinungsbildung, indem sie durch Algorithmen die Informationsbasis ihrer Nutzer bestimmen, also steuern, welcher Nutzer welche Informationen erhält. Kehrseite jeder Form individualisierter Angebote – sei es durch Anbieter sozialer Netzwerke, sei es durch klassische Medienanbieter – ist die (themenbezogene) Verengung der Informationsbasis für den Einzelnen, die Auswirkungen auf den Kommunikationsprozess hat.³⁴ Auch hierin manifestiert sich die – für Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG maßgeb-

33 S. nur W. Schulz/K. Dankert, Die Macht der Informationsintermediäre. Erscheinungsformen, Strukturen und Regulierungsoptionen, Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), Bonn 2016, S. 24; a.A. Hain, Festschrift Lehr (Fn. 12), S. 129 (134 f.), der (unzutreffend) davon ausgeht, dass der „Newsfeed letztlich vom Nutzer gesteuert“ wird. Die Selektion der Inhalte durch den Plattformbetreiber, d.h. die Erstellung des Newsfeeds, bestimmt sich zwar maßgeblich nach dem Nutzerverhalten; Entsprechendes gilt bei jeder Personalisierung von Inhalten (durch Medien). Das ändert aber nichts daran, dass der Newsfeed vom Betreiber festgelegt wird.

34 Die Befürchtung, dass die Kommunikation in sozialen Netzwerken zu den den öffentlichen Diskurs verkürzenden „Filterblasen“ bzw. „Echokammern“ führt, entbehrt indes kommunikationswissenschaftlicher Evidenz, vgl. M. Cornils, Die Perspektive der Wissenschaft: AVMD-Richtlinie, der 22. Rundfunkänderungsstaatsvertrag und der »Medienstaatsvertrag« – Angemessene Instrumente für die Regulierungsheraus-

liche – Relevanz einer algorithmenbasierten Selektion von Inhalten für die individuelle und öffentliche Meinungsbildung.

Die Wahrnehmung der Filterfunktionen durch Betreiber sozialer Netzwerke ist Massenkommunikation. Zwar ist der Newsfeed personalisiert und für sich genommen kein an die Allgemeinheit verbreiteter Inhalt. Die von den Betreibern selektierten Inhalte werden aber einer Vielzahl von Nutzern und damit der Allgemeinheit zugänglich gemacht.³⁵ Sie speisen den Newsfeed Vieler, sodass Massenkommunikation i.S.d. Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG vorliegt.

Ob Anbieter sozialer Netzwerke zu den auf ihrer Plattform präsentierten (fremden) Inhalten der Nutzer einen (kognitiven und voluntativen) Bezug haben, ist für die Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG unbeachtlich. Allenfalls im Hinblick auf die Reichweite des grundrechtlichen Schutzes und damit in Bezug auf die Einräumung von (Medien-)Privilegien mag die Verwurzelungstiefe in dem durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützten Lebensbereich von Bedeutung sein.³⁶ Die sozialen Netzwerke steuern durch Algorithmen den von dem Nutzer wahrnehmbaren Newsfeed und beeinflussen damit den durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Kommunikationsprozess. Soziale Netzwerke liegen gleichsam „zwischen“ den klassischen Medien und den strikt inhaltsneutralen Hosting-Providern („fünfte Gewalt“³⁷). Sie sind nicht Medienanbieter, weil sie keine eigenen Inhalte nach publizistischen Gesichtspunkten auswählen und bereitstellen. Sie sind aber auch nicht schlicht inhaltsneutrale (Hosting-)Plattformbetreiber, weil sie insbesondere durch Ausgestaltung der Algorithmen Einfluss auf den Kommunikationsprozess gewinnen. Kraft dieses Inhaltsbezugs nehmen sie an den Medienfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG teil.³⁸

forderungen?, ZUM 2019, 89 (95); A. Ingold, Meinungsmacht des Netzes. Macht im Netz II: Rechtliche Herausforderungen aktueller Regulierungsvorstellungen für digitalisierte Öffentlichkeiten, MMR 2020, 82 (83).

35 Dies übersieht Hain, Festschrift Lehr (Fn. 12), S. 129 (135), der aus der Personalisierung des Newsfeeds ableitet, dass soziale Netzwerke keine an die Allgemeinheit gerichteten Inhalte verbreiteten.

36 Vgl. H. Gersdorf, Vom Medien- zum (Massen-)Kommunikationsprivileg: Zum verfassungsrechtlichen Spannungsverhältnis zwischen informationeller Selbstbestimmung und Kommunikationsfreiheiten am Beispiel von sozialen Netzwerken und Suchmaschinen, in: H. Hill/U. Schliesky (Hrsg.), Die Vermessung des virtuellen Raums. E-Volution des Rechts- und Verwaltungssystems III, Baden-Baden 2012, S. 163 (176).

37 Gersdorf BayVbl. 2015, 625 f.

38 Vgl. nochmals BGH GRUR 2016, 855 (857 Rn. 24: Recht des Providers auf „Meinungs- und Medienfreiheit“ der Art. 5 GG und Art. 10 EMRK); in Bezug auf das

Damit ist nicht gesagt, dass soziale Netzwerke in allen Fällen den Medienfreiheiten unterliegen. Es bedarf einer Differenzierung (hybride Grundrechtsträgerschaft). Zunächst ist klarzustellen, dass Art. 5 Abs. 1 GG nur in Bezug auf Dienste der Massenkommunikation zum Tragen kommen kann. Bieten Anbieter sozialer Netzwerke (auch) Dienste der Individualkommunikation wie Messenger- oder Chatdienste an, gelangt Art. 5 Abs. 1 GG nicht zur Anwendung. Anbieter sozialer Netzwerke genießen in diesem Fall allein den Schutz der Wirtschaftsgrundrechte (Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 16 GRCh). Bei Eingriffen in die Berufsfreiheit sind aber im Rahmen der Rechtfertigung die Grundrechte der Nutzer und damit ggf. ihre Kommunikationsgrundrechte aus Art. 5 Abs. 1 GG zu berücksichtigen.³⁹ Überdies können sich Anbieter sozialer Netzwerke – wie erwähnt – auf die Kommunikationsgrundrechte dann nicht berufen, wenn sie Zugang zu Informationen gewähren, die nicht durch Art. 5 GG, sondern durch andere Grundrechte wie Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet sind. Üben Unternehmen ihre Wirtschaftsgrundrechte durch Präsentation von Waren oder

soziale Netzwerk Facebook BGH NJW 2021, 3179 (3187 Rn. 74: „Grundrecht auf freie Meinungsäußerung aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG“); aus dem Schrifttum vgl. nur C. M. Davis, Die „dienende“ Rundfunkfreiheit im Zeitalter der sozialen Vernetzung, Tübingen 2019, S. 72 ff.; M. Denga, Plattformregulierung durch europäische Werte: Zur Bindung von Meinungsplattformen an EU-Grundrechte, EuR 2021, 569 (592); Pille, Meinungsmacht (Fn. 26), 2016, S. 177, insbesondere 180 f.; A. Heidtke, Meinungsbildung und Medienintermediäre. Vielfaltssichernde Regulierung zur Gewährleistung der Funktionsbedingungen freier Meinungsbildung im Zeitalter der Digitalisierung, Baden-Baden 2020, S. 182 ff.; J. Kahl/F. Horn, Auslegung von Äußerungen in sozialen Netzwerken und Betreiberpflichten, NJW 2023, 639 (645); Schiedermaier/Weil, DÖV 2022, 311 f.; K. Giere, Grundrechtliche Einordnung sozialer Netzwerke vor dem Hintergrund des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG), Baden-Baden 2021, S. 68 ff.; B. P. Paal, Vielfaltssicherung bei Intermediären - Fragen der Regulierung von sozialen Netzwerken, Suchmaschinen, Instant-Messengern und Videoportalen, MMR 2018, 567 (568); Gersdorf, MMR 2017, 443 ff.; A.-B. Kaiser/I. Reiling, Meinungsfiler durch soziale Medien – und das demokratische Ideal der Meinungsvielfalt?, in: S. Unger/A. v. Ungern-Sternberg (Hrsg.), Demokratie und künstliche Intelligenz, Tübingen 2019, S. 85 (97 f.); A.-B. Kaiser, in: F. Brosius-Gersdorf (Hrsg.), Dreier-GGK, Bd. I, 4. Aufl., Tübingen 2023, Art. 5 Rn. 96; T. Wischmeyer/P. Meißner, Horizontalwirkung der Unionsgrundrechte – Folgen für den Digital Services Act, NJW 2023, 2673 (2677); s. auch J. Lüdemann, Grundrechtliche Vorgaben für die Löschung von Beiträgen in sozialen Netzwerken - Private Ordnung digitaler Kommunikation unter dem Grundgesetz, MMR 2019, 279 (281); a.A. Hain, Festschrift Lehr (Fn. 12), S. 129 ff.

- 39 Zur Notwendigkeit einer Berücksichtigung der Grundrechte von Inhaltenanbietern und Internetnutzern (Art. 11 GRCh) bei Eingriffen in das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 16 GRCh) von Suchmaschinenbetreibern BVerfGE 152, 216 (258 ff.); s. hierzu unten sub F) I. 5. Fn. 45 (S. 558).

Dienstleistungen auf den Plattformen sozialer Netzwerke aus, kommt auch den Anbietern sozialer Netzwerke insoweit allein Art. 12 Abs. 1 GG zugute. Intermediäre unterfallen dem Grundrecht, dem die Informationen unterliegen, zu denen sie Zugang vermitteln. Deshalb gilt Art. 5 Abs. 1 GG für Anbieter sozialer Netzwerke nur, wenn sie Inhalte algorithmisch selektieren, die ihrerseits durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützt sind.⁴⁰

Ungeklärt ist, welches Kommunikationsgrundrecht des Art. 5 Abs. 1 GG einschlägig ist. Wie dargelegt, rekurriert der BGH bei den Gemeinschaftsstandards der Anbieter sozialer Netzwerke auf das Grundrecht der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG.⁴¹ Da die Gemeinschaftsstandards indes die Massenkommunikation der Nutzer betreffen und beeinflussen, sind – ebenso wie für die Nutzer – die Massenkommunikationsgrundrechte einschlägig. Welches Massenkommunikationsgrundrecht (Presse- oder Rundfunkfreiheit) zum Tragen kommt, bestimmt sich danach, welchem Grundrecht die Inhalte der Nutzer unterfallen, die das soziale Netzwerk durch Einsatz von Algorithmen selektiert.⁴² Ordnet man die Massenkommunikation der Nutzer pauschal der Rundfunkfreiheit zu,⁴³ unterfallen auch Anbieter sozialer Netzwerke dem Schutz dieses Grundrechts. Sieht man hingegen digital verbreitete Texte und (stehende) Bilder als vom Grundrecht der Pressefreiheit umfasst an und begrenzt man die Rundfunkfreiheit auf die Verbreitung audiovisueller Inhalte, ist für die grundrechtliche Einordnung sozialer Netzwerke zu differenzieren. Ihnen kommt die Pressefreiheit zugute, soweit sie Texte und stehende Bilder (Lesemedien) der Nutzer algorithmenbasiert selektieren. Die Rundfunkfreiheit ist hingegen am Zug, wenn sich die Selektion auf audiovisuelle Inhalte der Nutzer bezieht.⁴⁴

40 Vgl. *Kaiser*, Dreier-GGK I (Fn. 38), Art. 5 Rn. 96.

41 S. nochmals BGH NJW 2021, 3179 (3187 Rn. 74).

42 Demgegenüber wird in der Literatur teilweise pauschal auf das Grundrecht der Rundfunkfreiheit abgestellt, vgl. nur *Heidtke*, Meinungsbildung (Fn. 38), S. 182 ff.; *Kaiser*, Dreier-GGK I (Fn. 38), Art. 5 Rn. 96.

43 Zur Abgrenzung der Grundrechte der Presse- und Rundfunkfreiheit s. oben sub B) II. 1. nach Fn. 1 (S. 548).

44 Zu dieser Abgrenzung *Giere*, Grundrechtliche Einordnung (Fn. 38), S. 72 ff., 96 ff., 276 f.

III. Regulierungsdefizite des DSA wegen Qualifizierung sozialer Netzwerke als reine Wirtschaftsdienste

Plattformbetreiber wie soziale Netzwerke sind keine reinen Hosting-Provider, die sich auf die Medienfreiheiten (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, Art. 11 GRCh und Art. 10 Abs. 1 EMRK) nicht berufen können und denen die Kommunikationsgrundrechte der Nutzer nur mittelbar zugutekommen, nämlich im Rahmen der Rechtfertigung von Eingriffen in ihre Wirtschaftsgrundrechte (Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 16 GRCh).⁴⁵ Vielmehr sind soziale Netzwerke durch die grundrechtlichen Medienfreiheiten geschützt, weil sie durch allgemeine Geschäftsbedingungen sowie durch algorithmenbasierte Selektion und Zugänglichmachung von Inhalten die Informationsbasis ihrer Nutzer bestimmen und auf diese Weise am Prozess individueller und öffentlicher Meinungsbildung mitwirken.⁴⁶ Der Schutz durch die Medienfreiheiten begründet besondere Rechte, umgekehrt aber auch eine besondere Verantwortung für die Verwirklichung der objektiv-rechtlichen Ziele der Medienfreiheiten. Dementsprechend ist nach Art. 10 Abs. 2 EMRK die Ausübung der Meinungsfreiheit (einschließlich der Medienfreiheiten) „mit Pflichten und Verantwortung verbunden“.

Es greift deshalb zu kurz, wenn der EuGH das soziale Netzwerk Facebook lapidar als Hosting-Provider i.S.d. Art. 14 ECRL klassifiziert.⁴⁷ Soziale Netzwerke unterscheiden sich kategorial von Hosting-Anbietern, die allein Inhalte ihrer Nutzer speichern. Auch der DSA beruht auf einer unzulänglichen grundrechtlichen Radizierung der Anbieter sozialer Netzwerke. Der DSA verfolgt zwar das Ziel, die „in der Charta verankerten Grundrechte“

45 Nach der neuen Rechtsprechung des BVerfG steht fest, dass wenigstens bei normativen Dreiecksverhältnissen, d.h., wenn der Normbefehl neben dem Normadressaten zwingend zugleich die Rechtsstellung Dritter berührt (funktionale Verschränkung), die Grundrechte aller Betroffenen in die verfassungsrechtliche und gerichtliche Kontrolle einzubeziehen sind (vgl. bereits BVerfGE 85, 191 (205 f.) unter Aufgabe der Rechtsprechung in BVerfGE 77, 84 (101)). Dies hat das BVerfG in seiner Entscheidung zu den verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für eine Auslistung von Verlinkungen persönlichkeitsbeeinträchtigender Inhalte durch Suchmaschinenbetreiber nochmals hervorgehoben (vgl. BVerfGE 152, 216 (258 ff.)). Ebenso hat das BVerfG in seiner Entscheidung zu § 217 StGB („geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung“) Grundrechte Dritter bei normativen Dreiecksverhältnissen in die Prüfung einbezogen (BVerfGE 153, 182 (306)); implizit EuGH NJW 2023, 747 (749).

46 Hierzu oben sub II. 2., S. 549 ff.

47 EuGH GRUR 2019, 1208 (1209: „Zunächst steht fest, dass Facebook Ireland Hosting-Dienste i.S.v. Art. 14 der RL 2000/31 anbietet.“).

wirksam zu schützen (Art. 1 Abs. 1 DSA). Er hebt auch die Bedeutung von (großen) Plattformbetreibern für die Meinungs- und Informationsfreiheit hervor, einschließlich Medienfreiheiten und Medienpluralismus (vgl. nur ErwGr 52, 53, 79, Art. 34 Abs. 1 UAbs. 2 lit. b) DSA). Er adressiert damit aber allein die Grundrechte der Nutzer. Bezogen auf die Plattformbetreiber ist nur von „unternehmerischer Freiheit“ (ErwGr 3 und 52) die Rede, was eine grundrechtliche Verortung allein in den Wirtschaftsgrundrechten (Art. 16 GRCh) nahelegt. Der DSA wiederholt damit den Fehler, den bereits der Bundesgesetzgeber mit dem NetzDG begangen hat. Auch der Bundesgesetzgeber hat soziale Netzwerke ausschließlich dem Grundrecht der Berufsfreiheit zugeordnet.⁴⁸ Einen Schutz der Plattformbetreiber durch Art. 5 Abs. 1 GG bzw. Art. 11 GRCh zieht weder der deutsche Gesetzgeber noch der Unionsgesetzgeber in Betracht. Dieser Fehler durchzieht den DSA wie ein roter Faden.⁴⁹

1. Kompetenzielle Zweifel

Bereits in kompetenzieller Hinsicht ist fraglich, ob der DSA von Art. 114 AEUV gedeckt ist, wenn Plattformen durch Art. 11 GRCh geschützte Inhalte der Nutzer speichern sowie veröffentlichen und hierbei den Kommunikationsprozess durch Algorithmen steuern. Gestützt auf Art. 114 AEUV wurde der DSA erlassen. Die Binnenmarktkompetenz der EU ist fraglich, weil Kernanliegen des DSA die Einhaltung der nationalen Rechtsordnungen ist. Letztlich verfolgt der DSA zwei Zwecke (Art. 1 Abs. 1 DSA): Er sucht ein „sicheres, vorhersehbares und vertrauenswürdiges Online-Umfeld“, also die Einhaltung der Rechtsordnung und einen sachgerechten Ausgleich der betroffenen Unionsgrundrechte zu gewährleisten. Zugleich soll ein Beitrag zum reibungslosen Funktionieren des Binnenmarktes für Vermittlungsdienste geleistet werden. Das Ziel der Verwirklichung des Binnenmarktes legitimiert grundsätzlich die Inanspruchnahme der Kompetenz nach Art. 114 AEUV. Da sich die Binnenmarktkompetenz nach Art. 114 AEUV auf die grenzüberschreitende Tätigkeit von Vermittlungsdiensten erstreckt, kann hiervon kraft Sachzusammenhangs auch die Einhaltung der Rechtsordnung bei der Erbringung von Vermittlungsdiensten erfasst sein.

48 Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drs. 18/12356, S. 20; hierzu *Gersdorf* MMR 2017, 443.

49 S. nur *Denga* EuR 2021, 592 f.; vgl. auch *Kahl/Horn* NJW 2023, 645; *Wischmeyer/Meißner* NJW 2023, 2677.

Das gilt allerdings nur, soweit Vermittlungsdienste als reine Wirtschaftsunternehmen zu klassifizieren sind. Anbieter von Vermittlungsdiensten sind indes hybride Grundrechtsträger.⁵⁰ Soweit sie Zugang zu Informationen bieten, die ausschließlich durch die Wirtschaftsgrundrechte (Art. 16 GRCh) geschützt sind, und diesbezüglich Inhalte selektieren und den Nutzern bereitstellen (Newsfeed), sind Vermittlungsdienste nicht nur Wirtschaftsunternehmen, sodass die Binnenmarktkompetenz der EU unzweifelhaft gegeben ist. Anders liegen die Dinge, soweit Vermittlungsdienste durch Art. 11 GRCh geschützte Inhalte zugänglich machen. In diesem Fall sind Vermittlungsdienste Träger des Grundrechts aus Art. 11 GRCh und nicht bloß Wirtschaftsunternehmen. In Ermangelung einer Medienkompetenz der EU sind für solche Vermittlungsdienste die Mitgliedstaaten zuständig, denen die Sicherstellung der Rechtsordnung bei der Erbringung der Vermittlungsdienste obliegt. Das wird insbesondere deutlich bei dem Umgang mit systemischen Risiken von sehr großen Online-Plattformen wie insbesondere nachteiligen Auswirkungen auf die Meinungs- und Informationsfreiheit einschließlich Medienfreiheit und Medienpluralismus (vgl. Art. 34 Abs. 1 UAbs. 2 S. 2 lit. b) DSA) und nachteiligen Auswirkungen auf gesellschaftliche Debatten und auf Wahlprozesse (vgl. Art. 34 Abs. 1 UAbs. 2 S. 2 lit. c) DSA). Diese Risiken betreffen Schutzgüter, die keinen spezifischen Bezug zum Wirtschaftsleben und damit zur Binnenmarktkompetenz haben.⁵¹

2. Keine weiteren Differenzierungen im Rahmen der Legaldefinition „Online-Plattform“

Der Vermittlungsdienst ist der Schlüsselbegriff des DSA (vgl. Art. 1, 2 Abs. 1 und 2 DSA). Erfasst sind nach der Legaldefinition des Art. 3 lit. g) DSA Network- und Access-Provider (Art. 3 lit. g) i) DSA), Caching-Provider (Art. 3 lit. g) ii) DSA), die im Interesse einer effizienten Datenübermittlung eine automatische Zwischenspeicherung der Daten (in der Nähe) des Endkunden vornehmen, sowie Hosting-Provider. Hosting-Dienste sind gem. Art. 3 lit. g) iii) DSA Dienste, die darin bestehen, von einem Nutzer bereitgestellte Informationen in dessen Auftrag zu speichern. Als Beispiel nennt ErwGr 29 Cloud-Computing- und Web-Hosting-Dienste.

⁵⁰ S. oben sub II. 2. nach Fn. 38 (S. 555).

⁵¹ Vgl. S. Kuhlmann, Der Digital Services Act und seine Folgen für das nationale Medienrecht, ZUM 2023, 170 (172 f.).

Von einem (schlichten) Hosting-Dienst unterscheidet sich die in Art. 3 lit. i) DSA (legal-)definierte Online-Plattform dadurch, dass sie im Auftrag des Nutzers Informationen nicht nur speichert, sondern zusätzlich „öffentlich verbreitet“. „Öffentliche Verbreitung“ ist gem. Art. 3 lit. k) DSA die Bereitstellung von Informationen für eine potenziell unbegrenzte Zahl von Dritten im Auftrag des Nutzers, der die Informationen bereitgestellt hat. Nach dem DSA ist eine „Online-Plattform“ zwar ein Hosting-Dienst, so dass für sie die für alle Hosting-Dienste geltenden Vorschriften der Art. 4 bis 18 DSA Anwendung finden. Da Plattformen im Gegensatz zu reinen Hosting-Diensten Inhalte öffentlich verbreiten, gelten aber die zusätzlichen Bestimmungen der Art. 19 ff. DSA und für sehr große Plattformbetreiber überdies die Verpflichtungen nach Art. 33 ff. DSA.

Als Beispiel für Online-Plattformen nennt ErwGr 13 soziale Netzwerke.⁵² Eine pauschale Einordnung als Online-Plattformen ist jedoch problematisch, weil soziale Netzwerke unterschiedliche Dienste mit verschiedenen Funktionen anbieten. So hat der Nutzer bei Facebook die Wahl, ob sein Posting nur an „Freunde“ im sozialen Netzwerk, an „Freunde außer bestimmte Freunde“, an „bestimmte Freunde“ oder an jedermann innerhalb und außerhalb des sozialen Netzwerks („öffentlich“) verbreitet werden soll. Ein nur an „bestimmte Freunde“ verbreiteter Post ist keine für „eine potenziell unbegrenzte Zahl von Dritten“ (Art. 3 lit. k) DSA) bereitgestellte Information. Diese Funktion ähnelt eher einem Instant Messaging-Dienst, bei dem nach ErwGr 14 S. 3 keine öffentliche Verbreitung und damit auch kein Online-Plattformdienst gegeben sein soll; nur dann, wenn der postende Nutzer den Kreis der Empfänger nicht bestimmen kann wie bei einer Verbreitung von Inhalten über öffentliche Gruppen oder offene Kanäle, ist ein Messaging-Dienst als Online-Plattform zu qualifizieren (vgl. ErwGr 14 S. 4).⁵³

52 Nach dem MStV firmieren soziale Netzwerke als Medienintermediäre (§ 2 Abs. 2 Nr. 16 MStV), für die §§ 91 bis 96 MStV gelten.

53 Zu Messaging-Diensten als Dienste der Individual- und Massenkommunikation und zur Frage, ob sie dem Plattformbegriff des Art. 3 lit. i) DSA unterfallen, S. Gerdemann/G. Spindler, Das Gesetz über digitale Dienste (Digital Services Act) (Teil 2). Die Regelungen für Online-Plattformen sowie sehr große Online-Plattformen und -Suchmaschinen, GRUR 2023, 115; F. Hofmann, in: F. Hofmann/B. Raue (Hrsg.), Digital Services Act. Gesetz über digitale Dienste, Baden-Baden 2023, Art. 3 Rn. 102; L. Jung, Schutz der Demokratie durch inhaltsneutrale Regulierung digitaler Medien, DÖV 2023, 141 (146); M. Rössel, Digital Services Act: Haftungsprivilegierungen, Überwachung und Blockadeanordnungen. Sezierung verabschiedeter Änderungen aus dem Trilog in drei Akten - Teil 1, ITRB 2023, 12 (14).

Schwieriger gestaltet sich die Einordnung von Posts an „Freunde“ bzw. „Freunde mit Ausnahme bestimmter Freunde“. Anders als herkömmliche Massenkommunikation richten sich die Inhalte nicht an eine „beliebige Öffentlichkeit“. ⁵⁴ Umgekehrt handelt es sich aber auch nicht um Individualkommunikation im klassischen Sinne, weil der („Freundes“-)Kreis zahlenmäßig oftmals weit gefasst und mitunter sogar unüberschaubar ist. Darüber hinaus unterscheidet sich die Auswahl der Kommunikationspartner grundlegend von klassischer Individualkommunikation, weil Nutzer häufig an einem großen („Freundes“-)Kreis interessiert sind, sodass die Ansehung der konkreten Person nicht im Vordergrund steht. ⁵⁵ Ob solche Formen personenindifferenter Gruppenkommunikation die Bereitstellung von Informationen für „eine potenziell unbegrenzte Zahl von Dritten“ und damit eine „öffentliche Verbreitung“ i.S.d. Art. 3 lit. k) DSA darstellen, ist nicht geklärt.

Eine „öffentliche Verbreitung“ und damit eine Online-Plattform ist jedoch gegeben, wenn der Nutzer seinen Post „öffentlich“ macht. In diesem Fall wird der Inhalt im Auftrag des Nutzers vom Anbieter gespeichert und öffentlich verbreitet, sodass das soziale Netzwerk als Online-Plattform einzuordnen ist.

Allerdings berücksichtigt die Klassifizierung sozialer Netzwerke als Online-Plattformen nicht, dass bei einem öffentlichen Post eines Nutzers die Entscheidung, an welche konkreten anderen Nutzer die Informationen verbreitet werden, nicht der Nutzer, sondern der Plattformbetreiber trifft. Der Plattformbetreiber steuert durch Algorithmen, welche Informationen des öffentlich postenden Nutzers an welche Nutzer weitergeleitet werden. Bei öffentlichen Posts entscheidet das soziale Netzwerk, welche Inhalte an welche „Dritten“ i.S.d. Art. 3 lit. k) DSA verbreitet werden, d.h. welche „Dritten“ den Zugang zu welchen Inhalten erhalten. Anbieter sozialer Netzwerke stehen wegen dieser algorithmenbasierten Steuerung der öffentlichen Verbreitung den Inhalten näher als Plattformbetreiber, die im Auftrag des Nutzers Inhalte an „eine potenziell unbegrenzte Zahl von Dritten“ (Art. 3 lit. k) DSA) verbreiten, ohne den Kreis der Rezipienten selbst zu bestimmen. Diese ungleich größere „Nähe zum Inhalt“ hätte bei der Regulierung sozialer Netzwerke Berücksichtigung finden können, etwa im Bereich der Haftung (vgl. Art. 6 DSA). Immerhin trägt der DSA der besonderen Verantwortung sozialer Netzwerke für den individuellen und öffentlichen

54 Lerche, Rundfunkmonopol (Fn. 3), S. 28.

55 S. bereits oben sub II. 1., S. 548 f.

Willens- und Meinungsbildungsprozess dadurch Rechnung, dass für sehr große Online-Plattformen zusätzliche Verpflichtungen in Bezug auf den Umgang mit systemischen Risiken gelten (vgl. Art. 33 ff. DSA). Im Rahmen der Legaldefinition verzichtet der Gesetzgeber auf Differenzierungen. Anbieter sozialer Netzwerke sind daher Online-Plattformen, wenigstens dann, wenn sie Posts ihrer Nutzer (innerhalb oder außerhalb des Netzwerks) öffentlich verbreiten.

3. Haftung

Im Zusammenhang mit der Haftung von Plattformen ist die grundrechtliche Verortung der Plattformbetreiber in Art. 16 GRCh ebenfalls von Bedeutung, weil mit ihr besondere Pflichten und eine entsprechende Verantwortung verbunden sind (vgl. nochmals Art. 10 Abs. 2 EMRK). Hierzu gehören für klassische Medien insbesondere die journalistischen Sorgfaltspflichten, die sowohl Berufsethos als auch grundrechtliche Pflicht sind.⁵⁶ Eine (uneingeschränkte) Übertragung dieser Sorgfaltspflichten auf Plattformbetreiber würde den grundlegenden Unterschieden zwischen Medien, die eigene Inhalte verbreiten und hierfür die publizistische Verantwortung tragen, und Plattformbetreibern, die lediglich Inhalte ihrer Nutzer veröffentlichen, nicht gerecht. Dementsprechend unterscheidet der EGMR zwischen Medien- und Intermediärsverantwortung. Intermediäre können zwar unter bestimmten Voraussetzungen zur Verantwortung gezogen werden. Diese geht aber nicht so weit wie die Verantwortlichkeit von Medien.⁵⁷ Deshalb verdient es im Grundsatz Zustimmung, dass der DSA in Fortführung des Haftungsrechts der ECRL für Plattformbetreiber keine proaktiven Überwachungspflichten vorsieht (Art. 8 DSA). Dies schließt indes Differenzierungen zwischen einzelnen Plattformbetreibern im Rahmen der Anwendung der Haftungsvorschrift des Art. 6 DSA nicht aus. So ist einem Plattformbetreiber wie Facebook, der die öffentlich verbreiteten Inhalte

56 Zuletzt H. Gersdorf, Aufsicht über journalistisch-redaktionell gestaltete Telemedien. Verfassungsrechtliche Würdigung der §§ 19 und 109 MStV sowie Reformvorschläge, Frankfurt am Main 2023, S. 4 ff.

57 Im Einzelnen U. Saxer, Von den Medien zu den Plattformen, Tübingen 2023, S. 132 ff. m.w.N.; zur Verteilung der Beweislast für die Richtigkeit von Tatsachen zwischen einem Suchmaschinenbetreiber und einem Betroffenen, der einen Auslistungsanspruch gem. Art. 17 DSGVO geltend macht, vgl. EuGH NJW 2023, 747 (751 f.); BGH NJW 2024, 58 (62).

seiner Nutzer selektiert, zuzumuten, nicht nur ehrverletzende rechtswidrige Inhalte zu löschen, sondern auch nach „sinngleichen“ Inhalten zu forschen und diese zu löschen.⁵⁸ Auch wenn die Haftungsfreistellung von Plattformbetreibern nach Art. 8 DSA funktionsgerecht erscheint, hätte der Gesetzgeber gleichwohl eine gewisse Neujustierung des Haftungsregimes erwägen können. Art. 33 ff. DSA sehen besondere Verpflichtungen in Bezug auf den Umgang mit systemischen Risiken für Anbieter sehr großer Online-Plattformen und sehr großer Online-Suchmaschinen vor. Der DSA statuiert entsprechende Risikobewertungs- und Risikominimierungspflichten für sehr große Anbieter (Art. 34 und 35 DSA). Eine Verzahnung mit dem Haftungsregime des DSA besteht jedoch nicht. Es hätte nahegelegen, dass eine Verletzung der Risikominimierungspflichten eine Haftung nach Art. 6 DSA nach sich zieht.

4. Berechtigung der Plattformbetreiber zur Löschung von Inhalten bei Verstoß gegen allgemeine Geschäftsbedingungen

Mit dem grundrechtlichen Schutz der Plattformbetreiber durch Art. 11 GRCh gehen neben besonderen Pflichten auch besondere Rechte einher. Auf dem Schutz nach Art. 11 GRCh beruht die Berechtigung der Plattformbetreiber, in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen strengere Maßstäbe vorzusehen, als sie nach staatlichem Recht gelten. Im Gegensatz zu vom Staat betriebenen Plattformen, die Inhalte von Nutzern nur löschen dürfen, wenn sie gegen die allgemeinen Gesetze verstoßen, sind private Plattformbetreiber diesseits eines Rechtsverstoßes zur Löschung von Inhalten berechtigt. Art. 11 GRCh erlaubt Plattformbetreibern, in allgemeinen Geschäftsbedingungen für eine durch bestimmte Werte gekennzeichnete Kommunikationskultur zu sorgen. Diese Berechtigung folgt nicht allein aus dem Grundrecht des Art. 16 GRCh,⁵⁹ sondern auch aus der Medienfreiheit des Art. 11 GRCh. Obgleich der Unionsgesetzgeber (wohl) nur von einem Schutz der Plattformbetreiber durch Art. 16 GRCh ausgeht, konkretisiert der DSA das auf Art. 11 GRCh fußende Recht, Inhalte von Nutzern zu löschen, die gegen die allgemeinen Geschäftsbedingungen verstoßen (vgl. nur Art. 17 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1 und 4 DSA). Es besteht auch die

58 EuGH GRUR 2019, 1208 (1210 f.).

59 Der BGH leitet diese Berechtigung hingegen aus Art. 12 GG ab, obgleich das Gericht das soziale Netzwerk dem Schutz des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG unterstellt; hierzu oben sub II. 2. nach Fn. 23 (S. 552).

Möglichkeit der vorläufigen Sperrung eines Nutzerkontos, wenn der Nutzer wiederholt und in schwerer Form gegen die allgemeinen Geschäftsbedingungen des Plattformbetreibers verstößt. Art. 23 Abs. 1 DSA, der Plattformbetreiber verpflichtet, die Erbringung ihrer Dienste für Nutzer, die häufig und offensichtlich rechtswidrige Inhalte bereitstellen, nach vorheriger Warnung für einen angemessenen Zeitraum auszusetzen, gibt lediglich einen Mindeststandard vor (ErwGr 64). Art. 23 DSA hindert Plattformbetreiber nicht daran, in allgemeinen Geschäftsbedingungen strengere Maßnahmen vorzusehen und eine vorläufige Sperrung eines Nutzerkontos auch dann zu ermöglichen, wenn ein Nutzer wiederholt und in schwerwiegender Weise gegen allgemeine Geschäftsbedingungen verstoßen hat, obgleich er sich im Rahmen des staatlichen Rechts bewegt.⁶⁰

Ebenso kann sich ein Plattformbetreiber bei der Prüfung, ob ein Inhalt gegen allgemeine Geschäftsbedingungen verstößt (sog. Moderation von Inhalten, vgl. Art. 3 lit. t) DSA), auf Art. 11 GRCh berufen.⁶¹ Was für die allgemeinen Geschäftsbedingungen gilt, gilt auch für deren Anwendung im Einzelfall, also für die Moderation von Inhalten.

5. Überwachungsbefugnisse der Kommission

Schließlich manifestiert sich die fehlende grundrechtliche Verortung der Plattformbetreiber in Art. 11 GRCh darin, dass die Kommission nach Art. 56 Abs. 2 DSA Zuständigkeiten bei der Überwachung und Durchsetzung der Verpflichtungen der Anbieter sehr großer Plattformen und sehr großer Suchmaschinen nach Art. 33 ff. DSA besitzt. Zwar sind die Risikobewertungs- und Risikominimierungspflichten der Art. 34 und Art. 35 DSA Ausdruck der besonderen Verantwortung der Plattformbetreiber für die von Nutzern bereitgehaltenen Inhalte. Die Überwachungs- und Durchsetzungskompetenzen der Kommission nach Art. 56 Abs. 2 DSA sind indes im Wirkungskreis des Art. 11 GRCh ein Fremdkörper. Der Kommission sind im Rahmen ihrer Aufsicht über sehr große Plattformbetreiber Beurteilungs-, Ermessens- und Handlungsspielräume eröffnet. Diese Spielräume lassen sich zur Informationslenkung und Steuerung des Kommunikationsprozesses nutzen, der im Interesse des Einzelnen und der Demokra-

60 Vgl. *Gerdemann/Spindler* GRUR 2023, 118; *Hofmann*, DSA (Fn. 53), Art. 23 Rn. 9 m.w.N.

61 *Denga* EuR 2021, 592.

tie von Einflüssen nicht nur der Regierungen der Mitgliedstaaten, sondern auch der Kommission freizuhalten ist. Die Aufsicht der Kommission über sehr große Plattformbetreiber wird dem Gebot der Unionsferne (Art. 11 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 GRCh) nicht gerecht.⁶² Die Aufsicht über Medien und Plattformen sollte dem Europäischen Gremium für Mediendienste (Art. 8 ff. EMFA-E) übertragen werden, das unabhängig ist (Art. 9 EMFA-E).⁶³

62 Vgl. VG Köln MMR 2022, 330 (332 ff.), wonach die Aufsicht des Bundesamtes für Justiz über die Einhaltung der Vorschriften des NetzDG mit Art. 30 Abs. 1 AVMDRL unvereinbar ist.

63 Problematisch ist allerdings, dass die Kommission im Gremium vertreten ist, wenngleich ohne Stimmrecht (Art. 10 Abs. 5 EMFA-E).

Die Rolle des nationalen DSA-Koordinators bei der Bekämpfung von Desinformation

Bernd Holznagel und Florian Flamme

I. Digitale Herausforderungen und Desinformation

1. Desinformationsbekämpfung als Ziel des DSA

Digitalisierung und der technische Fortschritt haben den Zugang zu Informationen vereinfacht. Plattformen ermöglichen es jedem, Informationen zu erhalten sowie Inhalte schnell und kostengünstig zu verbreiten. Dieser Fortschritt bringt aber auch neue Risiken hervor, insbesondere die zunehmende Verbreitung von Desinformation.¹ Deren negativen Auswirkungen sind vielfältig und reichen von der Untergrabung demokratischer Prozesse² über die Beeinflussung wirtschaftlicher Prozesse und der Verschärfung sozialer Spannungen durch das Schüren von Misstrauen zwischen gesellschaftlichen Gruppen,³ bis hin zu der Beeinflussung wirtschaftlicher Prozesse⁴. Deutschland hat mit dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG) frühzeitig reagiert. Dieses Gesetz legt sozialen Netzwerken Löschpflichten auf, wenn sie rechtswidrige Inhalte (Volksverhetzung, nationalsozialistische Propaganda etc.) verbreiten.⁵ Nun hat auch die EU mit dem Digital Services Act (DSA)⁶ auf die steigende Bedrohung durch Fake News u.ä. reagiert und neue Regeln für den digitalen Raum geschaffen.

1 *Kandov*, MMR 2023, 660 (660).

2 So etwa im Zusammenhang mit dem Brexit-Referendum in Großbritannien oder dem US-Wahlkampf, vgl. *Moura Vincente*, MMR 2023, 261 (262).

3 Wissenschaftlich lässt sich nachweisen, dass Bürgerinnen und Bürger ihre Parteipräferenz systematisch ändern, wenn sie besser informiert sind. Vgl. hierzu *Fowler/Margolis*, Electoral Studies, Vol. 34 2014, 100ff.

4 *Wolter/Grothe/Heim*, #Desinformation: Lage, Prognose und Abwehr. Sicherheitsstudie zu Desinformationsangriffen auf Unternehmen, S. 16 f., abrufbar unter: https://asw-bundesverband.de/wp-content/uploads/studie_desinformation_web_v3.pdf.

5 Für einen Überblick *Liesching*, MMR 2023, 56 (56).

6 Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für Digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste), ABl. L 277/1.

Hauptziel des DSA ist, ein sicheres, vorhersehbares und vertrauenswürdige Online-Umfeld zu schaffen.⁷ Dies beinhaltet neue Regelungen zur Bekämpfung von Desinformation. Der DSA ist als Verordnung konzipiert und in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar. Die bewährten Regelungen des NetzDG werden damit durch die Regelungen des DSA ersetzt. Zudem ging es der Europäischen Kommission darum, auf das Risiko einer Fragmentierung des digitalen Binnenmarktes zu reagieren. Denn die Mitgliedstaaten begannen, in diesem Bereich unterschiedliche gesetzgeberische Initiativen zu ergreifen.

2. Die Bedeutung einer unionsweit koordinierten Aufsicht

Der Schwerpunkt des DSA liegt auf der Eindämmung illegaler Inhalte und Maßnahmen zur Risikominderung. Die Schaffung von Sorgfaltspflichten reicht allein jedoch nicht aus. Für den Schutz der Nutzerrechte ist eine funktionierende Aufsichtsstruktur unabdingbar. Diese Herausforderung wird durch den grenzüberschreitenden Charakter der Plattformdienste noch verstärkt. Um eine einheitliche Durchsetzung der europäischen Verpflichtungen zu gewährleisten, sieht der DSA die Errichtung eines nationalen Koordinators für digitale Dienste in den Mitgliedstaaten vor. Die einzelnen nationalen Koordinatoren und die Europäische Kommission werden bei ihrer Aufsichtstätigkeit durch das „Europäische Gremium für digitale Dienste“ unterstützt (Art. 61 Abs. 2 lit. c DSA). Das Gremium setzt sich aus allen Koordinatoren der Mitgliedstaaten zusammen, die durch hochrangige Beamte vertreten werden (Art. 62 Abs. 1 S. 1 DSA).

Die Bundesregierung hat am 22.12.2023 einen Entwurf eines Gesetzes zur Durchführung vorgelegt.⁸ Ziel ist es, die Bestimmungen des DSA in nationales Recht zu überführen und den nationalen Rechtsrahmen anzupassen.⁹ Bis Februar 2024 musste eine Entscheidung über die zuständigen Behörden getroffen und der nationale Koordinator bestimmt werden. Erst

7 Erwägungsgrund (EW) 3 DSA.

8 Entwurf eines Gesetzes zur Durchführung der Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG sowie zur Durchführung der Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten und zur Änderung weiterer Gesetze v. 22.12.2023, BR-Drs. 676/23.

9 BR-Drs. 676/23, S. 2.

im Dezember 2023 hat sich das Bundeskabinett nach monatelangem Streit zwischen den Ministerien abschließend auf die Bundesnetzagentur als nationalen Koordinator einigen können. Am 14. Mai 2024 ist das Digitale-Dienste-Gesetz (DDG) in Kraft getreten.

Nachfolgend soll die Frage im Mittelpunkt stehen, welche Rolle der neue Koordinator für digitale Dienste insbesondere im System der Bekämpfung von Desinformation spielen soll. In einem ersten Schritt ist zu klären, welchen Regelungsansatz der DSA und die ihn konkretisierenden Verhaltenskodizes im Bereich der Bekämpfung von Desinformation verfolgt (hierzu II.). Sodann sind die Aufgaben der nationalen Koordinatoren zu ermitteln, die diese bei der Umsetzung der hierdurch begründeten Verpflichtungen spielen (hierzu III.). Im letzten Teil geht es um die Auswahl des Koordinators für Deutschland (hierzu IV., V.) und seine Fähigkeit, zur Umsetzung der Maßnahmen gegen die Desinformation beizutragen (hierzu VI.). Die Ausarbeitung schließt mit einem zusammenfassenden Fazit (hierzu VII.)

II. Maßnahmen gegen die Desinformation im DSA

1. Betroffene Plattformen

Der DSA unterteilt sich grundsätzlich in Bestimmungen für alle Anbieter von Vermittlungsdiensten (Art. 11 ff. DSA), Vorgaben für Anbieter von Online-Plattformen (Art. 19 ff. DSA) und Pflichten von sehr großen Online-Plattformen und sehr großen Online-Suchmaschinen (Art. 33 ff. DSA). Bei einem Vermittlungsdienst handelt es sich nach Art. 3 lit. g) DSA grds. um Dienstleistungen der Informationsgesellschaft. Diese können entweder in der reinen Durchleitung von Informationen, der Übermittlung von Informationen in einem Kommunikationsnetz (Catching-Leistung) oder der Speicherung der von einem Nutzer bereitgestellten Informationen (Hosting-Dienst) bestehen. Elementar für die Bekämpfung der Desinformation sind ferner die Vorschriften für die sehr großen Online-Plattformen und sehr großen Online-Suchmaschinen. Eine „Online-Plattform“ nach Art. 3 lit. i) DSA ist ein Hostingdienst, der im Auftrag eines Nutzers Informationen speichert und öffentlich verbreitet, sofern es sich bei dieser Tätigkeit nicht nur um eine unbedeutende und reine Nebenfunktion eines anderen Dienstes oder um eine unbedeutende Funktion des Hauptdienstes handelt. Online-Suchmaschinen sind gem. Art. 3 lit. j) DSA Vermittlungsdienste, die es Nutzern ermöglichen, in Form eines Stichworts, einer Spracheingabe,

einer Wortgruppe oder einer anderen Eingabe Anfragen einzugeben, um auf allen Websites Suchen zu einem bestimmten Thema vornehmen zu können. Nach Art. 33 Abs. 1 DSA ist die Qualifizierung als sehr große Online-Plattform oder Online-Suchmaschine an das Erreichen von durchschnittlich mindestens 45 Millionen aktiven monatlichen Nutzern in der Union geknüpft.

2. Maßnahmen gegen illegale Inhalte

Zentral ist zunächst Art. 8 DSA. Er besagt, dass den Anbietern von Vermittlungsdiensten selbst keine allgemeine Verpflichtung auferlegt wird, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder aktiv nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hindeuten. Vielmehr richten die Hostingdiensteanbieter nach Art. 16 Abs. 1 DSA ein Verfahren ein, nach dem Personen oder Einrichtungen ihnen das Vorhandensein von Einzelinformationen in ihren Diensten melden können, die die betreffende Person oder Einrichtung als rechtswidrige Inhalte ansieht. Das Verfahren muss dabei leicht zugänglich und benutzerfreundlich sein und eine Übermittlung von Meldungen ausschließlich auch auf elektronischem Weg ermöglichen.¹⁰ Im Anschluss bearbeiten die Hostingdiensteanbieter alle Meldungen, die sie im Rahmen des Meldeverfahrens erhalten und entscheiden zeitnah, sorgfältig und objektiv über die gemeldeten Informationen und über die Abhilfe (Art. 16 Abs. 6 DSA). Damit setzt auch der DSA auf das aus dem NetzDG bekannte Notice-and-Takedown-Verfahren.¹¹ Anders als das NetzDG enthält der DSA jedoch keine Fristen für die Löschung. Erhält ein Hostingdiensteanbieter dabei Kenntnis von Informationen, die den Verdacht begründen, dass eine Straftat, die eine Gefahr für das Leben oder die Sicherheit einer Person oder von Personen darstellt, begangen wurde, so teilt er seinen Verdacht unverzüglich den Strafverfolgungs- oder Justizbehörden des betreffenden Mitgliedstaats mit und stellt alle vorliegenden einschlägigen Informationen zur Verfügung (Art. 18 DSA).

10 Zu den Funktionen des Art. 16 DSA siehe umfassend *Raue*, in: Hoffmann/Raue, NK-DSA, Art. 16 Rn. 1 ff.

11 Zu diesem Verfahren *Raue/Heesen*, NJW 2022, 3537.

3. Risikobewertungs- und Risikominderungsmaßnahmen

Daneben etabliert der DSA ein neues System von Risikobewertungs- und Risikominderungsmaßnahmen. Art. 34 Abs. 1 DSA schreibt vor, dass die Anbieter von sehr großen Online-Plattformen und sehr großen Online-Suchmaschinen alle systematischen Risiken in der Union, die sich aus der Konzeption oder dem Betrieb ihrer Dienste und den damit verbundenen Systemen ergeben, ermitteln, analysieren und zu bewerten haben. Dies gilt auch für den Einsatz algorithmischer Systeme (Art. 34 Abs. 2 lit. a) DSA). Die Risikobewertung zielt auf die Ermittlung der spezifischen Gefahren der Plattformen ab. Dazu zählen gem. Art. 34 Abs. 1 lit. a) DSA insbesondere auch die Verbreitung rechtswidriger Inhalte über die Dienste sowie nach Art. 34 Abs. 1 lit. c) DSA auch alle tatsächlichen oder absehbaren nachteiligen Auswirkungen auf die gesellschaftliche Debatte, auf Wahlprozesse und auf die öffentliche Sicherheit, sodass auch Desinformation von der Risikobewertung umfasst ist.¹²

Nach erfolgter Risikobewertung sind die sehr großen Online-Plattformen und Online-Suchmaschinen zur Risikominderung angehalten. Nach Art. 35 Abs. 1 DSA haben sie angemessene, verhältnismäßige und wirksame Risikominderungsmaßnahmen zu treffen, die den nach Art. 34 DSA ermittelten Risiken Rechnung tragen. Als mögliche Maßnahmen enthält Art. 35 Abs. 1 DSA eine nicht abschließende Liste an möglichen Maßnahmen. Dazu gehören unter anderem die Anpassung der Verfahren zur Moderation von Inhalten, einschließlich der Geschwindigkeit und Qualität der Bearbeitung von Meldungen zu bestimmten Arten rechtswidriger Inhalte, wie auch die rasche Entfernung der gemeldeten Inhalte oder aber die Sperrung des Zugangs, insbesondere in Bezug auf rechtswidrige Hetze oder Cybergewalt. Des Weiteren wird als mögliche Risikominderungsmaßnahme auch der Beginn oder die Anpassung der Zusammenarbeit mit anderen Anbietern von Online-Plattformen oder Online-Suchmaschinen anhand der in Art. 45 und Art. 48 DSA genannten Verhaltenskodizes angeführt (lit. h)).

4. Bedeutung des Verhaltenskodex für Desinformation von 2022

Als freiwilliger Verhaltenskodex gem. Art. 45 Abs. 1 DSA kommt auch der Verhaltenskodex für Desinformation von 2022 (Code of Practice on Dis-

12 EW 84 DSA.

information) als mögliche Risikominderungsmaßnahme in Betracht. 44 Unternehmen – darunter auch Microsoft, Meta und TikTok – hatten sich am Überarbeitungsprozess des Kodex von 2018 beteiligt und am 16. Juni 2022 den überarbeiteten Verhaltenskodex unterzeichnet.¹³

Der Kodex enthält dabei ein breites Spektrum von Verpflichtungen (Commitments) und Maßnahmen (Measures) zur Bekämpfung von Desinformation im Internet.¹⁴ So sind die Unterzeichner beispielsweise dazu angehalten, die Verbreitung von Desinformation im Wege der Anzeigenschaltung zu unterbinden (Commitment 1). Daneben sollen die Unterzeichner ebenfalls den Missbrauch von Werbesystemen zur Verbreitung von Desinformationen in Form von Werbebotschaften verhindern (Commitment 2). Zudem sollen die Unterzeichner laufend die Risiken im Zusammenhang mit Desinformation in der politischen oder themenbezogenen Werbung überwachen und erforschen, um angemessen auf sie reagieren zu können (Commitment 3). Um unzulässige manipulative Verhaltensweisen und Praktiken zu verhindern, verpflichten sich die Unterzeichner verstärkt Maßnahmen zu ergreifen, um gegen Desinformation vorzugehen (Commitment 14). Insbesondere die Erstellung von Fake-Accounts, Kontoübernahmen durch Bots oder auch intransparente bezahlte Nachrichten sollen in Zukunft verhindert werden. Ferner müssen auch die Systeme, Richtlinien und Funktionen weiterentwickelt werden, um die Risiken der viralen Verbreitung von Desinformation über die Plattformen zu verhindern (Commitment 18). Ebenfalls verpflichten sich die Unterzeichner, ihre Bemühungen zu verstärken, um den Nutzern dabei zu helfen, Desinformation besser erkennen zu können. Dafür soll ihnen Zugang zu Instrumenten zur Bewertung der sachlichen Richtigkeit von Quellen durch Faktenchecks sowie Warnhinweisen ermöglicht werden (Commitment 21). Auch sollen die Nutzer die Möglichkeit erhalten, falsche oder irreführende Informationen melden zu können (Commitment 23). Verbessert werden soll auch die Zusammenarbeit mit Faktencheckern (Commitment 30).

Umfangreich wird im Kodex geregelt, wie der Stand der Umsetzung der eingegangenen Verpflichtungen transparent gemacht und der Kodex insgesamt weiterentwickelt werden kann. Zunächst soll eine öffentlich zugängige

13 <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/signatories-2022-strengthened-code-practice-disinformation>.

14 Für einen detaillierten Überblick *Holznagel*, New ways to combat disinformation in Europe – codes of conduct and how they work, in: Batura/Holznagel/Kalbhenn, Disinformation in Europa, 2024, im Erscheinen.

Website eingerichtet werden, die von einem gemeinsamen Transparenzcenter (Transparency Centre) betrieben und finanziert wird (Commitment 34).¹⁵ Die Webpage soll in allgemein verständlicher Weise darüber Auskunft geben, in welchem Umfang der Kodex auf die jeweiligen Dienste der Unterzeichner Anwendung findet und inwiefern den eingegangenen Pflichten entsprochen wird. Der Kodex sieht daneben auch die Errichtung einer permanenten Task-Force vor, um den Kodex zu evaluieren und weiterzuentwickeln. Zu diesem Zweck werden halbjährlich Berichte erstellt, die über die Aktivitäten der Unterzeichner des Kodex Auskunft geben.¹⁶ Die Task Force besteht aus den Unterzeichnern sowie Vertretern der Europäischen Beobachtungsstelle für digitale Medien (EDMO)¹⁷ und der Europäischen Regulierungsgruppe für audiovisuelle Mediendienste (ERGA)¹⁸, die beratend wirken (Commitment 37). Die Kommission hat dabei den Vorsitz inne.

Bezüglich der Überwachung der Plattformen greifen Kodex und DSA ineinander. Insbesondere finden sich im DSA auch Regelungen darüber, wie Verstöße gegen einen Verhaltenskodex sanktioniert werden können. Hierbei spielen die nationalen Koordinatoren eine gewichtige Rolle. Bevor hierauf näher eingegangen wird (hierzu III. 5.), soll zunächst ein Überblick über die allgemeinen Aufgaben der nationalen Koordinatoren und ihre Koordinierungstätigkeiten auf der europäischen Ebene gegeben werden (III. 1.-4.).

III. Aufgaben der nationalen Koordinatoren

1. Koordinierungsaufgaben

Die Mitgliedsstaaten benennen nach Art. 49 Abs. 2 DSA eine zuständige Behörde, die als ihr Koordinator für digitale Dienste fungiert. Der Koordinator soll für die Überwachung und Durchsetzung des DSA im jeweiligen Mitgliedsstaat sowie als nationaler Ansprechpartner zuständig sein.

Letztere Aufgabe ist in einer Reihe von Vorschriften erkennbar. So haben die in Deutschland ansässigen Anbieter von Vermittlungsdiensten dem

¹⁵ <https://disinfocode.eu>.

¹⁶ <https://disinfocode.eu/reports-archive/?years=2023>.

¹⁷ <https://edmo.eu>.

¹⁸ <https://erga-online.eu>.

Koordinator für digitale Dienste nach Art. 13 Abs. 4 DSA beispielsweise Namen, Postanschrift, E-Mail-Adresse und Telefonnummer ihrer gesetzlichen Vertreter zu melden. Zudem dient der Koordinator für digitale Dienste auch den außergerichtlichen Streitbeilegungsstellen als Ansprechpartner, die ihm nach Art. 21 Abs. 4 DSA jährlich über die eingegangenen Streitfälle sowie über Dauer und Ausgang der Verfahren berichten sollen. Ebenfalls entscheidet der Koordinator für digitale Dienste künftig über den Status eines Unternehmens als vertrauenswürdiger Hinweisgeber nach Art. 22 Abs. 2 DSA. Ferner fungiert der Koordinator für digitale Dienste gegenüber den Nutzern auch als Beschwerdestelle (Art. 53 DSA). Der Koordinator für digitale Dienste nimmt somit zuallererst eine Rolle als Vermittler im System der Plattformregulierung ein.

2. Untersuchungs- und Durchsetzungsaufgaben

Zu den wesentlichen Befugnissen der Koordinatoren gehören Untersuchungs- und Durchsetzungsbefugnisse in Bezug auf Vermittlungsdienstanbieter gemäß Art. 51 DSA. Diese können auch anderen Behörden übertragen werden. Ihnen stehen insbesondere die Befugnisse zu, Informationen über Zuwiderhandlungen gegen die Verordnung einzuholen (Art. 51 Abs. 1 lit. a) DSA), Nachprüfungen durchzuführen (Art. 51 Abs. 1 lit. b) DSA) sowie Mitarbeiter oder Vertreter der Anbieter aufzufordern, Erklärungen abzugeben (Art. 51 Abs. 1 lit. c) DSA). Nach Art. 24 Abs. 3 und 4 DSA überwacht der Koordinator für digitale Dienste die Zahl der monatlichen Nutzer der Online-Plattformen und Online-Suchmaschinen, um der Kommission mitteilen zu können, falls der Schwellenwert von monatlich 45 Millionen Nutzern erreicht wird. Neben den Untersuchungsbefugnissen sind ebenfalls die Durchsetzungsbefugnisse von Relevanz, Verpflichtungszusagen der Anbieter einzuholen (Art. 51 Abs. 2 lit. a) DSA), die Einstellung von Zuwiderhandlungen anzuordnen (Art. 51 Abs. 2 lit. b) DSA), Geldbußen und Zwangsgelder zu verhängen (Art. 51 Abs. 2 lit. c) und d) DSA) sowie einstweilige Maßnahmen zur Vermeidung der Gefahr oder eines schwerwiegenden Schadens zu ergreifen (Art. 51 Abs. 2 lit. e) DSA).

3. Zusammenarbeit untereinander und auf europäischer Ebene

Die nationalen Koordinatoren für digitale Dienste und die Europäische Kommission kooperieren eng bis hin zur gegenseitigen Amtshilfe (Art. 57

DSA). Dafür sollen Informationen ausgetauscht werden. Daneben findet auch eine grenzüberschreitende Zusammenarbeit zwischen den Koordinatoren für digitale Dienste der Mitgliedstaaten statt. Nach Art. 58 DSA können einzelne Koordinatoren oder auch das Gremium die jeweiligen Koordinatoren für digitale Dienste am Niederlassungsort auffordern, mögliche Verstöße der Anbieter von Vermittlungsdiensten zu untersuchen. Des Weiteren können die Koordinatoren sich auch für gemeinsame Untersuchungen zusammenschließen (Art. 60 DSA).

Ferner üben die nationalen Koordinatoren über ihre Mitgliedschaft im Europäischen Gremium für digitale Dienste Einfluss aus. Bei dem Gremium handelt es sich um eine unabhängige Beratergruppe, die für die Beaufsichtigung der Anbieter von Vermittlungsdiensten zuständig ist (Art. 61 DSA). Nach Art. 62 Abs. 1 DSA setzt sich das Gremium aus den Koordinatoren für digitale Dienste zusammen, die durch hochrangige Beamte vertreten werden. Der Kommission steht gem. Art. 62 Abs. 2 DSA dabei der Vorsitz zu, ohne dass sie jedoch über ein Stimmrecht verfügt.

Das Gremium wirkt gem. Art. 63 Abs. 1 DSA insbesondere unterstützend in Bezug auf die Koordinierung gemeinsamer Untersuchungen und hinsichtlich der Berichte und Ergebnisse von Prüfungen sehr großer Online-Plattformen oder sehr großer Online-Suchmaschinen. Daneben gibt es auch Stellungnahmen, Empfehlungen und Ratschläge ab und berät die Kommission hinsichtlich der Einleitung von Verfahren gem. Art. 66 DSA bezüglich der Anbieter von sehr großen Online-Plattformen und Online-Suchmaschinen.

4. Sonderregeln für sehr große Online-Plattformen und Suchmaschinen

Die Pflichten für sehr große Online-Plattformen und Suchmaschinen im Bereich Risikobewertung und -minimierung sind für die Bekämpfung von Desinformation besonders wichtig. Die Überwachung und Durchsetzung dieser Pflichten nach den Art. 33 ff. DSA obliegt gemäß Art. 56 Abs. 2 DSA zwar hauptsächlich der Europäischen Kommission. Der Koordinator für digitale Dienste hat aber nach Art. 35 Abs. 3 DSA die Aufgabe, Leitlinien für die Anwendung der Risikominderungsmaßnahmen herauszugeben. Zudem kooperiert er mit den Compliance-Beauftragten der Plattformen (Art. 41 Abs. 3 lit. a) DSA). Ferner müssen die Anbieter sehr großer Online-Plattformen und Online-Suchmaschinen dem Koordinator Datenzugang gewähren, damit dieser die Einhaltung der Verordnung bewerten kann (Art. 40 Abs. 1 und 2 DSA). Dies beinhaltet auch, dass die Anbieter sehr großer On-

line-Plattformen und Online-Suchmaschinen die nationalen Koordinatoren über die Gestaltung und Funktionsweise ihrer algorithmischen Systeme aufklären (Art. 40 Abs. 3 DSA).

5. Prüfung, Berichterstattung und Abhilfe im Bereich Desinformation

Im Hinblick auf die Durchsetzung eines Verhaltenskodex enthält der DSA eine Reihe von wichtigen Sonderregelungen. Zunächst werden Anbieter sehr großer Plattformen nach Art. 37 Abs. 1 lit. b) DSA mindestens einmal jährlich auf eigene Kosten einer unabhängigen Prüfung unterzogen, bei der die Einhaltung von Verpflichtungszusagen bewertet wird, die in einem Verhaltenskodex zuvor festgelegt wurden. Die Unterzeichner des Kodex für Desinformation verpflichten sich zu einem solchen Auditing (Commitment 44). Dieses ist von einer unabhängigen Organisation nach allgemein geltenden Standards und Verfahrensrichtlinien durchzuführen. Sollten die Anbieter sehr großer Online-Plattformen und sehr großer Suchmaschinen in diesem Zusammenhang keinen positiven Prüfbericht erhalten, müssen sie die erforderlichen Maßnahmen zur Behebung ergreifen und einen Bericht über die Umsetzung der Prüfergebnisse verfassen, Art. 37 Abs. 6 DSA.

Zudem sind die Vorgaben des Art. 45 DSA zu beachten, der sich explizit mit Verhaltenskodizes beschäftigt. Im Falle erheblicher systematischer Risiken (Art. 34 DSA), kann die Kommission betreffende Anbieter sehr großer Online-Plattformen und Online-Suchmaschinen auffordern, sich an der Ausarbeitung von Verhaltenskodizes zu beteiligen (Abs. 2). Die Kommission und die jeweiligen nationalen Koordinatoren am Niederlassungs-ort haben des Weiteren regelmäßig über alle ergriffenen Maßnahmen und deren Ergebnisse Bericht zu erstatten (Abs. 3). Die Berichterstattung hat die wesentlichen Leistungsindikatoren zugrunde zu legen, mit denen die Verwirklichung der Ziele gemessen werden soll. Darüber hinaus bewerten die Kommission und das Europäische Gremium für digitale Dienste – und damit die nationalen Koordinatoren – die Erreichung der in dem Verhaltenskodex niedergelegten Ziele und veröffentlichen ihre Schlussfolgerungen.

Im Falle eines systematischen Verstoßes gegen den Verhaltenskodex können die Kommission und das Gremium die Unterzeichner auffordern, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen (Abs. 4). Weigert sich ein Anbieter einer sehr großen Online-Plattform oder Suchmaschine, sich trotz Aufforderung der Kommission an der Ausarbeitung von Verhaltenskodizes zu

beteiligen, kann dies hinsichtlich der Feststellung möglicher Zuwiderhandlungen gegen den DSA berücksichtigt und sanktioniert werden.¹⁹

IV. Anforderungen an nationale Koordinatoren

1. Optionen für die Behördenwahl

Angesichts der großen Bedeutung, die nationalen Koordinatoren bei der Umsetzung von Risikominderungsmaßnahmen zukommt, sind ihre Ernennung und ihre Arbeitsbedingungen von Interesse. Art. 49 DSA erlaubt Mitgliedsstaaten, eine oder mehrere Behörden für die Umsetzung des DSA zu bestimmen. Die Staaten haben die Freiheit, ihre zuständigen Behörden zu wählen. Diese sind für die Überwachung der Vermittlungsdienstanbieter und die Durchsetzung der Verordnung verantwortlich. Gemäß Art. 49 Abs. 2 DSA muss aus dem Kreis dieser Behörden eine als Koordinator für digitale Dienste ausgewählt werden.

Dies bedeutet, dass Mitgliedsstaaten entweder eine einzelne Behörde mit der Gesamtdurchsetzung des DSA betrauen oder die Zuständigkeit auf mehrere Behörden verteilen können. Entscheidend ist die Benennung einer zentralen Koordinationsbehörde für digitale Dienste, um eine einheitliche Anlaufstelle für die Europäische Kommission und die Koordinatoren der anderen Mitgliedsstaaten zu gewährleisten.

2. Unabhängigkeitserfordernis

Art. 50 Abs. 2 DSA sichert die Unabhängigkeit des Koordinators für digitale Dienste. Mitgliedsstaaten müssen gewährleisten, dass dieser seine Aufgaben unparteiisch, transparent und zeitnah erfüllt. Hierzu ist es erforderlich, dass dem Koordinator die notwendigen technischen, finanziellen und personellen Mittel zur Verfügung stehen. Zudem soll der Koordinator in der Lage sein, seinen Haushalt innerhalb bestimmter Grenzen selbstständig zu verwalten, um seine Unabhängigkeit zu wahren.

Der Koordinator muss ohne äußere Einflüsse oder Weisungen von anderen Behörden oder privaten Einrichtungen agieren können. Deshalb

19 EW 104 DSA.

kann es weder eine Fach- noch eine Rechtsaufsicht geben.²⁰ Trotz dieser Unabhängigkeit unterliegt der Koordinator gewissen Rechenschaftspflichten, insbesondere in Bezug auf finanzielle Ausgaben, die durch nationale Parlamente kontrolliert werden sollen, Art. 50 Abs. 3 S. 2 DSA.

V. Vorgaben für die Einrichtung des Koordinators nach dem DDG

1. Bundesnetzagentur als Koordinator für digitale Dienste

Lange Zeit wurde gerätselt, welche Behörde in Deutschland zum Koordinator für digitale Dienste ernannt wird. Mit den Landesmedienanstalten, der Bundesnetzagentur oder auch dem Bundeskartellamt verfügt Deutschland bereits über mehrere Regulierungsbehörden, die für den Posten des Koordinators für digitale Dienste vorgeschlagen wurden.²¹ § 12 Abs. 1 DDG bestimmt nun, dass die Bundesnetzagentur Koordinator für digitale Dienste wird.²² § 14 Abs. 2 und 3 DDG schreiben vor, dass dem Koordinator für digitale Dienste die notwendigen Personalmittel und die Sachausstattung für die Erfüllung seiner Aufgaben zu gewähren sind. Dazu gehört ein selbstständiger Forschungsetat. Angesichts der fortgeschrittenen und komplexen Technologien im Zusammenhang mit den Vermittlungsdiensten muss auch

20 Ebenso gegen eine Fach-, Rechts-, oder Dienstaufsicht sprechen sich *Kühling*, Rechtsgutachten zur Unabhängigkeit des Koordinators für digitale Dienste nach dem Gesetz über digitale Dienste der Europäischen Union, 10/2022, S. 19 ff., 25 f., 40 f.; *Ludwigs*, DVBl 2023, 577, 580 ff und *Rademacher*, in: Hoffmann/Raue, NK-DSA, Art. 50 Rn. 13 aus. *Cornils/Auler/Hirsch*, Vollzug des Digital Services Act in Deutschland – Implementierung einer verbraucherorientierten Aufsichtsbehördenstruktur Zur Debatte um die Unabhängigkeit - Kommentare?, S. 42 f. hingegen plädieren in ihrem Gutachten gegen ein so weitreichendes Unabhängigkeitsverständnis und sprechen sich für eine Rechtsaufsicht sowie eine allgemeine Fachaufsicht aus, die sich aber nicht auf einzelne Regulierungsentscheidungen bezieht.

21 Zu der Eignung möglicher Kandidaten siehe *Cornils/Auler/Hirsch*, Vollzug des Digital Services Act, S. 63 ff.; *Ludwigs*, DVBl 2023, 577, 578 ff.; *Hain/Rößner*, F.A.Z. v. 05.07.2022, S. 13.

22 Diese wurde von *Hain/Rößner*, F.A.Z. v. 05.07.2022, S. 13 noch abgelehnt, wenn die BNetzA nicht „fachlich weisungsfrei gestellt“ werde. *Kühling*, Rechtsgutachten zur Unabhängigkeit des Koordinators für Digitale Dienste nach dem Gesetz über Digitale Dienste der Europäischen Union, S. 51 macht deutlich, dass eine Eingliederung des Koordinators in die Bundesnetzagentur möglich ist, wenn die Rechts-, Fach- und Dienstaufsicht ausgeschlossen sei. Siehe dazu auch *Ludwigs*, DVBl 2023, 577, 579 ff. Einer Zuständigkeit der BNetzA positiv gegenüberstehend: *Cornils/Auler/Hirsch*, Vollzug des Digital Services Act, S. 68 f.

auf Seiten der Aufsichtsbehörde eine entsprechende Expertise aufgebaut werden. Die Bundesnetzagentur soll auf Augenhöhe mit den Anbietern von Vermittlungsdiensten operieren können.²³ Nach § 14 Abs. 1 DDG liegt der Sitz der neuen Behörde in Bonn. Die Leitung unterliegt nach § 16 Abs. 1 DDG dem jeweiligen Leiter, der auch die Entscheidungen nach den Bestimmungen des DSA trifft, und grundsätzlich auch die Bundesrepublik Deutschland im Europäischen Gremium für digitale Dienste vertritt (§ 16 Abs. 2 DDG). Die Amtszeit beträgt 5 Jahre mit der Möglichkeit einer einmaligen Verlängerung (§ 16 Abs. 3 DDG). Der Leiter der Koordinierungsstelle wird durch den Präsidenten der Bundesnetzagentur gegenüber dem Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz vorgeschlagen und nach Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Digitales und Verkehr durch den Bundespräsidenten ernannt (§ 16 Abs. 4 DDG).

2. Weitere zuständige Behörden

Daneben sind weitere Behörden als zuständige Behörden gem. Art. 49 Abs. 1 DSA zu benennen. In § 12 Abs. 2 DDG wird die Bundeszentrale für Kinder- und Jugendmedienschutz mit der Überwachung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen betreffend Anbieter von Vermittlungsdiensten, die sich in erster Linie an Minderjährige richten oder überwiegend von Minderjährigen genutzt werden (Art. 14 Abs. 3 DSA), sowie mit dem Online-Schutz Minderjähriger (Art. 28 DSA), betraut. Auf diese Weise soll ein einheitlicher Regulierungsansatz für den Schutz Minderjähriger und ein allgemeines hohes Schutzniveau gewährleistet werden.²⁴ Ferner wird in der Bundeszentrale für Kinder- und Jugendmedienschutz eine Stelle zur Durchsetzung von Kinderrechten in digitalen Diensten mit Sitz in Bonn eingerichtet (§ 12 Abs. 2 Satz 1 DDG). Zu beachten ist, dass für Maßnahmen nach dem Jugendmedienschutz-Staatsvertrag die Landesmedienanstalten zuständig sind (§ 12 Abs. 2 Satz 2 DDG). Eine fortwährende Zusammenarbeit zwischen dem Koordinator für digitale Dienste und den weiteren zuständigen Behörden ist für eine gelingende Aufsicht unabdingbar.²⁵ Die Bundesnetzagentur, die Bundeszentrale für Kinder- und Jugendmedienschutz, der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit sowie die Landesmedienanstalten sollen daher gem. § 18 Abs. 1

23 BT-Drs. 20/10031, Begründung zu § 14 DDG-E.

24 BT-Drs. 20/10031, Begründung zu § 12 DDG-E.

25 BT-Drs. 20/10031, Begründung zu § 18 DDG-E.

DDG kooperativ und vertrauensvoll zusammenarbeiten. Die Einzelheiten der Zusammenarbeit werden dabei in einer Verwaltungsvereinbarung näher geregelt (§ 18 Abs. 2 DDG).

3. Einrichtung eines Beirats

Weiterhin wird dem neuen Koordinator für digitale Dienste ein Beirat (§ 21 Abs. 1 DDG) angehören. Als Expertengremium soll er der Bundesnetzagentur als Bindeglied zwischen Wissenschaft und Praxis dienen.²⁶ Der Beirat soll aus 16 Vertretern der Wissenschaft und der Zivilgesellschaft, einschließlich Verbraucherverbänden und Wirtschaftsvertretern, bestehen. Die Vertreter sollen insbesondere hinsichtlich der Geschäftsmodelle digitaler Dienste über besondere rechtliche, wirtschaftswissenschaftliche, sozialpolitische oder technologische Erfahrungen oder über ausgewiesene einschlägige wissenschaftliche Kenntnisse verfügen (§ 21 Abs. 2 DDG). Der Beirat hat dabei nach § 21 Abs. 3 DDG insbesondere die Funktion, die Bundesnetzagentur in Fragen der Anwendung und Durchsetzung des DSA zu beraten (Nr. 1), allgemeine Empfehlungen zu wirkungsvollen und einheitlichen Durchführungen des DSA vorzuschlagen (Nr. 2) und wissenschaftliche Fragestellungen an die Koordinierungsstelle heranzutragen (Nr. 3). Berufen werden die Mitglieder des Beirats auf Vorschlag des Deutschen Bundestages vom Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Digitales und Verkehr für die Dauer der Wahlperiode des Deutschen Bundestages (§ 21 Abs. 4 DDG). Auch die Mitglieder des Beirats sind in der Ausübung ihrer Tätigkeit unabhängig und unterliegen keinerlei Weisungen (§ 21 Abs. 5 DDG).

4. Zusammenarbeit mit externen Behörden

§ 19 DDG bestimmt die Zusammenarbeit des nationalen Koordinators mit den externen Behörden. Sofern Vorschriften über den Datenschutz berührt werden, entscheidet der nationale Koordinator im Benehmen mit der zuständigen Datenschutzbehörde (§ 19 Abs. 1 DDG). Daneben arbeitet der nationale Koordinator auch mit dem Bundeskartellamt (§ 19 Abs. 2 DDG) und mit dem Bundeskriminalamt (§ 19 Abs. 3 DDG) zusammen. Auf diese

26 BT-Drs. 20/10031, Begründung zu § 21 DDG-E.

Weise soll eine kooperative und vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen den Behörden gewährleistet werden.²⁷

5. Die nationale Verankerung des Unabhängigkeitserfordernisses

Das Unabhängigkeitserfordernis aus Art. 50 Abs. 2 DSA wurde auch in das nationale Recht übertragen.²⁸ Der Koordinator für digitale Dienste hat gem. § 15 DDG bei der Wahrnehmung der ihm zugewiesenen Aufgaben völlig unabhängig zu sein. Er darf weder direkt noch indirekt beeinflusst werden noch Weisungen entgegennehmen. Der strenge Maßstab des Unabhängigkeitserfordernisses orientiert sich an der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs.²⁹ Aus diesem Grund wurde auch auf einen Verfassungsvorbehalt dergestalt, dass die völlige Unabhängigkeit einer Aufsicht im Einklang mit dem nationalen Verfassungsrecht nicht entgegenstehen sollte, verzichtet. Es verbleiben jedoch die Möglichkeiten der gerichtlichen Kontrolle sowie einzelne Rechenschaftspflichten.³⁰

Als selbstständige Bundesoberbehörde unterliegt die Bundesnetzagentur grundsätzlich der Dienstaufsicht durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz sowie dem Bundesministerium für Digitales und Verkehr. Das Ministerium übt die Dienstaufsicht jedoch nur gegenüber dem Präsidenten der Bundesnetzagentur aus. Die Dienstaufsicht hinsichtlich des nationalen Koordinators führt hingegen allein der Präsident der Bundesnetzagentur und lediglich insoweit, als dass nicht der fachliche Bereich der unabhängigen Aufgabenwahrnehmung berührt ist.³¹

VI. Bewertung der Rolle des nationalen Koordinators bei der Bekämpfung von Desinformation

1. Führungsrolle der Kommission

Bei der Bekämpfung von Desinformation zeigt sich in Zukunft ein Bild paralleler Zuständigkeiten. In erster Linie ist die Kommission mit der

27 BT-Drs. 20/10031, Begründung zu § 18 DDG-E.

28 BT-Drs. 20/10031, Begründung zu § 15 DDG-E.

29 Exemplarisch hierzu EuGH, Urteil vom 09.03.2010 – C-518/07, in welchem dem deutschen Datenschutzbeauftragten eine nur unzureichende Unabhängigkeit attestiert wurde.

30 BT-Drs. 20/10031, Begründung zu § 15 DDG-E.

31 BT-Drs. 20/10031, Begründung zu § 15 DDG-E.

Regulierung der sehr großen Online-Plattformen und Online-Suchmaschinen betraut. In der Folge ist die Kommission somit primär für die Durchsetzung der Risikobewertungs- und Risikominderungsmaßnahmen nach Art. 34 f. DSA zuständig. Auch im Wege der nach dem Verhaltenskodex für Desinformation von 2022 einzurichtenden Task-Force liegt die Überwachung der Einhaltung der neuen Selbstverpflichtungen nach dem Kodex in den Händen der vorsitzenden Kommission. Den nationalen Koordinatoren für digitale Dienste kommt jedoch nach Art. 45 Abs. 3 und 4 DSA die Aufgabe zu, über ihre Mitgliedschaft im Europäischen Gremium für digitale Dienste gem. Art. 61 DSA gemeinsam mit der Kommission die Einhaltung in den Verhaltenskodizes verfolgten Ziele zu überwachen. Dazu zählt auch der Verhaltenskodex für Desinformation von 2022, sodass die Bundesnetzagentur im Zusammenspiel mit der Kommission künftig Einfluss auf die Leitlinien im Kampf gegen Desinformation wird ausüben können.

2. Unabhängigkeit der BNetzA als wichtiges Kriterium

Ein wichtiges Kriterium für das Funktionieren der nationalen Plattformaufsicht wird die Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur sein. Bei der Bundesnetzagentur handelt es sich um eine selbstständige Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz. Damit kommt dem Ministerium im Grundsatz die Fach- und Rechtsaufsicht zu, sodass die Bundesnetzagentur auch gem. Art. 65 Abs. 2 GG dem Ressortprinzip unterliegt und Weisungen der Ministerien entgegenzunehmen hat. Abgeschwächt wird dies durch die Pflicht, Weisungen nach § 193 TKG im Bundesanzeiger zu veröffentlichen, was die Bundesnetzagentur vor illegitimer Einflussnahme schützen soll. § 15 DDG geht über diese Regelung hinaus. Er bestimmt, dass die Bundesnetzagentur weder direkter noch indirekter Beeinflussung unterliegt und keine fachlichen Weisungen entgegennimmt. Die Dienstaufsicht über die Koordinierungsstelle führt allein der Präsident der Bundesnetzagentur. Weitergehende Regelungen, die insoweit auch eine Dienstaufsicht als unzulässig erklären würden,³² wurden indes nicht ins DDG aufgenommen. In Bezug auf die Regulierung von Desinformation schließt § 15 DDG eine illegitime Einflussnahme aus. Durch

32 So gefordert von Kühling, Rechtsgutachten zur Unabhängigkeit des Koordinators für digitale Dienste nach dem Gesetz über digitale Dienste der Europäischen Union, 10/2022, S. 42; Ludwigs, DVBl 2023, 577, 580 ff und Rademacher, in: Hoffmann/Raue, NK-DSA, Art. 50 Rn. 13.

die Vorschrift wird klargestellt, dass fachliche Weisungen an den Koordinator nicht zulässig sind. Die Gewährleistung des Unabhängigkeitserfordernisses ist durch die Beschränkung auf die Dienstaufsicht somit ausreichend sichergestellt und dürfte im Ergebnis auch die Wahl der Bundesnetzagentur als Koordinator für digitale Dienste begünstigt haben.

3. Wahl der „1-Behörden-Lösung“

Nach Einschätzung des Gesetzgebers verfügt die Bundesnetzagentur über eine jahrelange Erfahrung bei der Zusammenarbeit mit anderen nationalen und europäischen Behörden, hat sich zudem die letzten Jahre intensiv mit dem Monitoring von Online-Plattformen beschäftigt und schließlich auch den Gesetzgebungsprozess des DSA selbst intensiv und aktiv begleitet.³³ Damit wurde sich im Ergebnis im Wesentlichen für eine „1-Behörden-Lösung“ entschieden. Nach der Begründung des DDG liegt es sowohl im Interesse der Adressaten des DSA als auch der Nutzer, dass die Kompetenz zur Durchsetzung der Regelungen auf möglichst eine Anlaufstelle vereint wird.³⁴ Lediglich für den Bereich des Schutzes Minderjähriger sind die Bundeszentrale für Kinder- und Jugendmedienschutz sowie die Landesmedienanstalten nach § 12 Abs. 2 DDG zuständig. Für den Bereich des Datenschutzes ist der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit nach § 12 Abs. 3 DDG die zuständige Behörde. Nach dem Willen des Gesetzgebers besteht in diesen Bereichen bereits eine ausreichende Expertise, sodass auf bestehende Strukturen zurückgegriffen werden kann.³⁵ In diesen Bereichen wird es auf eine Zusammenarbeit entscheidend ankommen. Die Kooperation mit anderen zuständigen Behörden ist der Bundesnetzagentur dabei jedoch nicht fremd. Im Bereich der Telekommunikation arbeitet die Bundesnetzagentur bereits vielfältig mit dem Bundeskartellamt und den Landesmedienanstalten zusammen (§ 197 TKG).

33 BT-Drs. 20/10031, Begründung zu § 14 DDG-E.

34 BT-Drs. 20/10031, Begründung zu § 12 DDG-E.

35 BT-Drs. 20/10031, Begründung zu § 12 DDG-E.

4. Einheitliche Aufsicht über Plattformen

Um der angestrebten „1-Behörden-Lösung“ möglichst umfassend gerecht zu werden, wird nach § 22 DDG die Bundesnetzagentur neben der Durchsetzung des DSA auch zur zuständigen Behörde für die Durchsetzung der P2B-Verordnung erklärt, die die Vorschriften des DSA in Hinblick auf Online-Vermittlungsdienste und Nutzer mit Unternehmenswebsites ergänzt. Somit kommt es im aufsichtsrechtlichen Bereich zu einer Harmonisierung der Kompetenzen bei der Bundesnetzagentur.³⁶ Dies stellt insbesondere für die Nutzer einen wesentlichen Vorteil dar, da diese in Zukunft mit der Bundesnetzagentur einen zentralen Ansprechpartner haben werden, was die Durchsetzung ihrer Rechte erleichtern soll. Dies hat insbesondere für das in Art. 53 DSA statuierte Beschwerderecht Bedeutung. Bei der Errichtung der Behörde innerhalb der Bundesnetzagentur wird es entscheidend darauf ankommen, eine schnelle und unkomplizierte Anlaufstelle für die Nutzer einzurichten, die eine effektive Rechtsdurchsetzung ermöglicht. Die verbraucherenschutzrechtliche Rolle nimmt die Bundesnetzagentur seit jeher auch in anderen Bereichen der sektorspezifischen Regulierung wie zum Beispiel der Telekommunikation ein, in denen sie sich in den letzten Jahren vermehrt mit den Rechten der Verbraucher auseinandergesetzt hat.³⁷ Im Zuge ihrer Aufgabe als Koordinator für digitale Dienste kann die Bundesnetzagentur nunmehr von ihrem etablierten Beschwerdemanagement mit Nutzern aus dem Bereich der Telekommunikation profitieren und auf bewährte Mechanismen zurückgreifen.

5. Berücksichtigung der Interessen der Landesmedienanstalten

Während die Landesmedienanstalten im Referentenentwurf des Bundesministeriums für Digitales und Verkehr noch unberücksichtigt blieben, konnten sie im Gesetzentwurf der Bundesregierung zumindest eine partielle Zuständigkeit für den Schutz Minderjähriger erringen. § 12 Abs. 2 DDG regelt dabei die Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche von der Bundeszentrale für Kinder- und Medienschutz und den Landesmedienanstalten. Die Bundeszentrale ist nur für Vorsorgemaßnahmen nach Art. 28 Abs. 1 DSA zuständig, soweit diese nicht Maßnahmen nach dem Jugendmedien-

36 BT-Drs. 20/10031, Begründung zu § 22 DDG-E.

37 Bundesnetzagentur, Tätigkeitsbericht 2022/2023, S. 199 ff.

schutz-Staatsvertrag betreffen. Damit wird die in den Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 1 und 7 GG getroffene Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern auch für den Vollzug des DSA gewahrt.³⁸ Für den Bereich der Plattformregulierung wird die Kompetenz der Landesmedienanstalten zukünftig mit Ausnahme des Jugendmedienschutzes weitgehend von den europarechtlichen Vorgaben überlagert. Die Zuständigkeit für die sehr großen Online-Plattformen und Online-Suchmaschinen liegt künftig bei der Kommission und den nationalen Koordinatoren.³⁹ Aufgrund des Anspruchs auf Vollharmonisierung werden beispielsweise die Kompetenzen der Landesmedienanstalten für die Durchsetzung der Transparenzpflichten nach § 93 MStV zurücktreten, da insbesondere mit Art. 27 DSA eine entsprechende Vorschrift auf europäischer Ebene existiert, deren Durchsetzung nunmehr im Verantwortungsbereich der Bundesnetzagentur als zuständiger Koordinator für digitale Dienste liegen wird. Auch erübrigt sich das Tätigkeitsfeld des Bundesamts für Justiz, welches bisher als Bußgeldbehörde die Einhaltung des NetzDG überwacht hat. Die Bundesnetzagentur steht bei der Herausforderung der Regulierung von Desinformation künftig jedoch nicht alleine da. Die Landesmedienanstalten haben sich in den letzten Jahren vermehrt mit der Plattformregulierung auseinandergesetzt. § 18 DDG bestimmt die Zusammenarbeit der Bundesnetzagentur mit den Landesmedienanstalten, sodass auch in Zukunft weiter auf die Expertise der Landesmedienanstalten zurückgegriffen werden kann.

VII. Fazit

Der Bundesnetzagentur wird die wichtige Aufgabe der Umsetzung des DSA zukommen. Um ihrer Aufgabe gerecht werden zu können, muss die Bundesnetzagentur auch in Zukunft frei von staatlichem und wirtschaftlichem Einfluss bleiben. Daher wurde das Erfordernis der Unabhängigkeit sowohl im europäischen als auch im nationalen Recht fest verankert.

Mit der Entscheidung für die Bundesnetzagentur hat sich der Gesetzgeber im Wesentlichen für die „1-Behörden-Lösung“ entschieden. Mit Ausnahme gewisser Vorschriften im Bereich des Jugend- und des Datenschutzes verbleiben die Kompetenzen bei der Durchsetzung der Vorschriften des DSA damit in Zukunft zentral bei der Bundesnetzagentur. Konsequenz

38 BT-Drs. 20/10031, Begründung zu § 12 DDG-E.

39 BT-Drs. 20/10031, Begründung DDG-E, S. 61.

erscheint auch der Schritt, die Bundesnetzagentur als zuständige Behörde für die Pflichten nach der P2B-VO zu erklären. Auf diese Weise kann insbesondere ein aufsichtsregulatorischer Gleichlauf zwischen den Anbietern von Online-Plattformen und Online-Suchmaschinen sichergestellt werden.

Im Ergebnis ist die Entscheidung des Gesetzgebers für die Bundesnetzagentur als zukünftiger Koordinator für digitale Dienste zu begrüßen. Die Bundesnetzagentur agiert bereits weitestgehend unabhängig und hat langjährige Erfahrung in dem Bereich der sektorspezifischen Regulierung. Mit der Plattformregulierung kommt nun ein weiteres umfangreiches Aufgabengebiet hinzu. Somit wird auch der Bereich der Regulierung von Desinformation neu strukturiert. Das bisher anwendbare NetzDG tritt außer Kraft und wird durch die Vorschriften des DSA verdrängt. Danach liegt die Aufsicht über die Anbieter sehr großer Online-Plattformen und Online-Suchmaschinen künftig primär in den Händen der Europäischen Kommission und die nationale Koordinierung der Aufsicht in den Händen der Bundesnetzagentur. Jedoch kann auch die Bundesnetzagentur insbesondere im Wege ihrer Mitgliedschaft im Gremium Einfluss auf die Regulierung von Desinformation üben. Dies betrifft vor allem auch die Implementierung von Verhaltenskodizes wie den 2022 Code of Practice on Disinformation, in deren Rahmen die Bundesnetzagentur als Mitglied des Gremiums für die Einhaltung und Weiterentwicklung maßgeblich verantwortlich ist. Angesichts der Expertise der Bundesnetzagentur im Bereich der sektorspezifischen Regulierung erscheint die Wahl insgesamt sachgerecht.

Die sehr großen Online-Plattformen und Online-Suchmaschinen nehmen eine immer bedeutsamere Stellung in der Wirtschaft und dem Mediensystem ein. Die Europäische Kommission beansprucht in diesen Bereichen umfangreiche Zuständigkeiten. Es wird eine Rahmenordnung (DSA, dem DMA, der KI-VO, EMFA, Data Act, Data Governance Act) geschaffen, die die Tätigkeiten der Plattformen in Europa in geordnete Bahnen lenken soll. Dies kann aber nur gelingen, wenn für die Durchsetzung dieser Regelungen ein neues institutionelles Arrangement getroffen wird. Im Mittelpunkt steht hier die Europäische Kommission, die für die sehr großen Online-Plattformen und Online-Suchmaschinen zuständig ist. Sie ist aber auf nationale Koordinatoren angewiesen, damit ihre Mission gelingen kann. Mittelfristig ist es sinnvoll, hierfür eine Digitalagentur zu schaffen, die für die Umsetzung der neuen europäischen Regelungen auf der nationalen Ebene zuständig sind. Diese könnte unter dem Dach der Bundesnetzagentur errichtet werden.

Soziale Netzwerke im Schnittpunkt von Medien- und Finanzmarktrecht: Regulatorische Anforderungen an sog. Finfluencer

Florian Möslin

Mit dem Jubilar verbindet mich, rein räumlich betrachtet, die gesamte Grundfläche unserer beiden Lehrstühle, die sich im ersten bzw. zweiten Stockwerk des Marburger Savignyhauses befinden. Für einen Beitrag zu nachbarschaftlichen Streitigkeiten fehlt jedoch neben der Fachkompetenz auch jeglicher Anlass, selbst nach über einem Jahrzehnt der Lehrstuhl-Nachbarschaft. Angesichts dieses guten nachbarschaftlichen Verhältnisses bietet der feierliche Anlass stattdessen die ungleich erfreulichere Gelegenheit, die wissenschaftliche Nachbarschaft zu thematisieren und inhaltliche Schnittmengen zu identifizieren. Dass das Medienrecht ein früher Wegbereiter des Rechts der Digitalisierung war, hat der Jubilar stets zu Recht betont. Die durch Digitalisierung bedingten Veränderungen der Medienlandschaft waren beispielsweise bereits vor mehr als zwei Jahrzehnten Gegenstand seines Gutachtens für den Deutschen Juristentag unter dem Titel „Konvergenz der Medien – Sollte das Recht der Medien harmonisiert werden?“¹

Dass das Medienrecht auch Schnittmengen zum Finanzmarktrecht aufweist, liegt dagegen weniger auf der Hand. Wissenschaftliche Beiträge, die beide Rechtsgebiete verknüpfen, sind Raritäten,² obwohl soziale Medien

1 G. Gounalakis, Konvergenz der Medien - Sollte das Recht der Medien harmonisiert werden? Gutachten C für den 64. Deutschen Juristentag, München 2002.

2 Vgl. jedoch C. Schröder, Strafrechtliche Risiken für den investigativen Journalismus? – Die Meinungs- und Pressefreiheit und das Wertpapierhandelsgesetz, NJW 2009, 465; ferner: U. Tolkmitt/T. Schomerus, Finanzmarktstabilisierung contra Informationsfreiheit? – Keine Einschränkung des Informationsfreiheitsgesetzes, NVwZ 2009, 568. In der medienrechtlichen Lehrbuchliteratur finden sich – immerhin – sehr vereinzelt kapitalmarktrechtliche Anklänge, s. etwa M. Paschke, Medienrecht, 3. Aufl., Berlin 2009, S. 451 (Rn. 1290); umgekehrt sucht man in den gängigen kapitalmarktrechtlichen Lehrbüchern vergeblich nach medienrechtlichen Bezügen.

im Finanzmarktrecht durchaus Beachtung finden.³ Besonders das Phänomen der sog. Finfluencer betrifft beide Rechtsgebiete, weil Finfluencer im Schnittfeld von Medien- und Finanzmarktrecht agieren. Erst kürzlich warnte die Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA) in einer Mitteilung „For people posting Investment Recommendation on social media“ nachdrücklich davor, bei Nutzung sozialer Netzwerke finanzmarktrechtliche Vorgaben zu missachten.⁴

I. Einführung

1. Soziale Netzwerke, soziale Medien und Influencer

Soziale Netzwerke sind in der (auch nach Inkrafttreten des DDG fortgeltenden) Vorschrift des § 1 Abs. 1 S. 1 NetzDG legaldefiniert: Der Gesetzgeber versteht unter diesem Begriff „Plattformen im Internet [...], die dazu bestimmt sind, dass Nutzer beliebige Inhalte mit anderen Nutzern teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich machen“.⁵ Solche Netzwerke wie Instagram oder TikTok bieten die Möglichkeit, Informationen auszutauschen, Meinungen zu äußern und Beziehungen aufzubauen, indem sie Nutzern erlauben, miteinander zu interagieren, Inhalte zu teilen und sich zu vernetzen.⁶ Nutzer können auf sozialen Netzwerken Profile anlegen, Freundschaftsanfragen senden, Nachrichten verschicken und Inhalte teilen. Der breitere Begriff der sozialen Medien bezieht sich ebenfalls auf digitale Plattformen und Technologien, die es Nutzern ermöglichen, Inhalte zu erstellen, zu teilen und zu konsumieren. Neben sozialen Netzwerken umfasst er

3 P. Buck-Heeb, Insiderrecht und soziale Medien, AG 2021, 42; L. Klöhn/N. Bartmann, Kapitalmarktkommunikation über soziale Medien, AG 2014, 737; R. Mayer-Uellner, Kapitalmarktrechtliche Unternehmenspublizität über soziale Medien, NZG 2013, 1052.

4 European Securities and Markets Authority v. 6. Februar 2024, ESMA 74-1103241886-912, abrufbar unter <https://www.esma.europa.eu/document/warning-posting-investment-recommendation-social-media>.

5 Zu dieser Legaldefinition näher E. Hoven/H. Gersdorf in: BeckOK InfoMedienR, 42. Ed. 1.8.2023, NetzDG § 1 Rn. 12; M. Liebsching in: M. Paschke/W. Berlit/C. Meyer/L. Kröner (Hrsg.), Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2021, § 1 NetzDG Rn. 6-9.

6 Näher etwa P. Adelberg, Rechtspflichten und -grenzen der Betreiber sozialer Netzwerke, Wiesbaden 2020, S. 10 f.

auch Blogs, Foren, Podcasts, Video-Plattformen und Messaging-Dienste.⁷ Im Vergleich zu den herkömmlichen Massenmedien reduziert sich besonders bei sozialen Netzwerken das Gefälle zwischen Sender und Empfänger: An die Stelle medialer Monologe treten nutzergenerierte Inhalte und soziale Interaktion.⁸

Soziale Netzwerke haben ein Phänomen befördert, das den Fluchtpunkt dieses Beitrags bildet, nämlich die Verbreitung sog. Influencer. Darunter versteht man Nutzer sozialer Netzwerke, die eine relevante Anzahl anderer Nutzer als sog. Follower längerfristig an sich binden, indem sie regelmäßig Inhalte posten und durch die Initiierung sozialer Interaktion ein besonderes Gefühl der Nahbarkeit hervorrufen.⁹ Die Tätigkeit von Influencern kann je nach Geschäftsmodell (Beauftragung durch Unternehmen, finanzierte Produktplatzierung, Partnerprogramme sozialer Plattformen, Merchandising) wirtschaftlich sehr lohnend sein.¹⁰ Sie wirft zugleich vielfältige Rechtsfragen auf, mit Bezügen beispielsweise auch zum Verbraucherrecht.¹¹ Im Fokus steht die Zulässigkeit des Influencer-Marketings, insbesondere die Frage nach einer Kennzeichnungspflicht.¹² Das Medienrecht sieht einige solche Pflichten vor, namentlich die Pflicht zur Kennzeichnung kommerzieller Kommunikation gem. § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG sowie die Pflicht zur Kennzeichnung von Werbung gem § 22 MStV. Diese Pflichten finden auf Influencer Anwendung, soweit es sich bei den genutzten Social-Media-Accounts um Telemedien nach § 1 Abs. 1 S. 1 TMG bzw. § 2 Abs. 1 S. 3 MStV handelt.¹³ Darüber hinaus ergingen kürzlich drei wettbewerbsrechtliche

7 Zum Begriff vgl. etwa W. Büscher, Soziale Medien, Bewertungsplattformen & Co, GRUR 2017, 433 (433); R. Schwartman/R. Ohr, Recht der sozialen Medien, Heidelberg 2015, S. 1.

8 M. Schmidt/M. Pruß in: A. Auer-Reinsdorff/I. Conrad (Hrsg.), Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl., München 2019, § 3 Rn. 252 ff.

9 Zum Begriff H. Arendt, Stichwort „Influencer“ in: M. Alber u.a. (Hrsg.), Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, 65. Ed. 2023, Rn. 1.

10 Für einen Überblick über die Einnahmequellen vgl. S. Schmidt/S. Kollmann/F. Karl, Rasanter Aufstieg der Influencer, DStR 2021, 765 (765 f.).

11 Näher C. Willems, Influencer als Unternehmer, MMR 2018, 707.

12 Monographisch etwa C. Alberts, Die rechtliche Bewertung der Tätigkeit von Influencern unter besonderer Berücksichtigung werberechtlicher Problemstellungen, Baden-Baden 2021; P. Fries, Influencer-Marketing, Wiesbaden 2019; H. Nadi, Die rechtlichen Anforderungen an die Werbekennzeichnung im Influencer Marketing, Baden-Baden 2022; D. Wuttke, Rechtsfragen des Influencer-Marketings, Frankfurt/M. 2022.

13 R. Brtka/M. Witzmann, Der Einsatz von Influencer-Marketing in Social Media, GRUR-Prax 2021, 657 (659); J. Glöckner: Lauterkeitsrechtliche Schranken für Influencer in sozialen Medien, NJW 2021, 3427 (3430 f.).

Leitentscheidungen des BGH,¹⁴ die auf einer Vielzahl von Beiträgen und instanzgerichtlichen Urteilen aufbauen.¹⁵ Sie sollten der Praxis als verlässlicher Rahmen dienen, konnten allerdings noch nicht die gesetzlichen Neuregelungen berücksichtigen, die mit dem Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht mWv 28.5.2022 in § 5a Abs. 4 S. 2 und 3 UWG eingefügt worden sind.¹⁶

2. Relevanz für die private Kapitalanlage

Soziale Netzwerke, soziale Medien und Influencer spielen auch im Bereich der Finanzmärkte eine zunehmend wichtige Rolle. Die Kapitalmarktkommunikation von Unternehmen erfolgt zunehmend über soziale Medien,¹⁷ was Fragen zur Vereinbarkeit mit kapitalmarktrechtlichen Offenlegungspflichten und namentlich der Ad-hoc-Publizitätspflicht gem. Art. 17 MMVO aufwirft.¹⁸ Zudem fragt sich aus insiderrechtlicher Perspektive, ob über soziale Medien verbreitete Informationen „öffentlich bekannt“ iSv Art. 7 Abs. 1 MMVO sind.¹⁹ Zugleich verändern sich die Intermediäre, die solche Informationen für Kleinanleger aufbereiten und „übersetzen“: Die Information erfolgt immer seltener über tradierte Anlageberater und immer häufiger auf digitalem Wege. Teils werden die Informationen selbst automatisiert aufbereitet (sog. Robo Advice), was primär aufsichts- und

14 BGHZ 231, 38 – Influencer I; BGHZ 231, 87 – Influencer II; BGH NJW 2022, 2106 – Influencer III.

15 Für umfangreiche Nachw. vgl. J. Feddersen in: H. Köhler/J. Bornkamm/J. Feddersen (Hrsg.), UWG, 42. Aufl., München 2024, § 5a vor Rn. 4.78 bzw. Rn. 4.91.

16 Näher: C. Alexander, Transparenz beim Influencer-Marketing: BGH-Rechtsprechung und UWG-Neuregelungen, ZUM 2022, 77; M. Harder, Informationspflichten von Influencern, ZfPC 2022, 178; L. Köberlein, Kennzeichnungspflichten beim Influencer-Marketing: Die drei Influencer-Urteile des BGH, ZVertriebsR 2022, 102; S. Laoutoumai, Einsatz von Corporate Influencern im Lichte der Influencer-Entscheidungen des BGH, RD 2022, 340; F. Remmert, Wettbewerbsrechtliche Fallstricke des Einsatzes von Corporate Influencern, GRUR-Prax 2023, 737; R. Schaub, Kennzeichnungspflichtige Gegenleistungen beim Influencer-Marketing, NJW 2022, 2510.

17 Allgemeiner zur Unternehmenskommunikation: L.-C. Wolter/D. Graewe/E. Adam, Social-Media Kommunikation für Vorstände und Aufsichtsräte, BB 2023, 2890; demnächst: F. Möslin/O. Hinz (Hrsg.), Digitale Unternehmenskommunikation, Tübingen 2024.

18 Hierzu näher, allerdings jeweils noch auf Grundlage von § 15 WpHG a.F.: L. Klöhn/N. Bartmann AG 2014, 737; R. Mayer-Uellner NZG 2013, 1052.

19 Ablehnend P. Buck-Heeb AG 2021, 42 (44 f.).

vertragsrechtliche Fragen aufwirft.²⁰ Ein anderes Beispiel, das unmittelbar auf dem Phänomen sozialer Netzwerke basiert, ist das sog. Social Trading, bei dem Anleger als Follower die Anlagestrategien und Portfolios anderer Nutzer sehen, diskutieren und abbilden.²¹ Beim Social Trading bestehen Bezüge zum Medienrecht, weil Plattformbetreiber je nach Ausgestaltung gem. §§ 8 ff. TMG von der Haftung für die veröffentlichten Inhalte befreit sein können.²²

Besonders groß sind die Berührungspunkte von Medien- und Finanzmarktrecht jedoch im Hinblick auf sog. Financial Influencer oder kurz „Finfluencer“. Dabei handelt es sich um Personen, die auf sozialen Medien über Finanzthemen informieren und Tipps, Ratschläge und Empfehlungen zu Geldanlagen, Sparstrategien, Altersvorsorge und anderen finanziellen Themen geben.²³ Finfluencer sind eine spezifische Ausprägung von Influencern, deren Fokus jedoch nicht auf Lifestyle, Beauty, Reisen oder Sport liegt. Sie geben vielmehr Ratschläge zu Möglichkeiten der privaten Kapitalanlage und informieren über Finanzprodukte.²⁴ Obwohl das Phänomen relativ neu ist, sind laut einer aktuellen Studie fast 360 deutschsprachige Finfluencer mit insgesamt über zehn Millionen Followern aktiv; einzelne Finfluencer haben zwischen 400.000 und 750.000 Follower.²⁵ Die Unterschiede zu sonstigen Influencern beschränken sich auf die Inhalte; hinsichtlich der Modalitäten der Kommunikation überwiegen dagegen die Ähnlich-

-
- 20 Näher etwa *M. Denga* in: *M. Ebers/C. Heinze/T. Krügel/B. Steinrötter* (Hrsg.), *Rechtshandbuch KI und Robotik*, München 2020, S. 510; *F. Möselein/A. Lordt*, *Rechtsfragen des Robo Advice*, ZIP 2017, 793; vgl. außerdem die Beiträge in *D. Linardatos* (Hrsg.), *Rechtshandbuch Robo Advice*, 2020.
- 21 Zu Marktdaten vgl. *G. Dorfleitner/L. Hornuf* in: *F. Möselein/S. Omlor* (Hrsg.), *FinTech-Handbuch*, 3. Aufl., München 2024, S. 27, 38.
- 22 Näher *S. Omlor/F. Möselein* in: *J. Ellenberger/H.-J. Bunte* (Hrsg.), *Bankrechts-Handbuch*, 6. Aufl., München 2022, § 34 Rn. 77; *T. Söbbing* BKR 2016, 360 (366).
- 23 Illustrativ, auch zu den Risiken: *G. v. Pelchrzim/ M. Succu*, *Finfluencer sind ebenso erfolgreich wie rechtlich umstritten*, *Börsenzeitung* v. 28. Juli 2023, abrufbar unter <https://www.boersen-zeitung.de/recht-kapitalmarkt/finfluencer-sind-ebenso-erfolgreich-wie-rechtlich-umstritten>.
- 24 Einführend *S. Laoutoumai/M. Cobe*, *Anlageempfehlungen und Finanztipp von sog. „Finfluencern“*, WRP 2022, 290, 291; vgl. außerdem *A. Sajnovits*, *Swarm Trading – Kapitalmarktregulierung im Zeitalter von sozialen Medien und Neo-Brokern*, in: *Köhler/Korch* (Hrsg.), *Schwärme im Recht*, Tübingen 2022, S. 197 (199-202).
- 25 *J. Müllner/E. Barrantes/M. Kovarova-Simecek/H. Zülch*, *Einfluss von Finfluencern*, KoR 2023, 245; vgl. außerdem *I. Narat*, *Finfluencer – der Insta-Boom und seine Tücken*, *Handelsblatt* v. 7. Februar 2024, abrufbar unter <https://www.handelsblatt.com/finanzen/maerkte/soziale-medien-finfluencer-der-insta-boom-und-seine-tuecken/100012905.html>.

keiten, weil auch Finfluencer Social-Media-Plattformen wie YouTube oder Instagram nutzen. Rechtlich bewegen sich Finfluencer daher im Schnittfeld von Medien- und Finanzmarktrecht. Welche spezifischen Rechtsvorgaben für Finfluencer gelten, ist Gegenstand einer Debatte, die erst vor kurzem begonnen hat.²⁶ Während Finfluencer die skizzierten medien- und wettbewerbsrechtlichen Regelungen, die allgemein für Influencer gelten, grundsätzlich gleichermaßen zu befolgen haben,²⁷ unterliegen sie zusätzlich spezifisch finanzaufsichtsrechtlichen Anforderungen.

II. Finanzaufsichtsrechtlicher Erlaubnisvorbehalt (§ 32 Abs. 1 S. 1 KWG)

Zunächst fragt sich, ob Finfluencer vor Aufnahme ihrer Tätigkeit eine schriftliche Erlaubnis der Aufsichtsbehörde benötigen. Einer solchen Erlaubnis bedarf gem. § 32 Abs. 1 S. 1 KWG, wer gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen möchte. Während die Voraussetzung des gewerbsmäßigen Handelns bei Influencern im Einzelfall erfüllt sein kann, weil dafür bereits ausreicht, dass ihre Tätigkeit auf eine gewisse Dauer angelegt ist und mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben wird,²⁸ fragt sich vor allem, ob ihre Tätigkeit unter eines der Geschäfte subsumiert werden kann, die in den Katalogen des § 1 Abs. 1 S. 2 KWG (Bankgeschäfte) bzw. Abs. 1a S. 2 (Finanzdienstleistungen) aufgezählt sind. Denkbar ist eine Qualifikation als

26 Seitens der Aufsichtsbehörden wegbereitend *Dutch Authority for the Financial Markets*, The pitfalls of ‘finfluencing’, Dez. 2021, abrufbar unter https://www.afm.nl/~profmedia/files/publicaties/2021/pitfalls-of-finfluencing.pdf?sc_lang=en; später aufgegriffen in *European Securities and Markets Authority*, Final Report on the European Commission mandate on certain aspects relating to retail investor protection, v. 29. April 2022, ESMA 35-42-1227, abrufbar unter <https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma35-4>, S. 9 (Rn. 22). Vgl. ferner aus europäischer Sicht: F. Pflücke, Regulating Finfluencers, EuCML 2022, 212; aus US-amerikanischer Perspektive M. Stefanou, Finfluencers in the Wild – A Call for Regulation Addressing the Growth of Online Investment Advice, Brooklyn Law Review 88 (2023), 959.

27 S. dazu *Laoutoumai/Cobe* WRP 2022, 290 (293-296); Pflücke EuCML 2022, 212, (215-217); ausführlich F. Möslin/ M. Jetzen, Das Recht der Financial Influencer (Finfluencer), ZBB 2024, 236 (237-242).

28 Zur Einnahmeerzielung von Influencern *Willems* MMR 2018, 707 (710); aus steuerlicher Perspektive: S. Schmidt/S. Kollmann/F. Karl, Rasanter Aufstieg der Influencer – Neue Berufsgruppe im Fokus der Finanzverwaltung, DStR 2021, 765 (765 f.).

Finanzdienstleistung in Form einer Anlagevermittlung oder -beratung gem. § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1, 1a KWG.

1. Anlagevermittlung

Finfluencer betreiben jedoch selbst in Fällen, in denen Follower direkt per Link mit Veräußerern von Finanzinstrumenten Kontakt aufnehmen können, regelmäßig keine Anlagevermittlung, weil die bloße Zusammenführung von Parteien nach der heutigen Gesetzfassung (Streichung der Wörter „oder deren Nachweis“ gem. Art. 3 Nr. 2 FRUG) den Anforderungen nicht genügt, sondern eine „bloße Nachweistätigkeit im Sinne des Gewerberechts darstellt“²⁹ Lediglich in Fällen, in denen sich die Zusammenführung bereits auf ein konkretes Finanzinstrument bezieht, kann die Beurteilung anders ausfallen.³⁰ Es entspricht jedoch nicht der üblichen Praxis, dass Finfluencer den Abschluss eines konkreten Geschäfts bereits so umfassend vorbereiten, dass Follower den Auftrag nur noch signieren und absenden müssen, oder dass Finfluencer die auf Anschaffung oder Veräußerung der Finanzinstrumente gerichteten Willenserklärungen von Followern als Boten weitergeben.³¹ Daher ist Finfluencing in aller Regel nicht als Anlagevermittlung gem. § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1 KWG zu qualifizieren.³²

2. Anlageberatung

Eine Qualifikation als Anlageberatung käme nur in Betracht, wenn Finfluencer die beiden Einschränkungen des § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1a KWG erfüllen würden. Zum einen müssten deren Empfehlungen auf eine Prüfung der persönlichen Umstände des einzelnen Anlegers (Exploration) gestützt sein. Selbst den tatbestandlich bereits ausreichenden Anschein,³³ dass bestimm-

29 Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), Merkblatt Anlagevermittlung, v. 17.5.2011 idF v. 13.7.2017, abrufbar unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb_091204_tatbestand_anlagevermittlung.html;jsessionid=38272ACE4D152DD78249BDB31F9E7661.internet971.

30 IdS EuGH – Rs. C-678/15, BKR 2017, 475 – Khorassani, Rn. 36.

31 Zu diesen Fallgruppen vgl. etwa A. Schwennicke in: ders./D. Auerbach (Hrsg.), KWG-Kommentar, 4. Aufl., München 2021, § 1 Rn. 83.

32 So im Ergebnis auch Laoutoumai/Cobe WRP 2022, 290 (291); rechtsvergleichend Pflücke EuCML 2022, 212 (218).

33 IdS F. Schäfer in: R. Fischer/H. Schulte-Mattler (Hrsg.), KWG - CRR, 6. Aufl., München 2023, § 1 KWG Rn. 146.

te Finanzinstrumente auf Grundlage einer allgemeinen Exploration des individuellen Followers empfohlen werden, erwecken Finfluencer jedoch typischerweise nicht, wenn sie auf YouTube- oder Instagram-Kanälen allgemeine Anlagetipps geben oder sogar bestimmte Finanzinstrumente anpreisen.³⁴ Allerdings könnte selbst ohne Exploration der Auffangtatbestand der „Darstellung als für den Anleger geeignet“ verwirklicht sein, wenn eine Empfehlung zumindest den Eindruck erweckt, dass sie die persönlichen Umstände des Kunden berücksichtigt.³⁵ Die Beiträge von Finfluencern sind zwar typischerweise nicht persönlich auf den einzelnen Follower zugeschnitten, sondern standardisiert. Die Algorithmen der sozialen Netzwerke bewirken aber, dass Follower primär diejenigen Beiträge angezeigt bekommen, die ihren persönlichen Präferenzen entsprechen.³⁶ Ob die Tatbestandsvariante infolge dieser Filterfunktion erfüllt ist, erscheint jedoch fraglich, weil nicht der Finfluencer, sondern das Netzwerk als Dritter diese Filterung vornimmt. § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1a KWG setzt nach Auffassung der Aufsichtsbehörden jedoch voraus, dass der Anschein der Berücksichtigung der persönlichen Umstände dem Unternehmer zumindest zurechenbar ist.³⁷ Eine solche Zurechnung erscheint schwer möglich, wenn die algorithmische Filterung auf sozialen Netzwerken automatisch erfolgt. Zudem schließt die Regelung in jedem Fall solche Empfehlungen aus, die „ausschließlich über Informationsverbreitungskanäle oder für die Öffentlichkeit bekannt gegeben“ werden. Ratschläge an ein breites Publikum sind nicht als Anlageberatung zu qualifizieren, weil sie nicht direkt an einzelne Personen gerichtet sind.³⁸ Ähnlich wie die Berichterstattung in Zeitung, Fernsehen und Internet fällt Finfluencing daher nicht unter § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1a KWG. Wenn Finfluencer ihre allgemeinen Empfehlungen als Einstieg für eine individuelle, typischerweise kostenpflichtige Beratung nutzen,

34 Ähnlich etwa zu Börsenbriefen: P. Balzer, Umsetzung der MiFID: Ein neuer Rechtsrahmen für die Anlageberatung, ZBB 2007, 333 (335).

35 A. Schwennicke (Fn. 31), § 1 Rn. 95, mwH.

36 Näher, auch zu den einschlägigen regulatorischen Anforderungen des Digital Services Act: B. Kandov, Regulatorische Ansätze für Algorithmen auf Online-Plattformen, MMR 2023, 659 (660 f.).

37 Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)/Deutsche Bundesbank, Gemeinsames Informationsblatt zum Tatbestand der Anlageberatung, Stand Februar 2019, S. 4 (oben), abrufbar unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Merkblatt/dl_mb_110513_anlageberatung_neu.html; ähnlich wiederum A. Schwennicke (Fn. 31), § 1 Rn. 95.

38 H. Teuber, Finanzmarkt-Richtlinie (MiFID) - Auswirkungen auf Anlageberatung und Vermögensverwaltung im Überblick, BKR 2006, 429 (430 mwH).

kann zwar dieses zusätzliche Angebot als Anlageberatung erlaubnispflichtig sein.³⁹ Das Finfluencing als solches ist aber nicht als Finanzdienstleistung zu qualifizieren und bedarf daher keiner Erlaubnis gem. § 32 Abs.1 S.1 KWG.

III. Finanzmarktrechtliche Offenlegungspflichten (Art. 20 MMVO)

Erlaubnisfreiheit bedeutet indessen nicht, dass Finfluencer gänzlich frei von finanzmarktrechtlichen Pflichten wären. Die ESMA wies bereits im Jahr 2021 auf die Regeln der europäischen Marktmissbrauchsverordnung (MMVO) hin, denen Anlageempfehlungen in sozialen Medien unterliegen.⁴⁰ In ihrem jüngst veröffentlichten Warnhinweis betont sie erneut die Pflichten, die daraus für Finfluencer resultieren.⁴¹

1. Anwendungsvoraussetzungen

Art. 20 MMVO setzt die Erstellung oder Verbreitung von Anlageempfehlungen oder anderen Informationen voraus, durch die eine Anlagestrategie empfohlen oder vorgeschlagen wird. Die Begriffe „Empfehlung oder Vorschlag einer Anlagestrategie“ bzw. „Anlageempfehlungen“ sind in Art. 3 Abs.1 Nr. 34 und Nr. 35 MMVO legaldefiniert. Während Finfluencer im Gegensatz zu Analysten, Wertpapierfirmen oder Kreditinstituten typischerweise nicht zu dem in Art. 3 Abs.1 Nr. 34 (i) MMVO definierten, qualifizierten Personenkreis zählen, sind gem. Art. 3 Abs.1 Nr. 34 (ii) MMVO Informationen von anderen Personen ebenfalls als Anlagestrategieempfehlung zu qualifizieren, sofern direkt eine bestimmte Anlageentscheidung zu einem Finanzinstrument vorgeschlagen wird.⁴² Bei Finfluencern, die auf sozialen Netzwerken posten, ist typischerweise ohnehin der Tatbestand der Anlageempfehlung gem. Art. 3 Abs.1 Nr. 35 MMVO erfüllt, der eine

39 Ähnlich *Laoutoumai/Cobe* WRP 2022, 290 (291).

40 *European Securities and Markets Authority*, Statement on Investment Recommendations on Social Media, v. 28. Oktober 2021, ESMA 70-154-2780, abrufbar unter <https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma70-154-2780>.

41 S. bereits oben, Fn. 6.

42 Näher *T. Fett* in: Schwark/Zimmer (Hrsg.), Kapitalmarktrechts-Kommentar, 5. Aufl., München 2020, § 85 WpHG Rn. 19.

Qualifikation der Nr. 34 darstellt.⁴³ Die Qualifikation zeichnet sich dadurch aus, dass Anlageempfehlungen – anders als Anlagestrategieempfehlungen – für Verbreitungskanäle oder die Öffentlichkeit vorgesehen sein müssen.⁴⁴ Jedenfalls frei zugängliche oder nur registrierungsbedürftige soziale Netzwerke erfüllen dieses Erfordernis, weil sie einer großen Anzahl von Personen zugänglich sind.⁴⁵ Sobald die Weitergabe von Informationen auf sozialen Netzwerken nicht mehr zielgerichtet gesteuert werden kann, geht das Schrifttum generell von einer Verbreitung aus, die den Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 Nr. 35 MMVO genügt.⁴⁶ Das Kriterium der Verbreitung bildet gleichsam die Grenzlinie zwischen Anlageberatung und -empfehlung. Algorithmische Mechanismen, die diese Verbreitung auf sozialen Netzwerken zielgenau steuern, hat der Ordnungsgeber allerdings (noch) nicht hinreichend mitgedacht.

Erforderlich ist weiterhin, dass die Beiträge der Finfluencer eine „Information“ enthalten. Rein subjektive, nicht überprüfbare Wertungen erfüllen diese Anforderung nicht; erforderlich ist vielmehr der Anschein einer zumindest rudimentären Beschäftigung mit dem betreffenden Finanzinstrument.⁴⁷ Bei den typischen Gestaltungen von Postings auf Social-Media-Kanälen, die sich gerade durch eine stark subjektive Prägung mit Infotainment-Elementen auszeichnen, erscheint diese Abgrenzung äußerst schwierig. Wenn Finfluencer keinerlei Begründung für ihre Vorschläge geben, mag der informative Charakter im Einzelfall fehlen. Gerade weil Anlageentscheidungen zunehmend auf Grundlage von Finfluencer-Empfehlungen getroffen werden, sollten jedoch aus teleologischen Gründen keine allzu

43 B. Geier/K. Hombach/H. Schütt, Finanzanalysen in MiFID II und MAR, RdF 2017, 108 (109).

44 Maßgeblich ist die Absicht bei der Erstellung der Anlageempfehlung, vgl. C. Kumpan in: Schwark/Zimmer (Hrsg.), Kapitalmarktrechts-Kommentar, 5. Aufl., München 2020, Art. 20 MMVO Rn. 58.

45 European Securities and Markets Authority, Final Report – Draft technical standards on the Market Abuse Regulation (MAR), ESMA/2015/1455 v. 28. Sept. 2015, S. 73 (Rn. 341).

46 S. etwa T. Fett (Fn. 42), § 85 WpHG Rn. 19; zum Kriterium selbst: G. Spindler, Kapitalmarktreform in Permanenz - Das Anlegerschutzverbesserungsgesetz, NJW 2004, 3449 (3454).

47 T. Fett (Fn. 42), § 85 WpHG Rn. 11; ähnlich A. Sajnovits in: H.-D. Assmann/U. Schneider/P. Mülbert (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht, 8. Aufl., Köln 2023, Art. 20 MMVO Rn. 25 (muss „zumindest den Eindruck einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit den betreffenden Finanzinstrumenten oder dessen Emittenten“ hervorru-
fen).

strengen Anforderungen an den Anschein der inhaltlichen Beschäftigung mit dem fraglichen Finanzinstrument gelten. Entsprechend weist die ESMA beispielsweise darauf hin, dass umgangssprachliche Formulierungen („non-technical language“) die Qualifikation als Anlageempfehlung keineswegs ausschließen.⁴⁸

Die Information muss weiterhin explizite oder implizite Empfehlungen oder Vorschlägen zu Anlagestrategien enthalten. Die beiden Begriffe Empfehlung und Vorschlag werden einheitlich als Form der „Handlungsanweisung“ an den Empfänger verstanden, wobei sich Dringlichkeit und Ernsthaftigkeit jedoch graduell unterscheiden. Angesichts des typischerweise wenig autoritär erscheinenden Auftretens von Finfluencern, das Empfängern einen großen Entscheidungsspielraum lässt, sind deren Beiträge regelmäßig als Vorschlag zu qualifizieren.

Nach dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 Nr. 35 MMVO ist schließlich erforderlich, dass dieser Vorschlag sich auf ein oder mehrere Finanzinstrumente oder Emittenten bezieht. Die beiden Begriffe des Finanzinstruments bzw. des Emittenten sind in Art. 3 Abs. 1 Nr. 1 bzw. Nr. 21 MMVO definiert, wo hinsichtlich des Begriffs Finanzinstrument auf die Definition in Art. 4 Abs. 1 Nr. 15 MiFID II Bezug genommen wird. Kryptowerte, die in sozialen Medien und von Finfluencern vielfach beworben werden, sind daher nur erfasst, wenn sie als Finanzinstrumente zu qualifizieren sind.⁴⁹ Sofern dies – wie in der Praxis häufig – nicht der Fall ist, findet auf Kryptowerte die neue MiCA-Verordnung Anwendung, die ihrerseits zwar Regelungen zur Anlageberatung,⁵⁰ aber keine mit Art. 20 MMVO vergleichbaren Vorschriften zu Anlageempfehlungen statuiert.⁵¹ Weil der Verordnungsgeber andererseits die Risiken der Verbreitung irreführender Information über Kryptowerte gerade über Plattformen der sozialen Medien mit großem Nachdruck betont,⁵² lässt diese Asymmetrie erhebliche, vom Verordnungsgeber offenbar nicht hinreichend bedachte Regelungslücken im Bereich der Finfluencer befürchten.

48 ESMA (Fn. 6), S. 1.

49 S. dazu auch *Laoutoumai/Cobe* WRP 2022, 290 (291), jedoch ohne Berücksichtigung der MiCA-VO.

50 S. Art. 81 MiCA-VO, vgl. außerdem Art. 60 Abs. 3 lit. g) und Abs. 5 lit. b) MiCA-VO; zu den Pflichten im Einzelnen etwa *K. Michel/Y. Schmitt*, MiCAR – Governance- & Compliance-Anforderungen für Kryptodienstleister, CCZ 2023, 261 (266-268).

51 Zu dieser Zweigliedrigkeit des Regulationssystems näher: *P. Maume*, Die Verordnung über Märkte für Kryptowerte (MiCAR), RDt 2022, 461 (463 f.).

52 Vgl. Erwägungsgrund 24, S. 5; Erwägungsgrund 96, S. 2; Art. 91 Abs. 2 und Abs. 3, jeweils lit. c); Art. 140 Abs. 2 lit. n); Art. 141 S. 2 lit. l) MiCA-VO.

2. Pflichtenkatalog

Wer Anlageempfehlungen oder Empfehlungen oder Vorschläge zu Anlagestrategien im Sinne von Art. 20 Abs. 1 MMVO erstellt oder verbreitet, muss dafür Sorge tragen, dass die Informationen objektiv dargestellt werden. Zudem sind eigene Interessen oder Interessenkonflikte hinsichtlich der Finanzinstrumente, auf die diese Informationen sich beziehen, offenzulegen. Was diese generalklauselartige Pflichtbindung im Einzelnen bedeutet, ergibt sich aus den Ausführungsvorschriften der DelVO 2016/958, die Anlageempfehlungen und Empfehlungen und Vorschläge zu Anlagestrategien gleichermaßen regeln (und einheitlich als „Empfehlungen“ bezeichnen).⁵³ Das Maß der Pflichtbindung unterscheidet sich jedoch personenbezogen: Während die allgemeinen Pflichten für alle Personen gelten, die dem persönlichen Anwendungsbereich des Art. 20 MMVO unterfallen, müssen qualifizierte Personen iSv Art. 3 Abs. 1 Nr. 34 (i) MMVO sowie Sachverständige zusätzliche Anforderungen befolgen.⁵⁴

Für Finfluencer gelten in der Regel nur die allgemeinen Pflichten.⁵⁵ Insoweit verlangen die Ausführungsvorschriften erstens Angaben zur Identität aller Personen, die Empfehlungen erstellen, insbesondere Namen und Berufsbezeichnung (vgl. Art. 2 DelVO 2016/958). Als Ersteller zählen dabei nicht nur die Finfluencer selbst, sondern auch deren Mitarbeiter, die bei der Vorbereitung der Beiträge mitwirken.⁵⁶ Zweitens statuiert Art. 3 DelVO 2016/958 inhaltliche Anforderungen an die objektive Darstellung der Empfehlungen. Belegbare Tatsachen müssen demnach klar von sonstigen Informationen (etwa Stellungnahmen oder Schätzungen) unterschieden werden, Informationsquellen sind klar und nachvollziehbar anzugeben und müssen zuverlässig sein, zukunftsbezogene Informationen (Prognosen, Vorhersagen) bedürfen einer unmissverständlichen Kennzeichnung, schließlich sind Datum und Zeitpunkt der Erstellung anzugeben, um dem Publikum eine Einschätzung der Aktualität der Empfehlung zu erlauben.⁵⁷ Drittens schließlich bedarf es der Offenlegung aller Beziehungen und Umstände, bei denen damit zu rechnen ist, dass sie die Objektivität der Empfehlung beeinträchtigen können. Mithin ist jeder auch nur potentielle Interessen-

53 Erwägungsgrund 1 S. 1 DelVO 2016/958.

54 Überblicksweise *Pflücke* EuCML 2022, 212 (217).

55 S. oben unter II.2.a); vgl. jedoch *Pflücke* EuCML 2022, 212 (217).

56 *Laoutoumai/Cobe* WRP 2022, 290 (292).

57 Näher A. Sajnovits (Fn. 47), Art. 20 MMVO Rn. 70-77.

konflikt offenzulegen.⁵⁸ Entsprechendes Konfliktpotenzial ist beispielsweise gegeben, wenn Finfluencer auf irgendeine Weise von der Auswirkung ihrer Empfehlung auf den Emittenten oder das Finanzinstrument finanziell profitieren, etwa auf der Grundlage vereinbarter Provisionen. Insgesamt ist bei der Offenlegung zu beachten, dass die Angabe eines Links, der zu den entsprechenden Informationen führt, nach behördlicher Auffassung nicht notwendig ausreicht, um die erforderliche Klarheit und unmittelbare, einfache Zugänglichkeit zu gewährleisten.⁵⁹

IV. Kapitalmarktrechtliche Verhaltenspflichten

Während die Regeln zu Anlageempfehlungen bilaterale Informationsdefizite der einzelnen Anleger ausgleichen sollen, birgt die Tätigkeit von Finfluencern auch für die Stabilität des Kapitalmarkts insgesamt Risiken, gerade weil sich ihre Einschätzungen durch soziale Medien schnell und massenhaft verbreiten. Welche Marktdynamiken Finfluencer durch ihre Empfehlungen auslösen können, haben die – filmreifen⁶⁰ – Entwicklungen um die GameStop-Aktie Anfang 2021 gezeigt: Nachdem Influencer Keith Gill die Aktie auf seinem Youtube-Kanal Roaring Kitty als unterbewertet eingeschätzt hatte, verabredeten sich Anleger auf der Plattform Reddit, in die Papiere zu investieren. Hedgefonds, die über Leerverkäufe auf fallende Kurse gesetzt hatten, verloren durch den rasanten Anstieg des Aktienkurses Milliardenbeträge.⁶¹ Online-Broker setzten den Handel mit GameStop-Aktien daraufhin selbständig aus; es folgten Untersuchungen der Börsenaufsicht

58 Ähnlich C. Kumpan (Fn. 44), Art. 20 MMVO Rn. 98.

59 ESMA (Fn. 6), S. 4.

60 Der Fall ist inzwischen u.a. Gegenstand eines Spielfilms („Dumb Money – Schnelles Geld“) geworden, der kürzlich in die deutschen Kinos kam; für eine Rezension vgl. D. Kremer, Plötzlich Millionäre, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 2. Nov. 2023, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/finanzen/gamestop-film-dumb-money-rezension-19257482.html>.

61 Näher zum Sachverhalt: A. Sajnovits, GameStop im Lichte der MAR, ZGR 2021, 84; K. Langenbacher, Kommunikation als Governance-Instrument in der börsennotierten Aktiengesellschaft, ZHR 185 (2021), 414 (440 ff.); K. Wegner, Das „GameStop“-Phänomen nach deutschem Marktmissbrauchsrecht: Marktmanipulation oder legitimes Anlegerverhalten?, BKR 2021, 181.

SEC.⁶² Dem Phänomen des sog. swarm trading, das auf der Interaktion von Nutzern sozialer Medien beruht, gilt seither große Aufmerksamkeit.⁶³

1. Verbot der Marktmanipulation (Art. 15 MMVO)

GameStop wirft die Frage auf, ob der öffentliche Aufruf zum Erwerb von Finanzinstrumenten über soziale Netzwerke als informationsgestützte Marktmanipulation gem. Art. 12 Abs. 1 lit. c) MMVO zu werten ist.⁶⁴ Die Norm sanktioniert, verkürzt gesprochen, die mediale Verbreitung von Informationen, die falsche oder irreführende Signale hinsichtlich des Kurses eines Finanzinstruments senden oder wahrscheinlich senden können oder ein anormales oder künstliches Kursniveau eines Finanzinstruments herbeiführen oder wahrscheinlich herbeiführen können.⁶⁵

Der Begriff der Information ist dabei noch weiter zu verstehen als im Zusammenhang mit Anlageempfehlungen; mangels einschränkender Kriterien beschränkt er sich nicht auf nachprüfbare Tatsachen, sondern umfasst auch bloße Werturteile, Meinungen und Prognosen ohne Tatsachenkern.⁶⁶ Auch bei Verbreitung bloßer Gerüchte kann es sich nach dem Wortlaut um verbotene Marktmanipulation handeln, sofern derjenige, der diese Information verbreitet, wusste oder hätte wissen müssen, dass sie falsch oder irreführend ist.⁶⁷

Die Verbreitungskanäle, die Finfluencer typischerweise nutzen, sind vom Tatbestand erfasst. Die Erwägungsgründe stellen zweifelsfrei klar, „dass die

62 Für den Abschlussbericht vgl. *Securities and Exchange Commission*, Staff Report on Equity and Options Market Structure Conditions in Early 2021, 14. Okt. 2021, abrufbar unter <https://www.sec.gov/page/sec-staff-release-gamestop-report>.

63 S. etwa L. Klöhn/J. Franke, GameStop, Reddit und Swarm Trading, NZG 2021, 257; R. Veil/L. Templer, GameStop, Reddit und die Hedgefonds – Betrachtungen aus der Perspektive des europäischen Kapitalmarktrechts, ZIP 2021, 981; M. Merwald/P. Schauer, Marktmanipulation, Social Media und Noise Trader im Fall GameStop, BKR 2021, 280; J. Piepenburg/ M. Schwarz, Shortseller-Attacken und das „Phänomen GameStop“ im Kontext des Kapitalmarktrafrechts, BKR 2021, 760.

64 M. Merwald/P. Schauer BKR 2021, 280 (284 f.); K. Wegner BKR 2021, 181 (182); J. Piepenburg/ M. Schwarz BKR 2021, 760 (762).

65 Einführend bspw. D. Poelzig, Kapitalmarktrecht, 3. Aufl., München 2023, S. 257 ff.

66 S. etwa T. Möllers/P. Schauer, Twitternde Vorstandsmitglieder und die Fallstricke des Kapitalmarktrechts, NZG 2021, 1333 (1337), selbst Äußerungen wie „Keine Sorge – alles wird gut“ oder „Viele Gute Nachrichten heute“; vgl. außerdem Erwägungsgrund 47 MMVO.

67 D. Poelzig, Kapitalmarktrecht, 3. Aufl., München 2023, S. 258.

Verbreitung falscher oder irreführender Informationen über das Internet, einschließlich über Websites sozialer Medien oder anonyme Blogs, im Sinne dieser Verordnung als gleichwertig mit der Verbreitung über traditionellere Kommunikationskanäle betrachtet werden sollte“.⁶⁸ Die Frage, ob die betreffende Information öffentlich, also einer ausreichend hohen Zahl von Anlegern, zugänglich sein muss,⁶⁹ hat im Hinblick auf Finfluencer wenig Bedeutung, weil dieses Kriterium naturgemäß erfüllt ist.

Ungleich kritischer ist dagegen die Voraussetzung der Eignung der fraglichen Informationen, falsche oder irreführende Signale zu senden oder ein künstliches Preisniveau herbeizuführen. Welche Anforderungen an die Manipulationswahrscheinlichkeit gelten, ist umstritten; teils wird darauf abgestellt, ob die Informationen aus der *ex-ante*-Perspektive eines verständigen Anlegers einen Handlungsanreiz setzen und einen solchen Anleger dazu veranlassen, anders zu handeln, als er in Kenntnis der tatsächlichen Gegebenheiten gehandelt hätte.⁷⁰ Informationen, die Finfluencer teils unter Pseudonymen über soziale Netzwerke verbreiten, erscheinen oft so unzuverlässig, dass man bezweifeln mag, ob verständige oder selbst „realistische“ Anleger ihnen bei der Anlageentscheidung Bedeutung zumessen.⁷¹ Angesichts der Dynamiken im Fall GameStop scheint aber genau dies der Fall zu sein, so dass der Maßstab des verständigen Anlegers in Zeiten von Finfluencern der Anpassung bedarf. Der Warnhinweis der ESMA deutet auf eine entsprechend strengere Sichtweise der Aufsichtsbehörden hin.⁷²

2. Verbot der Offenlegung von Insiderinformationen (Art. 10 MMVO)

Andererseits begrenzt auch das Verbot der Offenlegung von Insiderinformationen gem. Art. 10 Abs. 1 S. 1 iVm Art. 14 MMVO die Tätigkeit von Fin-

68 Erwägungsgrund 48 MMVO; ausführlich T. Kuntz, *Digitale Kommunikation mit Aktionären und Investoren*, ZHR 183 (2019), 191 (222 ff.).

69 Zum Streitstand bündig D. Poelzig, *Kapitalmarktrecht*, 3. Aufl., München 2023, S. 258.

70 Näher etwa D. Zimmer/J. Bator in: Schwark/Zimmer (Hrsg.), *Kapitalmarktrechts-Kommentar*, 5. Aufl., München 2020, Art. 12 MMVO Rn. 87.

71 Skeptisch namentlich K. Wegner BKR 2021, 181 (182 f.); vgl. andererseits M. Merwald/P. Schauer BKR 2021, 280 (282 f.).

72 ESMA (Fn. 6), S. 5 f. Im Fall GameStop sah die BaFin zwar keine Anhaltspunkte für Marktmanipulation; sie hatte aber nur das Handeln der Kleinanleger sowie die Handelseinschränkungen zu prüfen, nicht die Kommunikation des (außerhalb Deutschlands ansässigen) Influencers, vgl. BT-Drs. 19/27219.

fluencern.⁷³ Dieses Verbot beschränkt sich keineswegs auf unternehmensinterne Informationen, auf die Finfluencer (im Gegensatz beispielsweise zu „twitternden“ Vorstandsmitglieder)⁷⁴ als typischerweise externe Personen in der Regel keinen unmittelbaren Zugriff haben. Die Definition des Begriffs „Insiderinformationen“ in Art. 7 Abs. 1 MMVO umfasst vielmehr jede nicht öffentlich bekannte präzise Information, die direkt oder indirekt einen oder mehrere Emittenten oder ein oder mehrere Finanzinstrumente betrifft und die, wenn sie öffentlich bekannt würde, geeignet wäre, deren Kurs erheblich zu beeinflussen. Entsprechend können, wie der Wortlaut von Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 MMVO inzwischen unzweifelhaft belegt, auch Gerüchte Insiderinformationen darstellen.⁷⁵ Voraussetzung ist jedoch ein hinreichender Grad an Präzision iSv Art. 7 MMVO. Dass vage oder allgemeine Informationen vom Begriff der Insiderinformation ausgenommen sind, betonte der EuGH im *Lafonta*-Urteil.⁷⁶

Finfluencer sind ähnlich wie Journalisten potentiell in Gerüchteketten eingebunden und geben auch Marktgerüchte über die sozialen Medien weiter. In einem neueren Urteil unterscheidet der EuGH zwischen zweierlei Informationen, nämlich einerseits dem Hinweis auf die bevorstehende Veröffentlichung und andererseits dem eigentlichen Inhalt dieser Veröffentlichung.⁷⁷ Ungeachtet der Unsicherheiten, die mit Gerüchten naturgemäß verbunden sind, sind Informationen zu bevorstehenden Veröffentlichungen nicht pauschal vom Begriff der Insiderinformation ausgenommen, weil deren Kenntnis durchaus Rückschlüsse auf künftige Kursentwicklungen ermöglicht.⁷⁸ Für die Feststellung, ob solche Informationen spezifisch genug sind, um kursrelevant sein zu können, sind sowohl der Grad an Präzision des Inhalts dieses Gerüchts als auch die Zuverlässigkeit der Quelle,

73 IdS ESMA (Fn. 6), S. 10.

74 Zu diesen näher T. Möllers/P. Schauer NZG 2021, 1333 (1334 f.).

75 S. auch C. Kumpan/R. Misterek in: Schwark/Zimmer (Hrsg.), Kapitalmarktrechts-Kommentar, 5. Aufl., München 2020, Art. 7 MMVO Rn. 78.

76 EuGH Urt. v. 11.3.2015 – C-628/13, ECLI:EU:C:2015:162 – Lafonta/Autorité des marchés financiers.

77 EuGH Urt. vom 15.3.2022 – C-302/20, ECLI:EU:C:2022:190 – M. A gegen Autorité des marchés financiers (AMF); dazu näher: C. Seibt/J. Mohamed, Gerüchte als Insiderinformation, NZG 2022, 1577; M. Nietsch, Die Mitteilung über die Veröffentlichung von Gerüchten durch Journalisten als unbefugte Offenlegung einer Insiderinformation, BKR 2022, 611; F. Möslin, Insiderinformationen in mehrgliedrigen Gerüchteketten, LMK 2022, 808769.

78 So bereits Schlussanträge von GA´in Kokott, ECLI:EU:C:2021:747, Rn. 49.

die dieses Gerücht aufgreift, zu berücksichtigen.⁷⁹ Wenn beispielsweise in Übernahme-sachverhalten der Name des betreffenden Emittenten sowie die Bedingungen des erwarteten öffentlichen Kaufangebots angegeben werden, ist die Information nicht mehr vage oder allgemein im Sinne der *Lafonta*-Rechtsprechung. Für die Zuverlässigkeit der Quelle sind andererseits Faktoren wie die Bekanntheit des Journalisten, der den Artikel verfasst, und des Presseorgans, in dem er veröffentlicht wird, maßgeblich.⁸⁰ Nach diesen Maßstäben lässt sich jedenfalls nicht ausschließen, dass auch von Finfluencern verbreitete Gerüchte als Insiderinformation zählen – jedenfalls, wenn den betreffenden Finfluencer eine entsprechende Reichweite und zugleich Seriosität auszeichnet.⁸¹

V. Journalistenprivileg (Art. 21 MMVO)

Die genannten Pflichten der MMVO zu Anlageempfehlungen, informationsgestützter Marktmanipulation und Offenlegung von Insiderinformationen stehen jedoch unter dem Vorbehalt des sog. Journalistenprivilegs, das in Art. 21 MMVO geregelt ist (vgl. außerdem Art. 20 Abs. 3 UAbs. 4 MMVO) und der Meinungs- und Pressefreiheit gem. Art. 11 EuGrCh dient.⁸² Die Rechtmäßigkeit der Offenlegung und Verbreitung von Informationen bzw. der Weitergabe und Verbreitung von Empfehlungen für journalistische Zwecke oder andere Ausdrucksformen in den Medien ist demnach unter Berücksichtigung der Pressefreiheit, der Meinungsfreiheit und der journalistischen Berufs- und Standesregeln zu beurteilen. Dass (F)Influencer als Journalisten zu qualifizieren sind und sich in gewissem Umfang auf die Pressefreiheit berufen können, liegt angesichts des entwicklungs-offenen Wortlauts der grundrechtlichen Vorgaben zwar nahe, ist derzeit aber noch

79 EuGH, ECLI:EU:C:2022:190, Rn. 48.

80 EuGH, ECLI:EU:C:2022:190, Rn. 51.

81 Zur Unterschiedlichkeit entsprechender „Geschäftsmodelle“ von Finfluencern vgl. zuletzt C. Lichti/E. Ademi/A. Tumasjan, Decentralized Opinion Leadership: A Study of Crypto Influencers in the Twitter Discourse on Bitcoin, Conference Paper, Hawaii International Conference on System Sciences (HICSS-57), January 3-6, 2024, abrufbar unter <https://scholarspace.manoa.hawaii.edu/items/3f6dd151-5557-48bd-91e6-26ed1fc5a646>.

82 Ausführlich L. Klöhn/S. Büttner, Finanzjournalismus und neues Marktmissbrauchsrecht – Hintergrund, Inhalt und praktische Bedeutung von Art. 21 MAR, WM 2016, 2241.

Gegenstand gerichtlicher Klärung.⁸³ Der Anwendungsbereich von Art. 21 MMVO ist infolge des nochmals breiteren Wortlauts von Art. 21 MMVO („oder andere Ausdrucksformen in den Medien“) jedenfalls eröffnet, wenn Finfluencer auf sozialen Medien posten.⁸⁴

Die Anwendbarkeit der Norm bedeutet allerdings nicht, dass entsprechende Veröffentlichungen per se rechtmäßig wären.⁸⁵ Vielmehr verlangt der EuGH, dass die Offenlegung durch einen Journalisten „für die Ausübung seines Berufs erforderlich ist und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt.“⁸⁶ Die Inanspruchnahme des Privilegs setzt nach dem Wortlaut von Art. 21 MMVO voraus, dass journalistische Berufs- und Standesregeln eingehalten werden, etwa im Hinblick auf sorgfältige Recherche und Kenntlichmachen von Gerüchten. Dass (F)Influencer die Grenzen journalistischer Formate und Tätigkeiten zunehmend verwischen, erscheint – erst – im Rahmen dieser Beurteilung problematisch. Es ist nämlich unklar, in welchem Umfang die klassischen journalistischen Berufs- und Standesregeln Anwendung finden: Die Unterschiede zu klassischen Journalisten als „funktionalisierte Mittlerinstitutionen des Meinungsbildungsprozesses“ gelten teils als so erheblich, dass sich (F)Influencer „einer für die herkömmlichen Massenmedien charakteristischen Funktionalisierung und damit auch der mit ihr verbundenen Begründung einer besonderen Pflichtenstellung“ sperren.⁸⁷ Trotz der weiten Formulierung des § 19 Abs. 1 S. 2 MStV unterliegen Finfluencer nicht zwingend den journalistischen Sorgfaltspflichten des Medienrechts; vielmehr kommt es im Einzelfall darauf an, ob es sich bei ihren Beiträgen um private Kommunikation, kommerzielle Kommunikation oder Onlinejournalismus handelt.⁸⁸ Entscheidend ist, ob publizistische oder nicht-publizistische Zwecke aus Sicht der Zielgruppe angebotsprägend

83 Vgl. insbesondere VG Minden, NVwZ 2023, 1604 (jedoch nicht rechtskräftig und beim OVG Münster anhängig, Az. 15 B 917/23). Von den medienrechtlichen Vorgaben sind Influencer seit Neuregelung des § 19 MStV zweifelsfrei erfasst, vgl. *M. Heins/S. Lefeldt*, Medienstaatsvertrag: Journalistische Sorgfaltspflichten für Influencer*innen, MMR 2021, 126 (128 f.).

84 IdS („Auffangtatbestand“): *C. Kumpan/F. Schmidt* in: Schwark/Zimmer (Hrsg.), Kapitalmarktrechts-Kommentar, 5. Aufl., München 2020, Art. 21 MMVO Rn. 9 f.; *A. Sajnovits* (Fn. 47), Art. 21 MMVO Rn. 21 f.

85 *D. Poelzig*, Kapitalmarktrecht, 3. Aufl., München 2023, S. 243.

86 EuGH, ECLI:EU:C:2022:190, Rn. 89.

87 *L. Roß*, Das Recht der Influencerinnen – Überlegungen zu einer strukturellen Herausforderung, ZUM 2023, 596 (599).

88 Vgl. etwa BVerwG NVwZ 2019, 1283 (1286); OLG Koblenz MMR 2021, 568; über-sichtsweise *W. Lent* in: BeckOK InfoMedienR, 42. Ed. 1.11.2023, MStV § 17 Rn. 22 f.

sind.⁸⁹ Weil die Beiträge von Finfluencern naturgemäß auch kommerzielle Bezüge haben, vor allem aber, weil Art. 21 MMVO europäisch-autonom auszulegen ist, erscheint derzeit völlig offen, wie der EuGH diese Vorschrift auf Finfluencer anwenden wird. Klar ist vorerst nur, dass das Privileg des Art. 21 MMVO eine äußere Grenze findet, wenn Finfluencer wirtschaftliche Vorteile aus der Offenlegung ziehen (lit. a) oder den Markt absichtlich in die Irre führen (lit. b).⁹⁰

VI. Ausblick: Mehr Dialog wagen!

Am Ende treten die Schnittstellen von Medien- und Finanzmarktrecht deutlich hervor. Reichweite und Anforderungen des Journalistenprivilegs lassen sich nur im Dialog der beiden Rechtsgebiete ausloten. Dass sich Finfluencer nur schwer in klassische medienrechtliche Kategorien einordnen lassen, stellt auch das Finanzmarktrecht auf die Probe, weil die Anwendbarkeit der Regeln zu Anlageempfehlungen, informationsgestützter Marktmanipulation und Insiderinformationen in Frage steht. Allgemeiner haben Medien- und Finanzmarktrecht gemein, dass Information im Zentrum rechtlicher Regulierung steht, und dass deshalb die fundamentalen Veränderungen menschlicher Kommunikation durch soziale Netzwerke, soziale Medien und Influencer vielfältige neue Rechtsfragen aufwerfen. Gerade deshalb sollten Medien- und Finanzmarktrecht mehr Dialog wagen. Bei grundlegenden Kategorien wie Medienbegriff und Eingrenzung journalistischer Zwecke kann das Finanzmarkt- vom Medienrecht lernen. Die Marktdynamiken, die Kommunikation über soziale Netzwerke auslösen kann, sind umgekehrt auf Kapitalmärkten besonders gut zu beobachten, was dem Medienrecht neue Einsichten liefern kann. Die Regulierung von Finfluencern steht derzeit auch auf der rechtspolitischen Agenda, weil die EU-Kommission im Rahmen ihrer Kleinanlegerstrategie neueren medialen Formen der Werbung für Finanzprodukte („einschließlich der Nutzung von Influencern, sozialen Medien und bestimmten Verhaltensmustern“) mit einer Änderung der Anforderungen insbesondere an Marketing-Mitteilun-

89 S. etwa VG Köln ZUM 2023, 402 (403).

90 Zu diesen Ausnahmetatbeständen im Einzelnen: L. Klöhn/S. Büttner WM 2016, 2241 (2245).

gen Rechnung tragen will.⁹¹ Auch die künftige Rechtssetzung erfordert den Dialog von Medien- und Finanzmarktrecht: Mögen unsere beiden Rechtsgebiete daher eine gute Nachbarschaft pflegen!

91 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien (EU) 2009/65/EG, 2009/138/EG, 2011/61/EU, 2014/65/EU und (EU) 2016/97 im Hinblick auf die Unionsvorschriften zum Schutz von Kleinanlegern, COM(2023) 279 final (dort 30. Erwägungsgrund).

Qualitätssicherung im Plattformzeitalter: Gefährdungspotenziale und Regulierungsoptionen

Pascal Schneiders und Birgit Stark

I. Einleitung: Social-Media-Plattformen und die Qualität öffentlicher Kommunikation

„If a healthy news and information ecosystem is something that we consider within the purview of policymakers’ concerns, then news quality is a concept that may then become a central component of media policymaking” (Napoli & Royal, 2023, S. 187)

Social-Media-Plattformen¹ sind innerhalb kurzer Zeit ein fest im Alltag integrierter und wichtiger Informationskanal geworden. Etwa ein Viertel der Menschen ab 14 Jahren in Deutschland nutzt Angebote wie *Instagram*, *TikTok* und *Facebook*, um sich auf dem Laufenden zu halten, bei den 14- bis 29-Jährigen ist es sogar fast die Hälfte (Die Medienanstalten, 2023). Um sich über das aktuelle Geschehen zu informieren, ziehen die User auf diesen Kanälen vor allem Accounts etablierter Medienmarken heran. Häufig greifen sie aber auch auf die Angebote von professionellen Content Creators, privaten Nutzern, Aktivisten, Politikern und Parteien zurück (Die Medienanstalten, 2021, 2023; vgl. auch Behre et al., 2023, S. 51). Insbesondere Jüngere wachsen demnach in anderen Mediumumgebungen auf als ältere Rezipienten (Baeva & Spittka, 2022). Es ist davon auszugehen, dass sich ihre informierenden Nutzungspraktiken mit zunehmendem Alter fortsetzen werden, also ein Generationeneffekt vorliegt (Wunderlich & Hölzig, 2022).

1 Herangezogen wird eine breite Definition von Social-Media-Plattformen als "Angebote auf Grundlage digitaler Technologien, die es Menschen ermöglichen, Informationen aller Art zugänglich zu machen und davon ausgehend soziale Beziehungen zu knüpfen und/oder zu pflegen" (Taddicken & Schmidt, 2022, S. 5). Sie umfassen hauptsächlich soziale Netzwerke (wie Instagram und TikTok) und Video-Sharing-Dienste wie YouTube. Social-Media-Plattformen stellen für ihre Nutzer zentrale Orte dar, um persönliche oder professionelle Inhalte zu erstellen oder auszutauschen (Mellado & Hermida, 2022).

An diesen Nutzungsstatistiken zeigt sich bereits, dass Social-Media-Plattformen die *Qualität* von (nicht zwingend journalistischen) Nachrichten auf zweierlei Weise fundamental verändern können: Zum einen haben nicht-journalistische Akteure nun einen einfacheren Zugang zu diversen Publika. Sie sind nicht mehr auf journalistische Gatekeeper angewiesen, um für ihre Selbstdarstellungen hohe Reichweiten zu erzielen. Das hat zu einer Multiplikation potenziell meinungsbildungsrelevanter Informationsquellen geführt (Stegmann et al., 2024), darunter mit sogenannten Social-Media-Influencern eine neue Kategorie von öffentlichen, aber nach gängigen Kriterien kaum journalistischen Akteuren. Zum anderen sind etablierte Nachrichtenmedien als bislang dominante Konstituenten von Öffentlichkeit zur Produktion, Distribution und Finanzierung ihrer Produkte zunehmend von Plattformen abhängig (Simon, 2022). Damit geht ein Druck einher, die journalistische Logik an die Anforderungen und Interessen sozialer Medien anzupassen (Hase et al., 2023). Denn digitale Plattformen übermitteln Inhalte nicht bloß. Vielmehr sind sie strategische Akteure, deren Logiken die algorithmische Vermittlung (vermeintlich) relevanter Themen, Fakten und Meinungen durch öffentliche Akteure beeinflusst. Obwohl soziale Medien teils den Nachrichtenmedien ähnliche Funktionen übernehmen, unterliegen sie kaum einer Medienregulierung (Jarren & Fischer, 2022).

Dem weitgehend unregulierten direkten Zugang zur Öffentlichkeit (Heidtke, 2020, S. 132), dem Adaptionsdruck auf Nachrichtenmedien und der algorithmischen Personalisierung werden überwiegend negative Konsequenzen für die (deliberative) Qualität öffentlicher, insbesondere journalistischer Kommunikation zugeschrieben (Eisenegger & Udris, 2021; Habermas, 2022). Das wiederum kann die Erfüllung demokratischer Funktionen der Öffentlichkeit beeinträchtigen. Bedroht sind etwa die gemeinsame Erkenntnisgewinnung, eine fundierte Meinungs- und Willensbildung, die Repräsentation sozialer Heterogenität oder die Ausübung unabhängiger Kontrolle und Kritik (Schneiders, Stegmann & Stark, 2023).

Diese Gefahrenpotenziale mehren den Ruf nach Regulierungsmaßnahmen, um die mediale Grundversorgung der Bevölkerung mit gesellschaftlich relevanten Inhalten zu gewährleisten (Napoli & Royal, 2023). Bislang stehen die Sicherung medialer Vielfalt und kommunikativer Freiheit im Fokus von Regulierungsbemühungen (Heidtke, 2020, S. 63-65), nicht aber die Sicherung von Qualität oder gar von „epistemischen Rechten“, die unter anderem die „Gleichheit beim Zugang zu und der Verfügbarkeit von allen relevanten und wahrheitsgemäßen Informationen, die Fragen der Willensbildung und Entscheidungsfindung“ umfassen (Nieminen, 2024, S. 14).

Doch inwiefern könnten Policy-Interventionen die *Qualität* journalistischer oder quasi-journalistischer Kommunikation und eine informierende Nutzung in der Plattformgesellschaft fördern? Will oder soll Medienregulierung Qualität fördern, gerät sie in schwieriges Fahrwasser. Maßnahmen stehen schnell im Verdacht, Grundrechte oder das Gebot staatlicher Meinungsneutralität zu verletzen. Sind die Freiheitseingriffe so untergeordnet und die Evidenz so klar, dass über Selbstregulierung hinausgehende Interventionen gerechtfertigt und erforderlich sein könnten? Oder sind Forderungen nach Qualitätssicherung nicht gar Ausdruck überhöhter, deliberativ gespeister Anforderungen an öffentliche Kommunikation – vor dem Hintergrund, dass der Zugang zur Öffentlichkeit und damit auch die eingebrachten und sichtbaren Akteure, Themen und Perspektiven weniger elitär als in der durch das journalistische Gatekeeping-Monopol gekennzeichneten low-choice media environment (Strömbäck et al., 2022) geworden sind?

Diese Fragen aufgreifend, erörtert unser Beitrag, was Qualität (heute noch oder umso mehr) ausmacht und wie man sie messen kann, inwiefern sie im Plattformzeitalter gefährdet ist, und welche Maßnahmen zur Qualitätssicherung angebracht scheinen. Differenziert wird zwischen der Qualität der *Produktion*, *Distribution* und *Rezeption* von Nachrichten. Um die Entstehung von Qualitätsrisiken zu verstehen, gilt es zunächst sich mit der Plattformisierung von Nachrichtenmedien und Öffentlichkeit auseinanderzusetzen. Zentral ist dabei die institutionelle Logik von Social-Media-Plattformen (Nielsen & Ganter, 2022, S. 11).

II. Plattformisierung und die Konkurrenz der Vermittlungslogiken

Institutionelle Logiken motivieren, rechtfertigen und begrenzen das Handeln und die Wahrnehmung von Institutionen, sie stellen handlungsleitende Erwartungsstrukturen dar. Den Logiken von Social-Media-Plattformen und Nachrichtenmedien gemeinsam ist, dass sie Prinzipien und Praktiken umfassen, die prägen, wie Informationen vermittelt, also ausgewählt, präsentiert und verarbeitet werden. Davon abgesehen unterscheiden sich die Logiken beider Akteure deutlich (Klinger & Svensson, 2015).

Digitale Plattformen verfolgen in erster Linie ökonomische, neoliberale Interessen, die sie – wie auch Nachrichtenmedien – zu verwirklichen versuchen, indem sie die Aufmerksamkeit der Nutzerinnen und Nutzer auf Werbung lenken (Lorenz-Spreen et al., 2020). Kommunikative Machtinteressen weisen Plattformen in der Regel von sich. Ihre Logiken stellen auf die

Kanalisation von Online-Traffic ab (van Dijck et al., 2019) und sind gekennzeichnet durch 1) die Affordanzen oder technologische Architektur der Plattformen und 2) algorithmische Personalisierung (vgl. auch Eisenegger, 2021, S. 26).

1. Die Plattformarchitektur ergibt sich aus den technischen Eigenschaften und Designentscheidungen einer Plattform. Sie bestimmt, wem Zugang zur Plattform gewährt wird, welche Regeln für die Teilnahme gelten, wie Inhalte vermittelt werden können, gleichzeitig wie Nutzungsaktivitäten gemessen, welche Daten für wen einsehbar sind und wie etwaige Kosten und Erlöse verteilt werden (Bossetta, 2018). Die Plattformarchitektur ermöglicht, beschränkt und begünstigt damit bestimmtes Verhalten der auf der Plattform aktiven Akteure. Offensichtlich ist bspw., dass die Plattformarchitektur zum Verfassen kurzer Beiträge, das schnelle Weiterverbreiten von Inhalten und das impulsive Reagieren mittels Emoticons stimuliert (Eisenegger, 2021).

2. Algorithmische Entscheidungsprozesse umfassen die Filterung, Sortierung und Personalisierung von Informationen, die als für die User individuell relevant erachtet werden. Sie beeinflussen also, welche Beiträge für die Nutzende letztlich sichtbar sind (Jürgens & Stark, 2017). Dazu werden implizit und explizit generierte personenbezogene Daten und Kontextdaten herangezogen (Bozdag, 2013). Im Gegensatz zu Nachrichtenmedien verfolgen Plattformen kein eigenes inhaltliches Vermittlungsinteresse und zielen algorithmischen Werte nicht auf ein disperses Publikum ab, das über allgemein relevante Themen informiert werden soll - sondern auf individuelle Konsumenten, die zufriedengestellt werden sollen (Sevignani, 2022). Zur Herkunft und Qualität der präsentierten Inhalte, seien sie journalistisch oder nicht, verhalten Plattformen sich „radikal indifferent“ (Zuboff 2018, S. 579-580). Ihre Empfehlungssysteme sind darauf optimiert, Daten produzierendes User-Engagement und Verweildauern zu maximieren. Dementsprechend wird algorithmische Relevanzzuschreibung u.a. gespeist durch die soziale Nähe zum postenden Account, die bisherigen Interaktionen mit dem Beitrag, sowie Aktualität und Modalität des Beitrags (DeVito, 2017). Welche algorithmischen Faktoren konkret Sichtbarkeit generieren, ist nicht transparent. Nachrichtenmedien und andere Drittanbieter können allenfalls von den Publikumsmetriken auf die algorithmischen Werte schließen. Die Publikumsmetriken der Plattformen stellen sich hauptsächlich als vermeintliche, jedoch lediglich in Form von u.a. Shares, Klicks, Views und Kommentaren unvollständig sichtbare Funktion der Bedürfnisse und des

Verhaltens einer datafizierten Version des Publikums dar (Belair-Gagnon et al., 2020).

Demgegenüber geht es im Journalismus darum, Bürgerinnen und Bürger mit relevanten Informationen zu versorgen, politische Eliten zu kritisieren und kontrollieren sowie zum gesellschaftlichen Zusammenhalt beizutragen (Christians et al., 2009; Sevignani, 2022). Handlungsleitend sind dafür zum einen professionelle Normen wie Unabhängigkeit und Objektivität und zum anderen professionelle Standards, wozu bestimmte Nachrichtenfaktoren und redaktionelle Techniken zählen (Asp, 2014).

Die Assimilation der Nachrichtenmedienlogik mit der Plattformlogik (Lischka, 2020) – auch als Plattformisierung bezeichnet – geht mit einem finanziellen, technologischen und redaktionellen Autonomieverlust von Nachrichtenmedien (Schneiders, 2023a) und einem Strukturwandel der Öffentlichkeit (Stark & Magin, 2019) einher. Das hat Auswirkungen auf die Qualität der Produktion, Distribution und Rezeption von Journalismus. Doch was ist unter Qualität überhaupt zu verstehen?

III. Nachrichtenqualität und wie sie gefährdet wird

1. Bestimmung von Nachrichtenqualität

Die Bestimmung und Definition von Nachrichtenqualität sind kein einfaches Unterfangen (u. a. Arnold, 2008; Meier, 2019). Dieser Herausforderung müssen sich Kommunikationswissenschaft und Medienregulierung allerdings stellen, denn: „Without any clear definition and measure of quality, media regulation will be difficult to build” (Lyubareva & Rochelandet, 2021, S. 118).

Was als qualitativ betrachtet wird, ist das Ergebnis eines Bewertungsprozesses, differiert also nach betrachtetem Objekt, Standpunkt des Betrachters und Kontext der Qualitätseinschätzung. Beispielsweise haben Medienunternehmen, Journalisten, Rezipienten und Wissenschaftler miteinander unterschiedliche Ansichten darüber, welche Medien(inhalte) qualitativ hochwertig sind (Ruß-Mohl, 1992). Zudem unterschieden sich Kriterien in Abhängigkeit vom betrachteten Genre (z. B. Information oder Unterhaltung) (Neuberger, 2011). Weil Qualität also relational ist und es keine feststehende Begriffsdefinition oder allgemeingültige Kriterien geben kann, erfordern Qualitätsanalysen von Medienprodukten, sich für eine Perspektive auf Qualität zu entscheiden, sie also z. B. aus normativer oder nutzerorien-

tierter Sicht zu durchleuchten. Je nachdem, welche Benchmarks zugrunde liegen, kommen sehr unterschiedliche Kriterienkataloge zum Einsatz.

Von ihren demokratiethoretischen Funktionen ausgehend, sollte Nachrichtenqualität zur Herstellung von Öffentlichkeit(en) beitragen, indem sie gesamtgesellschaftlich relevante Themen auf die Agenda setzt, Bürger zu informierten Entscheidungen befähigt und die Kritik und Kontrolle von sozialen und politischen Eliten ermöglicht (Habermas, 2022). Dazu ist erforderlich, dass Nachrichten gesellschaftlich relevant, faktenbasiert und mit Blick auf Akteure, Themen und Perspektiven vielfältig sind (van Aelst et al., 2017).

Schatz und Schulz definierten bereits 1992 richtungsweisende Kriterien für Qualität, auf die sich heute noch viele Qualitätsuntersuchungen beziehen. Sie formulierten u. a. Vielfalt und Relevanz auf inhaltlicher Ebene sowie Professionalität auf stilistischer Ebene als zentrale Qualitätskriterien. Inhaltliche Vielfalt lässt sich an Merkmalen wie Verschiedenartigkeit von Meinungen und Sichtweisen, sowie von Interessen-, Personen- und Themendarstellungen festmachen (Napoli, 1999). Sie ist ein wesentlicher Bestandteil der öffentlichen Aufgabe von Journalismus, nämlich Meinungsbildungsprozesse zu ermöglichen und an ihnen mitzuwirken. Der Nachrichtenfaktor Relevanz ist idealerweise Maßstab und Resultat einer angemessenen journalistischen Komplexitätsreduktion in Form journalistischer Selektionsentscheidungen. Journalistinnen und Journalisten sollten also aus der täglichen Informationsflut diejenigen Ereignisse und Themen für eine Veröffentlichung auswählen, welche für Individuen und Gesellschaft wichtig und nützlich sind. Beide genannten Dimensionen sind im Grunde Bedingungen für die dritte Dimension, die der Professionalität. Denn professionelles journalistisches Handeln ist ohne die Beachtung von Vielfalt und Relevanz nicht möglich. Gemeint ist damit die Aufbereitung und Präsentation von Themen entsprechend anerkannten journalistischen Arbeitsregeln und Normen, d. h. die Art und Weise der Darstellung relevanter Themen. Im Mittelpunkt stehen meist das Gebot der Aktualität sowie Forderungen nach Sachgerechtigkeit, Quellentransparenz und Unparteilichkeit der Darstellung. Ergänzt werden können die drei Qualitätsdimensionen um die Einordnungsleistung von Informationsangeboten. Diese adressiert die Frage, wie stark die Berichterstattung Ereignisse kontextualisiert und so über bloße Ereignismeldungen hinausgeht (Stark et al., 2021).

Was Publikumserwartungen betrifft, liegen Rezipienten in qualitativen wie quantitativen Befragungen Wert auf klassische normative Qualitätskriterien (darunter Neutralität, Vielfalt, Sachgerechtigkeit und Unabhän-

gigkeit; Bachmann et al., 2022; Kümpel, 2020; Schneiders, 2023b) und Funktionen (darunter neutrale und präzise Information über Ereignisse aus Politik und Gesellschaft, das Erklären komplexer Sachverhalte sowie Kritik an und Kontrolle von Eliten; Fawzi & Mothes, 2020). Bei Bewertungen einzelner Beiträge wiederum spielen hauptsächlich konsumorientierte Kriterien wie Verständlichkeit, Stil, Thema oder Länge des Beitrags eine wichtige Rolle (Jungnickel, 2011). In diesem Zusammenhang fühlen sich insbesondere jüngere Rezipienten von klassischen Nachrichten nicht angesprochen, weil sie sie als zu wenig verständlich und zu wenig persönlich relevant empfinden (Wunderlich & Hölig, 2023).

Wie gefährdet die Plattformisierung nun die Qualität von Nachrichten? Um diese Frage systematisch zu beantworten, stellt der vorliegende Beitrag ein analytisches Modell vor, das zwischen der Produktion, Distribution und Rezeption von Nachrichtenqualität unterscheidet. Denn Qualität muss nicht nur hergestellt werden (*Input*), sie muss auf den Plattformen auch Sichtbarkeit erlangen (*Throughput*) und von den Rezipienten (möglichst unverzerrt) verarbeitet werden, um ihre Meinungsbildungsfunktion zu entfalten (*Output*). Darauf basierend werden Maßnahmen zur holistischen Sicherung der Produktion, Distribution und Rezeption von Nachrichtenqualität im Plattformzeitalter erörtert.

	Produktionsqualität	Distributionsqualität	Rezeptionsqualität
Qualitätsdimension	Input: Produktion von Nachrichtenqualität	Throughput: Verbreitung von Nachrichtenqualität	Output: Aneignung von Nachrichtenqualität
Qualitätsindikatoren	Relevanz, Vielfalt, Professionalität, Einordnung	Auffindbarkeit und Sichtbarkeit von Nachrichtenqualität	Selektion sowie elaborierte und erkenntnisoffene Verarbeitung von Nachrichtenqualität
Qualitätsgefährdungen	Mangel an redaktionellen Ressourcen; schwache journalistische Standards und Anpassung an Plattformlogiken; geringer Zugang zu und geringe Qualität von Nutzungsdaten	Verzerrungen & Überflutung von Nachrichtenqualität	Oberflächlich-selektive Informationsverarbeitung (motivated reasoning); Nachrichtenmüdigkeit und -vermeidung

	Produktionsqualität	Distributionsqualität	Rezeptionsqualität
Bestehende Qualitätsregulierung	Förderung von journalistischen (Weiter)Bildungen und Training	Diskriminierungsfreiheit bei Medienintermediären; Pflicht zum Angebot nicht auf Profiling beruhender Empfehlungssysteme	Förderung der Nachrichtenkompetenz
Zu ergänzende Qualitätsregulierung	Sorgfaltspflichten für bestimmte nichtjournalistische Informationsangebote; direkte, an die Qualität der Produktion gekoppelte Subventionierung von Journalismus	Qualitätssiegel; Must-be-found-Regeln für Qualitätsangebote und -inhalte; gemeinwohlorientierte Journalismusplattform	Verstetigte Förderung von Nachrichtenkompetenz; Förderung der Aktivierungsqualität von Nachrichten; technologische Interventionen

Tabelle 1: Überblick auf Qualitätsdimensionen, -gefährdungen und Regulierungsmaßnahmen.

2. Gefährdungen von Nachrichtenqualität

Produktionsqualität: De- und Neu-Institutionalisierung, Verkürzung und Softening

Inwiefern fördern oder hemmen Social-Media-Plattformen und ihre Logiken die Produktion von Qualität? Zunächst ist festzustellen, dass die niedrigen Zugangshürden zu Social-Media-Plattformen zu der *Neu-Institutionalisierung* einer heterogenen Gruppe von Informationsangeboten oder „epistemischen Autoritäten“ führen. Traditionelle, vermeintliche oder falsche epistemische Autoritäten sind Akteure, die sich an der Produktion und Distribution von (vermeintlich) glaubwürdigem Wissen und von Realitätsbeschreibungen beteiligen und in diesem Zuge nach Vertrauen und Legitimität streben (Neuberger et al., 2023). Sie weisen unterschiedliche Herkünfte, Motivationen, Ressourcen, Professionalitätsgrade, thematische Breiten und Reichweiten auf. Epistemische Autoritäten reichen von alternativen Medien über strategische Akteure, Aktivisten, Augenzeugen, Behörden, Non-Profit-Institutionen bis hin zu politischen Social-Media-Influencern (Eisenegger, 2021; Wunderlich et al., 2022). Aus klassisch-normativer Sicht sind sie als nicht-, pseudo- oder quasijournalistisch einzustufen. Einige von ihnen betätigen durchaus „acts of journalism“ (Örnebring et al., 2018, S. 418), teilen professionelle Normen und Standards wie Faktizität und Objektivität (Maares & Hanusch, 2023), tragen zur externen Vielfalt

bei und weisen journalistisch-funktionsäquivalente Leistungen auf (Leckner, 2019) – auch, wenn sie mitunter unkonventionellere Kommunikationsstile anwenden (Wunderlich, 2023). Andere weisen journalistische Normen ab und stellen journalistische Autorität und Legitimität infrage, verfolgen partikulare Interessen oder produzieren gar vorsätzlich Falschinformationen. Eine Qualitätsprüfung führen Social-Media-Plattformen nicht durch. Folglich muss sich „Qualität“ nach der Veröffentlichung, bestenfalls in der öffentlichen Diskussion, beweisen“ (Sevignani, 2022, S. 92). Falsche Nachrichten verbreiten sich auf Plattformen dementsprechend schneller. Hier kann der Einsatz von Künstlicher Intelligenz zu einer Überflutung der Öffentlichkeit mit falschen oder irreführenden Informationen beitragen (Jungherr & Schroeder, 2023). Insgesamt tendiert diese „plattformisierte Longtail-Öffentlichkeit“ zu einer interessengeleiteten Kommunikation stark unterschiedlicher Qualität (Eisenegger, 2021, S. 31). Sie intensiviert die Konkurrenz um die begrenzte Aufmerksamkeit und Loyalität von (neuen) Zielgruppen.

Neben der Neu-Institutionalisierung diverser Akteure fördern Plattformen eine *Deinstitutionalisierung* von Nachrichtenmedien (Eisenegger, 2021). Das heißt, ihre eigenen Normen und Standards verlieren für Nachrichtenmedien gegenüber den Plattformlogiken an Bedeutung. Denn wollen sie nicht algorithmisch abgewertet werden, sehen sich Nachrichtenorganisationen gezwungen, sich den Anforderungen der technologischen Architektur und den unterstellten algorithmischen Werten und Publikumsmetriken zu fügen (Eichler, 2022; Lamot, 2022). Die (vermeintliche) Plattformlogik antizipieren Nachrichtenredaktionen nicht erst bei der Distribution, sondern bereits bei der Produktion ihrer journalistischen Beiträge (Anter, 2023; Dodds et al., 2023). Das hat Auswirkungen auf journalistische Auswahlregeln und Präsentationsformen.

Was die Präsentation von Nachrichten betrifft, incentivieren die Architektur vieler Social-Media-Plattformen und ihre überwiegend mobile Nutzung die Produktion von kurzen, audiovisuellen Beiträgen. So ist beispielsweise die Länge eines einzelnen Instagram-Videos auf 60 Sekunden begrenzt und damit mitunter zu kurz, um Vielfalt abzubilden und Kontext zu transportieren (Fürst, 2020; Nielsen, 2017). Zudem führt die Plattformarchitektur zu einer optischen Standardisierung der Beiträge, gibt sie doch das Ausspielformat sowie die Design- und Layoutelemente der Beiträge vor (Welbers & Oppenhaffen, 2019).

Darüber hinaus kann der Adoptionsdruck ein Social News Softening, eine redaktionelle Strategie zur Generierung maximaler Publikumsauf-

merksamkeit vorantreiben. Inhaltlich manifestiert sie sich in einer unterhaltungsorientierten Themenauswahl. Was die Darstellung betrifft, sind subjektive und meinungsbetonte Perspektiven, visuelle Elemente, eine affektorientierte Sprache, ein Fokus auf Personen und Sensationen, sowie der Einsatz interaktiver Plattform-Elemente typisch (Klein et al., 2023; Steiner, 2020). Im Resultat sind Soft News kaum politisch relevant, berichten episodenhaft statt in Zusammenhängen und Hintergründen, konzentrieren sich auf individuelle Folgen von Ereignissen und weisen einen emotionalen Stil auf (Reinemann et al., 2012). Damit konfliktieren sie mit den oben geschilderten klassischen Qualitätsanforderungen. Insbesondere der Fokus auf softe Themen wie Promi-News, Sport oder Kriminalfälle verhilft kaum zu einer fundierten politischen Meinungs- und Willensbildung. Auch das Fehlen kontextualisierender Berichterstattung kann für das Publikum dysfunktional sein, denn ihr wird ein positiver, diskursfördernder Effekt zugesprochen.

Empirische Studien zeigen bislang ein widersprüchliches Bild (Hase et al., 2023; Lamot, 2022; Steiner, 2020). Zwar scheinen sich einige Social-Media-Redaktionen unkritisch den Plattformlogiken anzupassen (Dodds et al., 2023). Andere Redaktionen hingegen wägen die Plattformlogiken mit professionellen journalistischen Normen und strategischem Kalkül ab und verteidigen somit die Nachrichtenmedienlogik (u.a. Lischka, 2020, 2021; Tsuruel et al., 2021). Wie stark sich ein Social News Softening äußert, hängt nicht zuletzt von der Markenidentität und dem Erlösmodell eines Nachrichtenmediums ab (Anter, 2023). Dazu kommt: Weil die Logiken der einzelnen Plattformen unterschiedliche Ausprägungen aufweisen – bspw. was die Möglichkeiten zur Verlinkung oder den Intensitätsgrad algorithmischer Personalisierung betrifft (Hase et al., 2023) – kann das Bedienen der Plattformen erhebliche redaktionelle Ressourcen binden. Insbesondere für *Instagram* und *TikTok* werden Social-Media-Beiträge nativ produziert, also exklusiv für die Plattform und dementsprechend stark angelehnt an die Social-Media-Logiken (Anter, 2023). Für die journalistische Recherche und Aufbereitung, und somit für das Herstellen von Qualität, bleibt infolgedessen mitunter weniger Zeit (Fürst, 2020).

Auf der anderen Seite können *Instagram*- und *TikTok*-Beiträge von Nachrichtenmedien, auch wenn sie stärker emotional präsentiert werden als auf der korrespondierenden Website, durchaus einen hohen Informationsgehalt aufweisen und Einordnung leisten (Wirz et al., 2023). So kommt es im Nachrichtenökosystem eher zu einer Fusion der Nachrichtenfaktoren und algorithmischen Werten. Das resultiert in einer „integrated quality

consideration along the way according to which journalistic content in social media needs to be visible, engaging, and shareable while retaining information value“ (Degen et al., 2024, S. 15).

Zusammengefasst: Social-Media-Plattformen verschärfen den Wettbewerb um Aufmerksamkeit und begünstigen kurze, softe Formate. Damit geht die Gefahr einher, dass Nachrichten an Relevanz, Vielfalt und Tiefe verlieren. Die Adaption der Social-Media-Logik in den Redaktionen ist aber kein Determinismus, sondern ein Aushandlungsprozess.

Distributionsqualität: Marginalität von Nachrichtenmarken, Dominanz von Emotionen

Welchen Stellenwert, welche Sichtbarkeit haben Qualitätsnachrichten in Social Media? Zunächst einmal sind Nachrichten oder deren Teaser üblicherweise zwischen anderen, algorithmisch sortierten, nicht zwingend journalistischen Inhalten verschiedener Quellen eingebettet. Auf den Plattformen sind sie also lediglich Teil eines sich der Kontrolle von Nachrichtenmedien entziehenden, kontinuierlichen Stroms flüchtiger Informationsschnipsel statt Teil eines publizistischen Programms (Carlson, 2020). Nachrichten machen lediglich einen marginalen Anteil der auf den Plattformen sichtbaren Inhalte aus. *Meta* hat bereits mehrfach deutlich gemacht, dass Nachrichten für das Unternehmen ökonomisch nicht relevant und damit verzichtbar seien. Weniger als 3 Prozent der Beiträge in den *Facebook*-Feeds seien Links zu Nachrichtenartikeln (Meta, 2023).

Wie präsent Soft News gegenüber Hard News in den Newsfeeds sind, ist ein hochgradig individuelles Ergebnis der algorithmischen Personalisierung und daher kaum zu ermitteln. Erkenntnisse gibt es lediglich auf Ebene der Nachrichtenmarken. In Deutschland durchgeführte Studien zeigen, dass etablierte journalistische Medien, darunter konservative Tageszeitungen und öffentlich-rechtliche Angebote, in den Suchergebnissen und Empfehlungen auf Social-Media-Plattformen und Suchmaschinen relativ präsent sind (Filter, 2021; Krafft et al., 2018; Schmid et al., 2021; Schwabl et al., 2023). Auch die Social-Media-Nutzerinnen und -Nutzer kuratieren Informationsflüsse und wirken durch ihre Interaktionen an der Verbreitung von Nachrichten mit (Thorson & Wells, 2016). Bekannt ist, dass Nutzer auf *Facebook* eher ereignisgetriebene und emotional-aufgeladene Themen (bspw. Human Interest und Sport) statt sachliche (Hintergrund-)Beiträge teilen (u.a. Kalsnes & Larsson, 2018). Generell führt die emotionale Aufbe-

reitung von Beiträgen in der Regel zu mehr Kommentaren und häufigerem Teilen (Wirz et al., 2023).

Die organische Sichtbarkeit von Nachrichtenmarken ist allerdings nicht lediglich Produkt der (vermeintlichen) kollaborativen und individuellen Nutzerpräferenzen (Bozdag, 2013). Social-Media-Plattformen nehmen auch aktiv Einfluss auf die Sichtbarkeit von Medienmarken, weshalb es zu Verzerrungen kommen kann – durch Content Moderation oder Änderungen der algorithmischen Empfehlungssysteme, beides auf menschliche oder maschinelle Art. So gewichtet beispielsweise *YouTube* in Suchergebnissen und bei Videoempfehlungen zu „Ereignissen mit hohem Nachrichtenwert“ „zuverlässige Quellen“ höher (Google, o.J.; vgl auch Matamoros-Fernández et al., 2021). Diese Hochstufung umfasst nicht nur Nachrichtenmedien, sondern beispielsweise auch öffentliche Einrichtungen. Als zuverlässig werden Nachrichtenquellen in Abhängigkeit von der „Qualität des Kanals“ und dessen Berichterstattung über aktuelle und relevante Ereignisse erachtet (Google, o.J.). Wie diese Kriterien operationalisiert sind, ist nicht transparent. Evident ist hingegen, dass die Empfehlungssysteme von Social-Media-Plattformen die Verbreitung problematischer Inhalte verstärken (González-Bailón & Lelkes, 2023). Festhalten lässt sich, dass Nachrichten an sich nur einen marginalen Anteil auf Social-Media-Plattformen ausmachen. Etablierte Nachrichtenmarken genießen dabei (inzwischen) eine relativ höhere Sichtbarkeit als nicht- oder pseudo-journalistische Angebote.

Rezeptionsqualität: Mangelnde Quellenwahrnehmung, Echokammern und oberflächliche Verarbeitung

Inwiefern rezipieren Nachrichtennutzer Qualität auf Social-Media-Plattformen? Hier ist festzustellen, dass Informationen über aktuelle, gesellschaftlich relevante Ereignisse nur ein nachrangiges Motiv für die Nutzung von Social Media darstellen (Kümpel, 2020). Demgemäß geschieht der Zugang zu und die Verarbeitung von Nachrichten eher unreflektiert, hoch selektiv und beiläufig (Baeva & Spittka, 2022; Kümpel, 2022). Insbesondere jüngere Altersgruppen erwarten, dass persönlich relevante Nachrichten zu ihnen finden, beispielsweise über algorithmische oder soziale Empfehlungen (Collao, 2022). Sie wollen effizient einen Themenüberblick gewinnen, um sich bei Interesse detaillierter zu informieren, statt rituell Nachrichten im Gesamtüberblick zu konsumieren (Carlson, 2020). Unterhaltungs-, Kriminalitäts- und Sportnachrichten finden Anklang – die Schlagzeile und die

Bebildung scheinen bei der Auswahl von Nachrichtenartikeln eine größere Rolle zu spielen als die dahinterstehende Medienmarke (Baeva & Spittka, 2022; Kümpel, 2019; Vergara et al., 2021). Die Plattformarchitektur mit ihrem standardisierten Design von Beiträgen erschwert es Nutzern dabei, kognitive Heuristiken zur Identifikation und Beurteilung von Nachrichten zu entwickeln (Schweiger et al., 2019). Daher gelingt es Rezipientinnen und Rezipienten nur begrenzt, die unterschiedlichen Angebote auf den Plattformen zu erkennen und voneinander zu unterscheiden (Baeva & Spittka, 2022; Meßmer et al., 2021). Das kann Social-Media-Nutzer überfordern und anfälliger für die adverse Selektion unseriöser, pseudojournalistischer Quellen machen. Gleichzeitig macht die mangelnde Wahrnehmung von Medienmarken es für Nachrichtenmedien unwahrscheinlicher, loyale Nutzerinnen und Nutzer zu gewinnen.

Außerdem können nutzerseitige selektive Auswahlmechanismen in Verbindung mit der algorithmischen Personalisierung das Risiko von isolierten Informationsblasen verstärken: In diesen persönlichen Filterblasen sind Nutzende weitgehend von gesellschaftlich relevanten Diskussionen abgekoppelt sind bzw. begeben sich in die Nischen von Paralleldiskursen, auch Echokammern genannt. Dabei spielt die Zusammensetzung des sozialen Netzwerks eine große Rolle, denn Interaktionen finden online oft mit der eigenen und sozial ähnlichen Peergroup statt (Stegmann et al., 2022a). So zeigen soziologische Gegenwartsanalysen wie der aktuelle Bericht des Forschungsinstituts Gesellschaftlicher Zusammenhalt, dass die sozialen Netzwerke der Deutschen keineswegs vollständig entkoppelt, aber gleichwohl in beträchtlichem Maße homogen und segregiert sind – mit entsprechend verstärkenden Effekten für die jeweiligen Weltansichten und potenziellen Gruppenkonflikten (Teichler et al., 2023).

Nicht nur der Zugang, auch die Auseinandersetzung mit Nachrichtenbeiträgen in sozialen Medien findet eher selektiv (Stichwort „motivated reasoning“), flüchtig und fragmentarisch statt (Leonhard et al., 2020; Vergara et al. 2021). Dieses von kurzen Aufmerksamkeitsspannen gekennzeichnete Snacking-Verhalten wird dadurch begünstigt, dass Social Media meist mobil genutzt werden (Carlson, 2020). Aber auch die spezifische Plattformarchitektur ist entscheidend, wie tiefgehend sich Social-Media-Nutzer informieren (Wieland & Kleinen-von Königslöw, 2020). So macht es für die Breite und Tiefe der Rezeption bspw. einen Unterschied, ob die Plattformen eine Verlinkung aus ihrem Ökosystem heraus erlauben. Instagram-User verbleiben meist in der App, weil Links auf die Websites der Plattform-Komplementäre nur recht umständlich zu erreichen sind, während das

auf *Twitter-* bzw. *X-Nutzende* weniger zutrifft (Anter, 2023). Mehr als der Hälfte solcher, die soziale Medien als Informationskanal nutzen, begnügt sich in der Regel mit den auf dem Bildschirm angezeigten Informationen (Die Medienanstalten, 2023). Die Verkürzung und Dekontextualisierung plattformisierter (softer) Nachrichten erschweren es daher Nutzern, Hintergrundwissen aufzubauen und Ereignisse einzuordnen (Mothes, 2017).

Allerdings können in funktionaler Hinsicht auch qualitativ weniger hochwertige Inhalte das Themeninteresse wecken und die Wissensvermittlung im Sinne von *surveillance knowledge* (van Erkel & van Aelst, 2021) anstoßen. Studien zeigen, dass die Nutzung sozialer Medien als Nachrichtenkanal zumindest zu einem Bewusstsein aktuell relevanter Themen verhilft. D. h. es können Nutzende aktiviert werden, die sich grundsätzlich weniger für politische Nachrichten interessieren oder auch in bestimmten Lebensphasen – angesichts der Informationsflut oder der wahrgenommenen Krisenpermanenz – aus der Nachrichtenwelt zurückziehen (Nanz & Matthes, 2020). Insgesamt scheint der Beitrag der Social-Media-Nutzung zum Erwerb von politischem Wissen jedoch gering zu sein (Amsalem & Zoizner, 2023) und gar Wissensklüfte zwischen politisch Interessierten und Nachrichten-Deprivierten zu steigern (Schneiders, Kist & Stark, 2023).

Zusammengefasst: Die Rezeption von Nachrichten stellt in Social Media ein Nebenprodukt dar. Klassische Qualitätskriterien sind bei der Selektion und Verarbeitung von Nachrichten nicht entscheidend. Dementsprechend ist der Beitrag zur Informiertheit begrenzt. Zudem können homogene soziale Netzwerke das Risiko von Echokammern verstärken.

IV. Regulierungsmaßnahmen und wie sie Nachrichtenqualität sichern können

Die Produktion, Distribution und Rezeption von Nachrichten in Social Media weisen einige Defizite und Gefahrenpotenziale auf. Einige davon, bspw. ein Softening von Nachrichten oder die Disintermediation journalistischer Gatekeeper auf der Angebotsseite oder kurze Aufmerksamkeitsspannen und Desorientierung auf der Nutzungsseite, sind nicht neu, sondern werden durch Social-Media-Plattformen verschärft. Andere, wie algorithmisch-personalisierte Filterblasen, sind Plattform-originär.

Weil Social-Media-Plattformen als Nachrichtenkanal an Bedeutung gewinnen und die Nutzung relevanter, vielfältiger, professionell aufbereiteter Informationen von demokratischer Bedeutung ist, scheinen Governance-

Maßnahmen angemessen (Council of Europe, 2022; Lyubareva & Rochelandet, 2021; Tambini, 2021). Sie lassen sich gleichfalls danach differenzieren, ob sie auf die Produktion, Distribution und Rezeption von Qualität abzielen.

Produktionsqualität: Direkte Journalismusförderung, Normenstärkung und Sorgfaltspflichten

Die Produktion hochwertiger Nachrichten steht ob der plattforminduzierten Disruption des Werbegeschäfts und des intensivierten Wettbewerbs um die Aufmerksamkeit der Rezipienten unter erheblichem Druck. Plattformen bringen kaum loyale, zahlungskräftige Nutzer, sondern binden knappe redaktionelle Ressourcen und setzen Anreize zur Verkürzung, zum Softening und zur Mehrfachverwertung von Nachrichten. Ohnehin tendieren insbesondere journalistische (Qualitäts-)Leistungen zum Marktversagen (Puppis, 2023, S. 129-139). Vor diesem strukturellen Hintergrund, und weil Nachrichtenmedien rezipientenseitig die Aneignung falscher Behauptungen effektiv mindern können (Altay et al., 2024) sollten – wie in anderen Ländern bereits etablierte Praxis – direkte, selektive Produktionsförderungen in Erwägung gezogen werden. Deren Ziel sollte es sein, die Produktion und Verbreitung von originären und qualitativ hochwertigen Nachrichteninhalten und die Erfüllung neuer journalistischer Aufgaben (bspw. Fact-Checking) zu unterstützen. Eben weil Qualität so schwer zu definieren, zu messen und politisch zu adressieren ist, scheuen sich politische Akteure, sie als Zielvorgabe zu formulieren (Napoli & Royal, 2023). Zu den wenigen Staaten, die Journalismusförderprogramme u.a. explizit zur Sicherung oder Steigerung von Qualität einsetzen, zählen die Niederlande und Österreich (Cornils et al., 2021). Solange die öffentlichen Mittel staatsfern und meinungsneutral vergeben werden, kann und sollte Journalismusförderung auch in Deutschland an publizistische Qualifikationskriterien geknüpft sein. Diese Kriterien können wegen der gebotenen staatlichen Meinungsneutralität nur in indirekter Beziehung zur inhaltlichen Qualität stehen. Mögliche Vergabekriterien wären bspw. ein Mindestanteil eigenproduzierter redaktioneller Inhalte und die Verpflichtung zu Professionsstandards. Eventuell könnte die Förderung auch auf marktschwächere Nachrichtenmedien begrenzt werden (Cornils et al., 2021). Die Höhe der Zuschüsse könnte sich an den redaktionellen Kosten orientieren, da diese

dem sogenannten Financial Commitment-Ansatz zufolge in einer höheren journalistischen Qualität münden (Russi, 2013).

Des Weiteren sollte – allen rechtspopulistischen Delegitimierungsstrategien (Sehl, Simon & Schroeder, 2022) zum Trotz – sichergestellt werden, dass die öffentlich-rechtlichen Medien ihren Auftrag und ihre Vermittlungsleistungen auch und gerade im Plattformzeitalter erfüllen können (Udris et al., 2023). Der Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist eng mit Qualität verbunden und zielt auf liberal-demokratische Werte, nämlich Informations- und Diskursqualität, Freiheit, Gleichheit, Vielfalt, Machtbegrenzung, Kritik und Kontrolle, Integration sowie Sicherheit (Neuberger, 2022). Diese gemeinwohlorientierten Werte lassen sich durchaus in konkrete Handlungsnormen übersetzen (Filipović, 2019).

Zudem könnten Nachrichtenorganisationen über die Funktionsweise und Wirkung von Plattformlogiken weiter aufgeklärt und journalistische Normen gestärkt werden. Denn letztere haben sich in Nachrichtenredaktionen als starkes Korrektiv gegen externe Einflüsse erwiesen (Lischka, 2021). Dies könnte beispielsweise durch (weitere) medienpolitische Förderung von journalistischen Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen, Standards, Richtlinien (wie die des Lenkungsausschusses für Medien und Informationsgesellschaft des Europarats; CDMSI, 2023) und Selbstregulierungsinstitutionen erreicht werden (Eichler, 2022). Aber auch öffentlich-rechtliche Medien könnten dazu beitragen, Qualitätsstandards zu etablieren (Neuberger, 2022).

Darüber hinaus sollten nicht nur für Nachrichtenmedien, sondern auch für andere meinungsbildungsrelevante Angebote bzw. epistemische Autoritäten bestimmte Pflichten und Privilegien gelten. Insbesondere die Sorgfaltspflicht bei der Produktion und Verbreitung von Nachrichten, Quellenschutz und der Zugang zu behördlichen Informationen sind für die Qualität öffentlicher Kommunikation von Bedeutung. Das bedeutet auch, dass Medienregulierung Nachrichten konzeptionell nicht länger als rein journalistischer Herkunft verstehen sollte (Schneiders, 2023b). Eben- sowenig sollte sie bestimmte, nicht originär journalistische Angebote als Bedrohung, sondern als neue epistemische Autoritäten akzeptieren, die deprivierte Gruppen erreichen können. Welche Informationsangebote als meinungsbildungs- und damit regulierungsrelevant gelten, ist Gegenstand aktueller Diskussion (bspw. im Zusammenhang mit dem Vorschlag für einen European Media Freedom Act; Seipp et al., 2023) und bedarf weiterer Forschung (Stegmann et al., 2022b).

Distributionsqualität: Auffindbarkeitsgebot und gemeinwohlorientierte Empfehlungssysteme

Die algorithmisch-personalisierenden Empfehlungssysteme von Social-Media-Plattformen beeinflussen die Informationsentscheidungen von Rezipienten in wesentlichem Maße (Wu et al., 2021). Der Medienstaatsvertrag schreibt bereits vor, dass Medienintermediäre ihre Sortierung erklären müssen und journalistisch-redaktionell gestaltete Angebote nicht diskriminieren dürfen (Schneiders, 2021b). Der Digital Services Act (DSA) verpflichtet die Anbieter sehr großer Online-Plattformen und sehr großer Online-Suchmaschinen dazu, ihren Nutzerinnen und Nutzern ein nicht auf Profiling beruhendes Empfehlungssystem anzubieten (Schneiders, 2021a). Neben dieser mittelbaren negativen Vielfaltssicherung sind ein Auffindbarkeitsgebot und eine (für die User optionale) Hervorhebung von Qualitätsnachrichten in den Social-Media-Feeds erwägenswert (CoE, 2022). Zum einen mündet Diskriminierungsfreiheit, selbst wenn eine hohe Vielfalt journalistisch-redaktioneller Anbieter vorliegt, aufgrund journalistisch-institutioneller und nutzerseitig bedingter Selektionsmechanismen nicht automatisch in hohe inhaltliche Vielfalt und Relevanz. Zum anderen haben, wie bereits erörtert, Social-Media-Nutzer und -Nutzerinnen Probleme, Nachrichten überhaupt als solche zu erkennen und von anderen Inhalten abzugrenzen. Es gilt also, die Erkennbarkeit und Sichtbarkeit von Qualitätsnachrichten bspw. durch Qualitätssiegel oder anderweitige Hervorhebungen zu steigern. Auch hier stellt sich die Frage, welche Informationsangebote von solch einem Labelling profitieren sollten. Tambini (2021) plädiert dafür, dass Medien „funktional in Bezug auf die am öffentlichen Interesse orientierte Tätigkeit des Journalismus, in Bezug auf die Größe und durch Selbsterklärungen, zum Beispiel durch die Annahme ethischer Kodizes, definiert werden“ sollten (Tambini, 2021, S. 149). Es liegt nahe, dass solche Angebote hervorgehoben werden, die sich bereits für die oben erläuterte Journalismusförderung qualifiziert haben. Auf diese Weise könnte dazu beigetragen werden, dass die Vermittlungsleistungen bezuschusster Angebote rezipiert und effekuiert werden. Wichtig ist, dass die Auswahl hervorzuhebender Angebote nach einem transparenten, nachvollziehbaren Verfahren erfolgt und ihre Qualifizierung regelmäßig staatsfern evaluiert wird.

Eine weitere Option zur Steigerung der Qualitätstransparenz sind Hinweise dazu, wie öffentliche Beiträge in bestehendes Wissen und Diskurse eingebettet sind. Dies geschieht bspw., indem die Quellen und das Zitationsnetzwerk eines Nachrichtenartikels offengelegt werden, Verweise auf

wissenschaftliche Studien ergänzt werden oder die Objektivität der Sprache maschinell eingestuft wird. Andere auf die Plattformarchitektur abzielende Maßnahmen könnten das impulsive Teilen von Beiträgen mit niedriger Informationsqualität hemmen (Lorenz-Spreen et al., 2020). Denn auch die Nutzenden und ihre (vermeintlichen) Bedürfnisse nach affektiven, negativen, sensationalistischen, gruppenidentitätsstärkenden Botschaften haben durch ihr Verhalten einen Anteil an der geringen Sichtbarkeit von Qualitätsnachrichten in Social Media (Dunaway & Ray, 2023).

Erwägenswert ist nicht zuletzt die Idee, eine kooperative (gemeinwohlorientierte) Journalismusplattform zu entwickeln (Gostomzyk et al., 2021; Wellbrock et al., 2023). Eine solche anbieterübergreifende Plattform könnte und sollte sich durch gemeinwohlorientierte und transparente Zugangs- und Sortierregeln und Metriken statt durch persuasive digitale Architekturen und Empfehlungssysteme auszeichnen. Zudem sollten den Nachrichtenangeboten ausreichend Freiheitsgrade bei der Gestaltung ihrer Beiträge und ihrer Markenidentität überlassen werden. Auf diese Weise könnte eine Journalismusplattform die Sichtbarkeit, Reichweite und Finanzierung hochwertiger Inhalte stimulieren und die Abhängigkeit von derzeit kaum substituierbaren Social-Media-Plattformen mindern.

Rezeptionsqualität: Nachrichtenkompetenz und Desinformationsresistenz

Idealerweise informieren sich Rezipienten über vertrauenswürdige Informationsquellen und verarbeiten deren Inhalte möglichst elaboriert und erkenntnisoffen (Neuberger et al., 2023; Stegmann et al., 2024). Wie informiert Menschen über gesellschaftlich relevante Ereignisse sein wollen, hängt insbesondere damit zusammen, wie stark politisch interessiert sie sind und für wie geeignet und relevant sie Social Media zur Erfüllung politischer Informationsbedürfnisse halten (Kümpel et al., 2022; Wunderlich & Hölig, 2022). Um die Rezeption von Qualität zu fördern, sollten daher das politische Interesse und die Nachrichtenkompetenz von Rezipienten möglichst in institutionalisierter Form weiter gefördert werden. Denn mit der Entwicklung von Nachrichtenkompetenz ist die Erwartung verbunden, dass sie den Konsum, die Zahlungsbereitschaft und das Gespür für journalistische Qualität steigert (Craft et al., 2016). Nachrichtenkompetenz umfasst vor allem das Vermögen, kritisch und reflektiert plattformübergreifend Informationen zu unterscheiden, einzuordnen und zu bewerten – etwa im Hinblick auf die Herkunft, Glaubwürdigkeit und Motivation verschiedener

Formate. Ebenfalls von Relevanz ist Wissen über normative Prinzipien von Journalismus sowie über Akteure, Produktionsprozesse, Inhalte und Medieneffekte (Schneiders, 2021c). Auch technologische Interventionen können helfen, dieses Wissen spielerisch anzutrainieren und Rezipienten resistenter gegen Desinformation zu machen (Lorenz-Spreen et al., 2020).

Eine gemeinwohlorientierte Plattform (s.o.) sollte – neben der Produktqualität – den tiefergehenden Konsum vielfältiger Perspektiven anstupsen oder „nudgen“ (Mattis et al., 2024), statt impulsive Handlungen anzustoßen. Experimente zeigen, dass vielfaltsorientierte algorithmische Empfehlungen durchaus angenommen werden (Heitz et al., 2022). Darüber hinaus könnte KI dabei helfen, die Verständlichkeit von Beiträgen individuell an die Bedürfnisse von Rezipienten anzupassen und damit Hürden zur Nutzung von Qualitätsnachrichten zu senken. Der Konsum von Qualitätsnachrichten könnte auch über finanzielle Anreize, etwa in der Form von Gutscheinen für Abonnements journalistischer Produkte, angeregt werden (Council of Europe, 2022). Allerdings wird diese Maßnahme als weniger effizient als die Förderung einer Journalismusplattform erachtet (Wellbrock et al., 2023).

V. Schlussfolgerungen und Fazit

Im Zeitalter des digitalen Strukturwandels der Öffentlichkeit steht die Qualitätsforschung und -sicherung vor neuen Herausforderungen. Denn zahlreiche strukturelle Veränderungen der Medienlandschaft haben das Potenzial, Medienqualität nachhaltig zu verändern und gefährden etablierte Qualitätsstandards. So stellt vor allem die Plattformisierung der Medien die Vermittlungsleistungen professioneller journalistischer Informationsanbieter in Frage (Carlson, 2020). Traditionelle Medien unterliegen einem hohen Anpassungsdruck. Sie verlieren nicht nur ihre klassische Gatekeeper-Rolle, sondern konkurrieren mit globalen Tech-Giganten wie *Meta* oder *Alphabet* um die Aufmerksamkeit des Publikums und hängen entlang ihrer gesamten Wertschöpfungskette zunehmend von digitalen Plattformen ab. Gleichzeitig etablieren sich neue epistemische Autoritäten, die um Aufmerksamkeit und Legitimation konkurrieren. Daraus ergeben sich unterschiedliche Implikationen.

Mehr denn je ist es erforderlich, die Angebotsseite mit der Nutzungsseite zu verbinden – sprich Qualität mit einem integrativen Verständnis zu untersuchen. Denn algorithmenbasierte Personalisierungs- und nutzerseiti-

ge Selektionslogiken garantieren nicht, dass Qualität bei jedem Nutzer auf die gleiche Art und Weise ankommt. Daher hat sich dieser Artikel nicht nur mit der Qualität der Nachrichtenproduktion befasst, sondern auch mit der Qualität der Nachrichtendistribution und -rezeption. Anschließend wurde analysiert, wie diese drei Qualitätsdimensionen im Plattformzeitalter bedroht sind und wie sie gefördert werden können. Die Fördermaßnahmen zielen darauf, Informationsasymmetrien abzubauen sowie Alternativen und Kompetenzen zu unterstützen und auf diesem Wege die Autonomie von Rezipienten und Nachrichtenanbietern zu stärken. Angezeigt ist eine wissenschaftliche Begleitung, um die Präzision und Wirksamkeit der Maßnahmen zu messen und etwaige unbeabsichtigte negative Folgen zu identifizieren. Zu prüfen wäre beispielsweise, ob Qualitätssiegel oder andere technologische Interventionen die Rezeptionsqualität tatsächlich steigern (was insbesondere bei bestimmten deprivierten oder sich stark einseitig informierenden Gruppen wünschenswert wäre), oder ob sie zu Backfire-Effekten führen, also die zu reduzierenden dysfunktionalen Effekte verstärken.

Was den Qualitätsbegriff betrifft, müssen wir uns für die individualisierten Nachrichtenfeeds auf die Suche nach neuen, darunter auch publikumsbasierten Qualitätskriterien machen und die spezifischen Vermittlungslogiken in entsprechende Qualitätsmaßstäbe transformieren. Dabei gilt es vor allem die technische Plattformarchitektur zu berücksichtigen. Diese Anpassung an die Plattformöffentlichkeit setzt voraus, dass Qualitätsstandards auf Social-Media-Plattformen als dynamisches Konstrukt verstanden und empirisch kontinuierlich überprüft werden (Sehl, Eder & Kretzschmar, 2022). Die Kommunikationswissenschaft hat bereits geeignete theoretische Frameworks zur Untersuchung der Inhalte auf Plattformen wie *Facebook*, *Instagram*, *TikTok* oder *X* entwickelt (Hermida & Mellado, 2020; Hase et al., 2023; Klein et al., 2023). Sie können als Monitoring-Instrumente dienen, um Qualitätsveränderungen systematisch und vergleichend über unterschiedliche Distributionskanäle zu untersuchen. Gleichzeitig geben sie Auskunft darüber, inwieweit sich traditionelle Medienanbieter der Plattformlogiken bedienen, um Reichweite zu maximieren.

Vor dem Hintergrund der Plattformisierung mit ihrer Multiplikation an Nachrichtenkanälen, -quellen und -formen gewinnt aber auch die Erkennbarkeit demokratierelevanter Informationsquellen aus der Publikumperspektive an Bedeutung. Eine in Deutschland und anderen Ländern wachsende Nachrichtenmüdigkeit und -vermeidung macht beispielsweise eine Aktivierungsqualität dringlicher (Eisenegger & Udris, 2021). Aktivie-

rungsqualität zielt darauf ab, der zunehmenden Nachrichtenvermeidung zu begegnen – also Menschen, die nicht mehr regelmäßig Nachrichten nutzen, wieder an Nachrichten heranzuführen. Sie soll helfen, Bürgerinnen für demokratierelevante Inhalte zu gewinnen und zu begeistern: Verständlichkeit oder Dialogorientierung sind in diesem Kontext besonders wichtig. Darüber hinaus wird auch Erkennungsqualität wichtiger, da im Newsfeed durch die Medienemergenz (der Ent- und Neubündelung von Quellen auf Plattformen) eine Vielzahl unterschiedlicher Quellen auftaucht, die nicht immer zuordenbar sind. Daran knüpfen die oben genannten Qualitätssiegel an.

Damit hat sich der Kanon von Qualitätsstandards im Laufe der Zeit aus den unterschiedlichen Betrachtungswinkeln immer wieder verändert. Gleich geblieben oder gar gewachsen sind allerdings die normativen Leistungsansprüche an professionellen Journalismus. Der Wert und die Qualität von Informationen stehen und fallen mit der Qualität des Herstellungsprozesses. Wenn Unabhängigkeit, Recherche und Relevanz nicht garantiert sind, verliert Journalismus seine Aufgaben und Funktionen – und damit seinen Wert für das Publikum. Diesen normativen Ansprüchen müssen sich zunehmend auch nicht-journalistische meinungsbildungsrelevante Informationsangebote stellen. Denn teils nehmen sie Funktionen wahr, die früher exklusiv Journalismus vorbehalten war.

Medienregulierung wiederum steht vor der Herausforderung, in einem zunehmend komplexen, hybriden und dynamischen Umfeld günstige Rahmenbedingungen für das Herstellen, Verbreiten und Rezipieren von Nachrichtenqualität herzustellen. Der Schlüssel dazu liegt in einem holistischen Ansatz, der die Autonomie von Nachrichten Anbietern und Publikum stärkt.

Literatur

- Altay, S., Nielsen, R. K., & Fletcher, R. (2024). News Can Help! The Impact of News Media and Digital Platforms on Awareness of and Belief in Misinformation. *The International Journal of Press/Politics*, 29(2), 459–484. <https://doi.org/10.1177/19401612221148981>
- Amsalem, E., & Zoizner, A. (2023). Do people learn about politics on social media? A meta-analysis of 76 studies. *Journal of Communication*, 73(1), 3–13. <https://doi.org/10.1093/joc/jqac034>
- Anter, L. (2023). How News Organizations Coordinate, Select, and Edit Content for Social Media Platforms: A Systematic Literature Review. *Journalism Studies*, 1–21. <https://doi.org/10.1080/1461670X.2023.2235428>
- Arnold, K. (2008). Qualität im Journalismus – ein integratives Konzept. *Publizistik*, 53(4), 488–508. <https://doi.org/10.1007/PL00022233>

- Asp, K. (2014). Mediatization: rethinking the question of media power. In K. Lundby (Ed.), *Mediatization of Communication* (pp. 349–374). De Gruyter. <https://doi.org/10.1515/9783110272215.349>
- Bachmann, P., Eisenegger, M., & Ingenhoff, D. (2022). Defining and Measuring News Media Quality: Comparing the Content Perspective and the Audience Perspective. *The International Journal of Press/Politics*, 27(1), 9–37. <https://doi.org/10.1177/1940161221999666>
- Baeva G., & Spittka E. (2022). *Die Nachrichtensendung als Instagram-Story*. <https://faktenimpulse.de/2022/07/06/die-nachrichtensendung-als-instagram-story/>
- Behre, J., Hölig, S., & Möller, J. (2023). *Reuters Institute Digital News Report 2023: Ergebnisse für Deutschland*. https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/86851/ssoar-2023-behre_et_al-Reuters_Institute_Digital_News_Report.pdf
- Belair-Gagnon, V., Zamith, R., & Holton, A. E. (2020). Role Orientations and Audience Metrics in Newsrooms: An Examination of Journalistic Perceptions and their Drivers. *Digital Journalism*, 8(3), 347–366. <https://doi.org/10.1080/21670811.2019.1709521>
- Bossetta, M. (2018). The Digital Architectures of Social Media: Comparing Political Campaigning on Facebook, Twitter, Instagram, and Snapchat in the 2016 U.S. Election. *Journalism & Mass Communication Quarterly*, 95(2), 471–496. <https://doi.org/10.1177/1077699018763307>
- Bozdag, E. (2013). Bias in algorithmic filtering and personalization. *Ethics and Information Technology*, 15(3), 209–227. <https://doi.org/10.1007/s10676-013-9321-6>
- Carlson, M. (2020). Journalistic epistemology and digital news circulation: Infrastructure, circulation practices, and epistemic contests. *New Media & Society*, 22(2), 230–246. <https://doi.org/10.1177/1461444819856921>
- Christians, C. G., McQuail, D., Nordenstreng, K., White, R. A., & Glasser, T. L. (2009). *Normative theories of the media: Journalism in democratic societies. The history of communication*. University of Illinois Press. <http://www.jstor.org/stable/10.5406/j.ctt1xcjws>
- Collao, K. (2022). The kaleidoscope: Tracking young people's relationships with news. *Reuters Institute for the Study of Journalism*. https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/2022-09/Craft_20_26
- Cornils, M., Dogruel, L., Gessinger, K., & Schneiders, P. (2021). *Möglichkeiten öffentlicher Förderung von Lokal- und Regionaljournalismus bei Wahrung der Staatsferne* [Gutachten im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen]. Mainzer Medieninstitut. https://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/themen_az/medien/pdf/210512-gutachten-journalismusfoerderung.pdf
- Council of Europe. (2022). *Recommendation CM/Rec(2022)4 of the Committee of Ministers to member States on promoting a favourable environment for quality journalism in the digital age*. <https://edoc.coe.int/en/international-law/11101-the-impacts-of-digital-technologies-on-freedom-of-expression-recommendation-cmrec202213.html>
- Craft, S., Ashley, S., & Maksl, A. (2016). Elements of News Literacy. *Electronic News*, 10(3), 143–160. <https://doi.org/10.1177/1931243116656716>

- Degen, M., Olgemöller, M., & Zabel, C. (2024). Quality Journalism in Social Media – What We Know and Where We Need to Dig Deeper. *Journalism Studies*, 1–22. <https://doi.org/10.1080/1461670X.2024.2314204>
- DeVito, M. A. (2017). From Editors to Algorithms. *Digital Journalism*, 5(6), 753–773. <https://doi.org/10.1080/21670811.2016.1178592>
- Dodds, T., Vreese, C. de, Helberger, N., Resendez, V., & Seipp, T. (2023). Popularity-driven Metrics: Audience Analytics and Shifting Opinion Power to Digital Platforms. *Journalism Studies*, 24(3), 403–421. <https://doi.org/10.1080/1461670X.2023.2167104>
- Dunaway, J., & Ray, N. (2023). Communication technology and threats to democracy: We the people are (also) the problem. In R. G. Lawrence & P. M. Napoli (Hrsg.), *News Quality in the Digital Age* (S. 13–30). Routledge.
- Eichler, H. (2022). *Journalismus in sozialen Netzwerken. ARD und ZDF im Bann der Algorithmen?* (OBS-Arbeitsheft 110). Otto Brenner Stiftung. https://www.otto-brenner-stiftung.de/fileadmin/user_data/stiftung/02_Wissenschaftsportal/03_Publikationen/AH110_OERM_Soziale_Netzwerke.pdf
- Eisenegger, M. (2021). Dritter, digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit als Folge der Plattformisierung. In M. Eisenegger, M. Prinzing, P. Ettinger, & R. Blum (Hrsg.), *Digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit* (pp. 17–39). Springer Fachmedien Wiesbaden. https://doi.org/10.1007/978-3-658-32133-8_2
- Eisenegger, M., & Udriș, L. (2021). Medienqualität in der digitalen Ära. Konzeptuelle Herausforderungen und erste Antworten. In M. Magin, U. Rußmann, & B. Stark (Hrsg.), *Demokratie braucht Medien* (pp. 91–113). Springer Fachmedien Wiesbaden. https://doi.org/10.1007/978-3-658-34633-1_6
- Fawzi, N., & Mothes, C. (2020). Perceptions of Media Performance: Expectation-Evaluation Discrepancies and Their Relationship with Media-related and Populist Attitudes. *Media and Communication*, 8(3), 335–347. <https://doi.org/10.17645/mac.v8i3.3142>
- Filipović, A. (2019). Öffentlichkeitsbegriff und Gemeinwohlrelevanz des öffentlich-rechtlichen Rundfunks: Eine sozial- und medienethische Perspektive. *Jahrbuch für Christliche Sozialwissenschaften*, 60, 87–112. <https://doi.org/10.17879/jcsw-2019-2502>
- Fürst, S. (2020). In the Service of Good Journalism and Audience Interests? How Audience Metrics Affect News Quality. *Media and Communication*, 8(3), 270–280. <https://doi.org/10.17645/mac.v8i3.3228>
- González-Bailón, S., & Lelkes, Y. (2023). Do social media undermine social cohesion? A critical review. *Social Issues and Policy Review*, 17(1), 155–180. <https://doi.org/10.1111/sipr.12091>
- Google (o.J.). *Nachrichten auf YouTube—YouTube-Hilfe*. Abgerufen 12. März 2024, von <https://support.google.com/youtube/answer/9057101?hl=de>
- Gostomzyk, T., Jarren, O., Lobigs, F., & Neuberger, C. (2021). *Kooperative Medienplattformen in einer künftigen Medienordnung* [Medien- und Kommunikationsbericht der Bundesregierung 2021]. <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/973862/1929884/cc83888f5299a95e933b494c72ef5388/2021-06-16-medienbericht-wissenschaffliches-gutachten-data.pdf?download=1>

- Habermas, J. (2022). Reflections and Hypotheses on a Further Structural Transformation of the Political Public Sphere. *Theory, Culture & Society*, 39(4), 145–171. <https://doi.org/10.1177/02632764221112341>
- Hase, V., Boczek, K., & Scharrow, M. (2023). Adapting to Affordances and Audiences? A Cross-Platform, Multi-Modal Analysis of the Platformization of News on Facebook, Instagram, TikTok, and Twitter. *Digital Journalism*, 11(8), 1499–1520. <https://doi.org/10.1080/21670811.2022.2128389>
- Heidtke, A. (2020). *Meinungsbildung und Medienintermediäre: Vielfaltssichernde Regulierung zur Gewährleistung der Funktionsbedingungen freier Meinungsbildung im Zeitalter der Digitalisierung* (1st ed.). *Schriften zum Medien- und Informationsrecht*: v.46. Nomos Verlagsgesellschaft. <https://ebookcentral.proquest.com/lib/kxp/detail.action?docID=6405471>
- Heitz, L., Lischka, J. A., Birrer, A., Paudel, B., Tolmeijer, S., Laugwitz, L., & Bernstein, A. (2022). Benefits of Diverse News Recommendations for Democracy: A User Study. *Digital Journalism*, 10(19), 1710–1730. <https://doi.org/10.1080/21670811.2021.2021804>
- Hermida, A., & Mellado, C. (2020). Dimensions of Social Media Logics: Mapping Forms of Journalistic Norms and Practices on Twitter and Instagram. *Digital Journalism*, 8(7), 864–884. <https://doi.org/10.1080/21670811.2020.1805779>
- Jarren, O., & Fischer, R. (2022). Transformation der politischen Öffentlichkeit? Der Einfluss von Plattformen auf das gesellschaftliche Vermittlungssystem. *KZfSS Kölner Zeitschrift Für Soziologie und Sozialpsychologie*, 74(S1), 183–207. <https://doi.org/10.1007/s11577-022-00833-8>
- Jungherr, A., & Schroeder, R. (2023). Artificial intelligence and the public arena. *Communication Theory*, 33(2-3), 164–173. <https://doi.org/10.1093/ct/qtad006>
- Jungnickel, K. (2011). Nachrichtenqualität aus Nutzersicht. Ein Vergleich zwischen Leserurteilen und wissenschaftlich-normativen Qualitätsansprüchen. *Medien & Kommunikationswissenschaft*, 59(3), 360–378. <https://doi.org/10.5771/1615-634x-2011-3-360>
- Jürgens, P., & Stark, B. (2017). The Power of Default on Reddit: A General Model to Measure the Influence of Information Intermediaries. *Policy & Internet*, 9(4), 395–419. <https://doi.org/10.1002/poi3.166>
- Kalsnes, B., & Larsson, A. O. (2018). Understanding News Sharing Across Social Media. *Journalism Studies*, 19(11), 1669–1688. <https://doi.org/10.1080/1461670X.2017.1297686>
- Klein, M., Magin, M., Riedl, A. A., Udris, L., & Stark, B. (2023). From News Softening to Social News Softening: Comparing Patterns of Political News Coverage on Different (Social) Media Channels in Germany and Switzerland. *Digital Journalism*, 1–23. <https://doi.org/10.1080/21670811.2023.2278044>
- Klinger, U., & Svensson, J. (2015). The emergence of network media logic in political communication: A theoretical approach. *New Media & Society*, 17(8), 1241–1257. <https://doi.org/10.1177/1461444814522952>
- Krafft, T. D., Gamer, M., & Zweig, K. A. (2018). Wer sieht was? Personalisierung, Regionalisierung und die Frage nach der Filterblase in Googles Suchmaschine. *Kaiserslautern: Algorithm Watch*. <https://www.lmsaar.de/wp-content/uploads/2018/07/Bericht-Datenspende-Wer-sieht-was-auf-Google.pdf>

- Kümpel, A. S. (2019). The Issue Takes It All? *Digital Journalism*, 7(2), 165–186. <https://doi.org/10.1080/21670811.2018.1465831>
- Kümpel, A. S. (2020). Nebenbei, mobil und ohne Ziel? Eine Mehrmethodenstudie zu Nachrichtennutzung und -verständnis von jungen Erwachsenen. *Medien & Kommunikationswissenschaft*, 68(1-2), 11–31. <https://doi.org/10.5771/1615-634X-2020-1-2-11>
- Kümpel, A. S. (2022). Social Media Information Environments and Their Implications for the Uses and Effects of News: The PINGS Framework. *Communication Theory*, 32(2), 223–242. <https://doi.org/10.1093/ct/qtab012>
- Kümpel, A. S., Anter, L., & Unkel, J. (2022). What Does “Being Informed” Mean? Assessing Social Media Users’ Self-Concepts of Informedness. *Media and Communication*, 10(3). <https://doi.org/10.17645/mac.v10i3.5310>
- Lamot, K. (2022). What the Metrics Say. The Softening of News on the Facebook Pages of Mainstream Media Outlets. *Digital Journalism*, 10(4), 517–536. <https://doi.org/10.1080/21670811.2021.1974917>
- Leckner, S., Tenor, C., & Nygren, G. (2019). What About the Hyperlocals? The drivers, organization and economy of independent news media in Sweden. *Journalism Practice*, 13(1), 68–89. <https://doi.org/10.1080/17512786.2017.1392254>
- Leonhard, L., Karnowski, V., & Kümpel, A. S. (2020). Online and (the feeling of being) informed: Online news usage patterns and their relation to subjective and objective political knowledge. *Computers in Human Behavior*, 103, 181–189. <https://doi.org/10.1016/j.chb.2019.08.008>
- Lischka, J. A. (2020). Fluid institutional logics in digital journalism. *Journal of Media Business Studies*, 17(2), 113–131. <https://doi.org/10.1080/16522354.2019.1699764>
- Lischka, J. A. (2021). Logics in social media news making: How social media editors marry the Facebook logic with journalistic standards. *Journalism*, 22(2), 430–447. <https://doi.org/10.1177/1464884918788472>
- Lorenz-Spreen, P., Lewandowsky, S., Sunstein, C. R., & Hertwig, R. (2020). How behavioural sciences can promote truth, autonomy and democratic discourse online. *Nature Human Behaviour*, 4(11), 1102–1109. <https://doi.org/10.1038/s41562-020-0889-7>
- Lyubareva, I., & Rochelandet, F. (2021). From News Diversity to News Quality: New Media Regulation Theoretical Issues. In S. A. Matei, F. Rebillard, & F. Rochelandet (Hrsg.), *Digital and Social Media Regulation* (pp. 117–142). Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-030-66759-7_6
- Maares, P., & Hanusch, F. (2023). Understanding Peripheral Journalism from the Boundary: A Conceptual Framework. *Digital Journalism*, 11(7), 1270–1291. <https://doi.org/10.1080/21670811.2022.2134045>
- Matamoros-Fernández, A., Gray, J. E., Bartolo, L., Burgess, J., & Suzor, N. (2021). What’s “Up Next”? Investigating Algorithmic Recommendations on YouTube Across Issues and Over Time. *Media and Communication*, 9(4), 234–249. <https://doi.org/10.17645/mac.v9i4.4184>
- Mattis, N., Masur, P., Möller, J., & van Atteveldt, W. (2024). Nudging towards news diversity: A theoretical framework for facilitating diverse news consumption through

- recommender design. *New Media & Society*, 26(7), 3681–3706. <https://doi.org/10.1177/14614448221104413>
- Medienanstalten, D. (2021). *Mediengewichtungsstudie 2021-II*.
- Medienanstalten, D. (2023). *Mediengewichtungsstudie 2023-I*.
- Meier, K. (2019). Quality in Journalism. In T. P. Vos, F. Hanusch, D. Dimitrakopoulou, M. Geertsema-Sligh, & A. Sehl (Hrsg.), *The International Encyclopedia of Journalism Studies* (pp. 1–8). Wiley. <https://doi.org/10.1002/9781118841570.iejs0041>
- Mellado, C., & Hermida, A. (2022). A Conceptual Framework for Journalistic Identity on Social Media: How the Personal and Professional Contribute to Power and Profit. *Digital Journalism*, 10(2), 284–299. <https://doi.org/10.1080/21670811.2021.1907203>
- Meßmer, A. K., Sänglerlaub, A., & Schulz, L. (2021). „Quelle: Internet“? *Digitale Nachrichten- und Informationskompetenzen der deutschen Bevölkerung im Test*. Stiftung Neue Verantwortung e. V. <https://hdms.bsz-bw.de/frontdoor/index/index/docId/6609>
- Meta (2023). *New Analysis Shows News Industry Reaps Considerable Economic Benefit from Facebook*. <https://about.fb.com/news/2023/03/news-industry-reaps-considerable-economic-benefit-from-facebook/>
- Mothes, C. (2017). Nachrichtennutzung in komplexen Informationsumgebungen. In O. Jandura, M. Wendelin, M. Adolf, & J. Wimmer (Hrsg.), *Zwischen Integration und Diversifikation* (pp. 65–81). Springer Fachmedien Wiesbaden. https://doi.org/10.1007/978-3-658-15031-0_5
- Nanz, A., & Matthes, J. (2020). Learning from Incidental Exposure to Political Information in Online Environments. *Journal of Communication*, 70(6), 769–793. <https://doi.org/10.1093/joc/jqaa031>
- Napoli, P. M. (1999). Deconstructing the Diversity Principle. *Journal of Communication*, 49(4), 7–34. <https://doi.org/10.1111/j.1460-2466.1999.tb02815.x>
- Napoli, P. M., & Royal, A. (2023). Government interventions into news quality. In R. G. Lawrence & P. M. Napoli (Hrsg.), *Media and power. News quality in the digital age* (S. 187–201). Routledge Taylor & Francis Group. <https://doi.org/10.4324/9781003257998-16>
- Neuberger, C. (2011). *Definition und Messung publizistischer Qualität im Internet: Herausforderungen des Drei-Stufen-Tests*. Vistas.
- Neuberger, C. (2022). Die digitale Weiterentwicklung des öffentlich-rechtlichen Auftrags: Eine kommunikationswissenschaftliche Perspektive. *ZUM*, 3, 157–165.
- Neuberger, C., Bartsch, A., Fröhlich, R., Hanitzsch, T., Reinemann, C., & Schindler, J. (2023). The digital transformation of knowledge order: A model for the analysis of the epistemic crisis. *Annals of the International Communication Association*, 47(2), 1–22. <https://doi.org/10.1080/23808985.2023.2169950>
- Nielsen, R. K. (2017). Digital News as Forms of Knowledge: A New Chapter in the Sociology of Knowledge. In P. J. Boczkowski & C. W. Anderson (Hrsg.), *Remaking the News* (S. 91–110). The MIT Press. <https://doi.org/10.7551/mitpress/10648.003.0011>
- Nielsen, R. K., & Ganter, S. (2022). *The power of platforms: Shaping media and society. Oxford studies in digital politics*. Oxford University Press.

- Nieminen, H. (2024). Why We Need Epistemic Rights. In M. Aslama Horowitz, H. Nieminen, K. Lehtisaari, & A. D'Arma (Hrsg.), *Epistemic Rights in the Era of Digital Disruption* (S. 11–28). Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-031-45976-4_2
- Örnebring, H., Karlsson, M., Fast, K., & Lindell, J. (2018). The Space of Journalistic Work: A Theoretical Model. *Communication Theory*, 28(4), 403–423. <https://doi.org/10.1093/ct/qty006>
- Puppis, M. (2023). *Medienpolitik: Grundlagen für Wissenschaft und Praxis* (3., vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage). UVK Verlag.
- Reinemann, C., Stanyer, J., Scherr, S., & Legnante, G. (2012). Hard and soft news: A review of concepts, operationalizations and key findings. *Journalism*, 13(2), 221–239. <https://doi.org/10.1177/1464884911427803>
- Ruß-Mohl, S. (1992). Am eigenen Schopfe. Qualitätssicherung im Journalismus – Grundfragen, Ansätze, Näherungsversuche. *Publizistik*, 37(1), 83–96.
- Russi, L. (2013). *Ökonomische Bedingungen publizistischer Vielfalt*. Nomos. <https://doi.org/10.5771/9783845246970>
- Schmid, S., Allgaier, J., & Baeva, G. (2021). *Empfehlungen in Krisenzeiten: Welche Inhalte machen die Empfehlungsalgorithmen von YouTube sichtbar*. Eine Studie von Kantar, Public Division und der RWTH Aachen im Auftrag der Medienanstalt Berlin-Brandenburg (mabb), der Senatskanzlei Berlin, der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien (BLM), der Landesanstalt für Medien NRW und der Medienanstalt Rheinland-Pfalz. <https://www.mabb.de/wir-fuer-sie/download-center?file=files/content/document/UEBER%20DIE%20MABB/Download-Center/Studien/Empfehlungen%20in%20Krisenzeiten%20-%20Welche%20Inhalte%20machen%20die%20Empfehlungsalgorithmen%20von%20YouTube%20sichtbar-%20%28Kantar%2C%20Public%20Division%20und%20der%20RWTH%20Aachen%29.pdf>
- Schneiders, P. (2021a). Hate Speech auf Online-Plattformen: Problematisierung, Regulierung und Bewertung vor dem Hintergrund des Vorschlags für einen Digital Services Act. *UFITA*, 86(2), 266–327. <https://doi.org/10.5771/2568-9185-2021-2-266>
- Schneiders, P. (2021b). Keine Meinungsmacht den Medienintermediären? – Zum Diskriminierungsverbot für Medienintermediäre im Medienstaatsvertrag. *ZUM*, 6, 480–489.
- Schneiders, P. (2021c). Nachrichtenverständnis als elementare Nachrichtenkompetenz. In G. Keel & W. Weber (Hrsg.), *Media Literacy* (S. 37–56). Nomos.
- Schneiders, P. (2023a). Macht und Autonomie. Ein Theorierahmen für die Analyse der Plattformisierung journalistischer Medien. *UFITA*, 87(1), 6–50. <https://doi.org/10.5771/2568-9185-2023-1-6>
- Schneiders, P. (2023b). News from the User's Perspective: With Naivety to Validity. *Digital Journalism*, 1–22. <https://doi.org/10.1080/21670811.2023.2182804>
- Schneiders, P., Stegmann, D., & Stark, B. (2023). Social cohesion in platformized public spheres: toward a conceptual framework. *Communication Theory*, 33(2-3), 122–131. <https://doi.org/10.1093/ct/qtad002>

- Schneiders, P., Kist, E. L., & Stark, B. (2023). Media Use. In J. Krone & T. Pellegrini (Hrsg.), *Handbook of Media and Communication Economics* (S. 1–28). Springer Fachmedien Wiesbaden. https://doi.org/10.1007/978-3-658-34048-3_57-2
- Schwabl, P., Unkel, J., & Haim, M. (2023). Vielfalt bei Google? Vielzahl, Ausgewogenheit und Verschiedenheit wahlbezogener Suchergebnisse. In C. Holtz-Bacha (Hrsg.), *Die (Massen-) Medien im Wahlkampf* (S. 293–316). Springer Fachmedien Wiesbaden. https://doi.org/10.1007/978-3-658-38967-3_11
- Schweiger, W., Weber, P., Prochazka, F., & Brückner, L. (2019). *Algorithmisch personalisierte Nachrichtenkanäle*. Springer Fachmedien Wiesbaden. <https://doi.org/10.1007/978-3-658-24062-2>
- Sehl, A., Eder, M. & Kretzschmar, S. (2022): Journalismus auf Instagram: Qualität neu definiert? In J. Schützeneder & M. Graßl (Hrsg.), *Journalismus und Instagram. Analysen, Strategien, Perspektiven aus Wissenschaft und Praxis* (S. 45–58). Springer VS, Wiesbaden. https://doi.org/10.1007/978-3-658-34603-4_4
- Sehl, A., Simon, F. M., & Schroeder, R. (2022). The populist campaigns against European public service media: Hot air or existential threat? *International Communication Gazette*, 84(1), 3–23. <https://doi.org/10.1177/1748048520939868>
- Seipp, T., Fathaigh, R. Ó., & van Drunen, M. (2023). Defining the ‘media’ in Europe: Pitfalls of the proposed European Media Freedom Act. *Journal of Media Law*, 15(1), 39–51. <https://doi.org/10.1080/17577632.2023.2240998>
- Sevignani, S. (2022). Digital Transformations and the Ideological Formation of the Public Sphere: Hegemonic, Populist, or Popular Communication? *Theory, Culture & Society*, 39(4), 91–109. <https://doi.org/10.1177/02632764221103516>
- Simon, F. M. (2022). Uneasy Bedfellows: AI in the News, Platform Companies and the Issue of Journalistic Autonomy. *Digital Journalism*, 10(10), 1832–1854. <https://doi.org/10.1080/21670811.2022.2063150>
- Stark, B., & Magin, M. (2019). Neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit durch Informationsintermediäre: Wie Facebook, Google & Co. die Medien und den Journalismus verändern. In M. Eisenegger, L. Udris & P. Ettinger (Hrsg.), *Wandel der Öffentlichkeit und der Gesellschaft*. Gedenkschrift für Kurt Imhof (S. 377–406). Campus.
- Stark, B., Riedl, A., Eisenegger, M., Schneider, J., Udris, L., & Jandura, O. (2021). Qualität des politischen Nachrichtenangebots in Deutschland: empirische Kernbefunde aus dem Projekt "Media Performance and Democracy". *Media Perspektiven* (9), 430–449. <https://doi.org/10.5167/uzh-207954>
- Steering Committee on Media and Information Society (CDMSI). (2023). *Guidelines on the responsible Implementation of artificial Intelligence Systems in Journalism*. <https://rm.coe.int/cdmsi-2023-014-guidelines-on-the-responsible-implementation-of-artific/1680adb4c6>
- Stegmann, D., Stark, B. & Magin, M. (2022a). Echo Chambers. In A. Ceron (Hrsg.), *Encyclopedia of Technology & Politics* (S. 210–216). Cheltenham: Edward Elgar Publishing LTD.
- Stegmann, D., Zieringer, L., Stark, B., & Reinemann, C. (2022b). Meinungsvielfalt, Meinungsmacht, Meinungsbildung. Zum (ungeklärten) Verhältnis zentraler Begriffe der deutschen Medienkonzentrationskontrolle. *UFITA*, 86(1), 38–70. <https://doi.org/10.5771/2568-9185-2022-1-38>

- Stegmann, D., Schneiders, P., Stark, B., & Buggert, S. (2024). „Ich mach mir die Welt, wie sie mir gefällt“. Meinungsbildungsrelevanz aus Nutzungsperspektive. *Medien & Kommunikationswissenschaft*, 72(2), 159–186. <https://doi.org/10.5771/1615-634X-2024-2-159>
- Steiner, M. (2020). Soft presentation of hard news? A content analysis of political Facebook posts. *Media and Communication*, 8(3), 244–257. <https://doi.org/10.17645/mac.v8i3.3152>
- Strömbäck, J., Boomgaarden, H., Broda, E., Damstra, A., Lindgren, E., Tsfati, Y., & Vliegenthart, R. (2022). From Low-Choice to High-Choice Media Environments. In J. Strömbäck, Å. Wikforss, K. Glüer, T. Lindholm, & H. Oscarsson (Hrsg.), *Knowledge Resistance in High-Choice Information Environments* (S. 49–68). Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781003111474-3>
- Taddicken, M., & Schmidt, J.-H. (2022). Entwicklung und Verbreitung sozialer Medien. In J.-H. Schmidt & M. Taddicken (Hrsg.), *Handbuch Soziale Medien* (S. 3-17). Springer Fachmedien.
- Tambini, D. (2021). A theory of media freedom. *Journal of Media Law*, 13(2), 135–152. <https://doi.org/10.1080/17577632.2021.1992128>
- Teichler, N., Gerlitz, J.-Y., Cornesse, C., Dilger, C., GrohSamberg, O., Lengfeld, H., Nissen, E., Reinecke, J., Skolarski, S., Traunmüller, R., Verneuer-Emre, L. (2023). *Entkoppelte Lebenswelten? Soziale Beziehungen und gesellschaftlicher Zusammenhalt in Deutschland. Erster Zusammenhaltsbericht des FGZ. Bremen: SOCIUM, Forschungsinstitut Gesellschaftlicher Zusammenhalt.* <https://doi.org/10.26092/elib/2517>
- Tsuriel, K., Dvir Gvirsman, S., Ziv, L., Afriat-Aviv, H., & Ivan, L. (2021). Servant of two masters: How social media editors balance between mass media logic and social media logic. *Journalism*, 22(8), 1983–2000. <https://doi.org/10.1177/1464884919849417>
- Udris, L., Schneider, J., & Vogler, D. (2023). Medienqualität. In fög – Forschungszentrum Öffentlichkeit und Gesellschaft / Universität Zürich (Hrsg.), *Jahrbuch Qualität der Medien* (S. 119–132).
- van Aelst, P., Strömbäck, J., Aalberg, T., Esser, F., Vreese, C. de, Matthes, J., Hopmann, D., Salgado, S., Hubé, N., Stepińska, A., Papathanassopoulos, S., Berganza, R., Legnante, G., Reinemann, C., Sheaffer, T., & Stanyer, J. (2017). Political communication in a high-choice media environment: a challenge for democracy? *Annals of the International Communication Association*, 41(1), 3–27. <https://doi.org/10.1080/23808985.2017.1288551>
- van Dijck, J., Nieborg, D., & Poell, T. (2019). Reframing platform power. *Internet Policy Review*, 8(2). <https://doi.org/10.14763/2019.2.1414>
- van Erkel, P. F. A., & van Aelst, P. (2021). Why Don't We Learn from Social Media? Studying Effects of and Mechanisms behind Social Media News Use on General Surveillance Political Knowledge. *Political Communication*, 38(4), 407–425. <https://doi.org/10.1080/10584609.2020.1784328>
- Vergara, A., Siles, I., Castro, A. C., & Chaves, A. (2021). The Mechanisms of “Incidental News Consumption”: an Eye Tracking Study of News Interaction on Facebook. *Digital Journalism*, 9(2), 215–234. <https://doi.org/10.1080/21670811.2020.1813047>
- Wellbrock, C.-M., Lobigs, F., Erbrich, L., & Buschow, C. (2023). *Coopetition is King: Ökonomische Potentiale und medienpolitische Implikationen kooperativer Journalis-*

- musplattformen. Landesanstalt für Medien NRW. https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/85903/ssoar-2023-wellbrock_et_al-Coopetition_is_King_Okonomische_Potentiale.pdf?sequence=1&isAllowed=y&lnkname=ssoar-2023-wellbrock_et_al-Coopetition_is_King_Okonomische_Potentiale.pdf
- Welbers, K., & Opgenhaffen, M. (2019). Presenting News on Social Media. *Digital Journalism*, 7(1), 45–62. <https://doi.org/10.1080/21670811.2018.1493939>
- Wieland, M., & Kleinen-von Königslöw, K. (2020). Conceptualizing different forms of news processing following incidental news contact: A triple-path model. *Journalism*, 21(8), 1049–1066. <https://doi.org/10.1177/1464884920915353>
- Wirz, D. S., Zai, F., Vogler, D., Urman, A., & Eisenegger, M. (2023). *Die Qualität von Schweizer Medien auf Instagram und TikTok*. In fög – Forschungszentrum Öffentlichkeit und Gesellschaft / Universität Zürich (Hrsg.), *Jahrbuch Qualität der Medien 2023* (S. 47–61). Schwabe. <https://doi.org/10.5167/uzh-238605>.
- Wu, A. X., Taneja, H., & Webster, J. G. (2021). Going with the flow: Nudging attention online. *New Media & Society*, 23(10), 2979–2998. <https://doi.org/10.1177/1461444820941183>
- Wunderlich, L. (2023). Parasoziale Meinungsführer? Eine qualitative Untersuchung zur Rolle von Social Media Influencer* innen im Informationsverhalten und in Meinungsbildungsprozessen junger Menschen. *M&K Medien & Kommunikationswissenschaft*, 71(1-2), 37-60. <https://doi.org/10.5771/1615-634X-2023-1-2-37>
- Wunderlich, L., & Hölig, S. (2022). Types of Information Orientation and Information Levels Among Young and Old News Audiences. *Media and Communication*, 10(3), 104–117. <https://doi.org/10.17645/mac.v10i3.5293>
- Wunderlich, L., & Hölig, S. (2023). „Verständlicher, nicht so politisch“ - Einblicke in die Bedürfnisse und Nutzungspraktiken gering informationsorientierter junger Menschen. (Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Instituts, 69). Hamburg: Verlag Hans-Bredow-Institut. <https://doi.org/10.21241/ssoar.90067>
- Wunderlich, L., Hölig, S., & Hasebrink, U. (2022). Does Journalism Still Matter? The Role of Journalistic and non-Journalistic Sources in Young Peoples' News Related Practices. *The International Journal of Press/Politics*, 27(3), 569–588. <https://doi.org/10.1177/19401612211072547>

Neue Wege in der wirtschaftsrechtlichen Rechtsdurchsetzung: Der Digital Markets Act

Rupprecht Podszun

In der wirtschaftsrechtlichen Rechtsdurchsetzung galt lange Zeit das Kartellrecht als Maßstab: Kartellbehörden wie die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt hatten mit ihrem Vorgehen den Eindruck erweckt, dass es mit den Mitteln des Kartellrechts gelingt, selbst die mächtigsten Akteure der Wirtschaft zu zähmen. Für andere Bereiche des Wirtschaftsrechts war das Kartellrecht häufig das Referenzmodell der Rechtsdurchsetzung. Doch das hat sich geändert: Gegenüber den Big Tech-Unternehmen, insbesondere den sog. GAFAMs (Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft), hat sich das Kartellrecht als weitgehend ineffektiv erwiesen.

Für die neue Digitalregulierung haben die europäischen gesetzgebenden Institutionen daher in der Rechtsdurchsetzung neue Pfade beschritten und sich mit einigen Verfahrensvorschriften bewusst vom kartellrechtlichen *enforcement* abgesetzt. Der vorliegende Beitrag beleuchtet das anhand des Digital Markets Acts (DMA)¹. Drei Fragen werden beantwortet:

- Warum ist das Kartellrecht mit Big Tech überfordert?
- Worin liegen die Unterschiede zwischen DMA-Durchsetzung und dem bestehenden kartellrechtlichen System?
- Kann das neue Modell der Rechtsdurchsetzung Impulse für andere Bereiche der hoheitlichen Rechtsdurchsetzung geben – etwas wenn es zu einer Reform des Medienaufsichtsrechts kommt?

Einschränkend ist anzumerken: Bislang steht für den DMA die Feuerprobe noch aus. Seine Wirksamkeit muss sich noch erweisen. Klar geworden ist aber schon eines: *Enforcement matters!*

1 Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte). Auch im deutschen Sprachraum hat sich die Abkürzung DMA eingebürgert.

I. Big Tech und die Überforderung des Kartellrechts

Das Kartellrecht sichert den freien Wettbewerb auf Märkten, etwa indem es Kartelle aufricht, den Missbrauch von Marktmacht durch starke Unternehmen stoppt oder Zusammenschlüsse untersagt. Es liegt in der Natur des Kartellrechts, dass sich die Wettbewerbshüter immer wieder mit den mächtigsten Unternehmen der Welt anlegen müssen. Dazu haben die Europäische Kommission in der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (Kartellverordnung) und das Bundeskartellamt in §§ 32 ff., 54 ff. und 82 ff. GWB die entsprechenden Befugnisse. Mit Respekt wird wahrgenommen, wie die Behörden eine Geldbuße in Höhe von EUR 1,8 Mrd. gegen Apple verhängen oder die Übernahme des *wearable*-Anbieters Fitbit durch Google mit strengen Auflagen versehen.² Für andere Rechtsbereiche wurden daher häufig Anleihen im Kartellrecht genommen: Die umsatzbezogene Geldbuße und der Unternehmensbegriff sind in der DS-GVO am Beispiel des Kartellrechts ausgerichtet (vgl. ErwGr. 150 und Art. 83 Abs. 5 DS-GVO). Für die Reform des Medienrechts wird immer wieder auf das Kartellrecht Bezug genommen.³

Dagegen steht die Analyse, dass das Kartellrecht mit der Zähmung der Big Tech-Unternehmen überfordert war.⁴ Seine Strahlkraft hat das Kartellrecht verloren.

1. Absurde Verfahrensdauern

Am 18. Oktober 2000 beschwerte sich das Unternehmen Advanced Micro Devices (AMD) bei der Europäischen Kommission: Der Konkurrent Intel, so der Vorwurf von AMD, missbrauche seine Marktmacht bei Computerchips und dränge AMD aus dem Geschäft. Am 13. Mai 2009, neun Jahre nach der ersten Beschwerde, entschied die Kommission, dass Intel das Kartellrecht verletzt habe. Verhängt wurde eine Rekordgeldbuße von über EUR 1 Mrd., die rechtswidrigen Praktiken waren abzustellen. *Fast forward*: Im Februar 2024, 15 Jahre nach der Entscheidung der Kommission und

2 Europäische Kommission 4.3.2024 – AT.40437 – Apple App Store Practices; Europäische Kommission 17.12.2020 – M.9660 – Google/Fitbit.

3 Z.B. A. Zimmer, Wie Medienvielfalt zukunftsfest machen?, FES diskurs 2022, passim.

4 Statt aller R. Podszun, Empfiehlt sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digitalunternehmen?, Gutachten F zum 73. Deutschen Juristentag, München 2020, S. F37.

fast 24 Jahre nach der ersten Beschwerde ist der Fall noch immer nicht rechtskräftig abgeschlossen. In einem gerichtlichen Ping-Pong streiten sich Intel und die Europäische Kommission seit Jahren über den Fall.⁵ Von den eigentlich beabsichtigten Marktwirkungen, die die Durchsetzung des Kartellrechts entfalten soll, kann keine Rede sein. Der Chip-Markt hat sich längst weitergedreht.

Der Intel-Fall markiert zwar ein Extrem, ist aber kein absurder Ausreißer. Die Verfahrensdauer ist zu einem ernsthaften Problem geworden. Das vielfach gelobte Verfahren des Bundeskartellamts gegen Facebook wegen der Zusammenführung von Daten steckt – ohne greifbare Veränderungen auf den Märkten – noch in den Mühlen der Gerichtsbarkeit fest.⁶ Der deutsche Gesetzgeber hat unter anderem damit reagiert, dass er bei einer neu eingeführten Vorschrift zur Erfassung der Macht digitaler Giganten (§ 19a GWB) den Rechtsweg um eine Instanz gekürzt hat. Beschwerden gegen die Entscheidungen des Bundeskartellamts gehen unter Umgehung des OLG Düsseldorf direkt an den BGH (§ 73 Abs. 5 GWB). Die Gründe für die langen Verfahrensdauern sind vielfältig. Sie stehen nicht im Fokus dieses Beitrags. Es sollen daher nur einige Aspekte angerissen werden:

- Die grundsätzlich erwünschte starke Integration ökonomischer Erkenntnisse in die kartellrechtlichen Verfahren hat diese verkompliziert und verlängert. Eine Kosten-Nutzen-Analyse dieses „more economic approach“ ist unterblieben.
- Die Anforderungen, die seitens der Gerichte an die Verfahrensführung der Behörden gestellt werden, sind angezogen worden.
- Teilweise wird beklagt, dass auch die Beweisforderungen erhöht worden sind.
- Die Abstimmung zwischen den Behörden und der Anwaltschaft, die in früheren Zeiten in einer kleineren Fachcommunity von gegenseitigem Vertrauen geprägt war, ist schwieriger geworden.
- Die Ressourcen der Behörden (und Gerichte) haben mit den Ressourcen der Unternehmen vor allem in personeller Hinsicht und mit Blick auf die Nutzung von Daten und IT-Tools nicht Schritt gehalten.

5 Der Fallverlauf bei der Kommission ist einsehbar unter competition-cases.ec.europa.eu unter der Fallnummer AT.37990; die gerichtlichen Streitigkeiten bei EuG und EuGH werden unter den Aktenzeichen T-286/09 und C-413/14 P (ggf. mit RENV) geführt.

6 Das Verfahren war 2016 eingeleitet worden (BKartA – B6-22/16). Zuletzt hatte hier der EuGH auf Vorlage des OLG Düsseldorf hin entschieden, EuGH 4.7.2023 – C-252/21, ECLI:EU:C:2023:537.

- Das gerichtliche Verfahren ist – nicht nur im Kartellrecht – schwerfällig geworden.

Zu konstatieren ist: Das Durchsetzungsprogramm des Kartellrechts scheitert, wenn es viele Jahre braucht, bis wichtige Fälle rechtskräftig entschieden sind.

2. Defizite der kartellrechtlichen Durchsetzung

Neben der langen Verfahrensdauer, die sich bei Behörden und Gerichten addiert, liegt ein weiteres Defizit in fehlenden wirksamen Abhilfemaßnahmen. Im Fusionsfall Google/Fitbit hatte die Europäische Kommission erhebliche Bedenken gegen die Übernahme. Diese wurden mit Verpflichtungszusagen der Fusionsparteien ausgeräumt, die (angesichts des Verhältnismäßigkeitsprinzips) von der Kommission akzeptiert wurden.⁷ Die Zusagen umfassten Verhaltenszusicherungen mit einer Laufzeit von zehn Jahren (Ziff. 37 des Zusagenangebots). Ein derart langes Monitoring von Verhaltenszusagen in einem dynamischen Markt kann aber nicht dem Anspruch des Kartellrechts gerecht werden.

Im Leuchtturm-Verfahren Google Shopping wegen der Selbstbevorzugung eigener Services im Suchranking ließ sich die Kommission auf Abhilfemaßnahmen ein, von denen Marktbeobachter sagen, sie hätten die Position von Google noch gestärkt, nicht geschwächt.⁸

Es lassen sich zahllose weitere Indizien anführen, dass das Kartellrecht mit den Big Tech-Unternehmen überfordert ist – etwa das Durchwinken von wettbewerberschütternden Fusionen wie Facebook/WhatsApp.⁹ Der wichtigste Beleg dürfte allerdings sein, dass Unternehmen wie Alphabet, Meta und Apple trotz kartellrechtlicher Interventionen ihre Positionen über zwei Jahrzehnte ausbauen und festigen konnten, ohne ernsthaft in Wettbewerb treten zu müssen.

7 Europäische Kommission 17.12.2020 – M.9660 – Google/Fitbit.

8 T. Höppner, Google's (Non-) Compliance with the EU Shopping Decision, 2020, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3700748>; P. Marsden, Google Shopping for the Empress's New Clothes –When a Remedy Isn't a Remedy (and How to Fix it), *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 11, Issue 10, December 2020, 553 ff.

9 Der Fall konnte nur über Umwege überhaupt von der Europäischen Kommission geprüft werden und wurde sodann (auf Basis falscher Angaben) freigegeben, siehe Europäische Kommission 3.10.2014 – M.7217 sowie 17.5.2017 – M.8228 – Facebook/WhatsApp.

3. Plattformen und Ökosysteme

Dass die Big Tech-Unternehmen solche Probleme bereiten, liegt an ihren neuartigen Geschäftsmodellen. Das Kartellrecht, das in den 1950er Jahren in Deutschland und in der EU geschaffen wurde, war auf die traditionelle Industrie ausgerichtet. Analyseinstrumente und Verfahrenswege wurden in Fällen mit Chemiekonzernen oder Zementwerken geprägt. Diese Tools passen auf Betreiber mehrseitiger Plattformen und digitaler Ökosysteme nicht mehr.

Die Geschäftsmodelle der GAFAMs basieren im Kern auf einer Plattform, auf der verschiedene Anbieter und Nachfrager datenbasiert zusammengeführt werden. Die Plattformen werden durch Daten, Netzwerkeffekte und damit verbundene Skalierungseffekte so machtvoll; ihnen wohnt, was für das Kartellrecht Gift ist, eine Monopolisierungstendenz inne. Aufgrund von Netzwerkeffekten, also der Wertsteigerung durch immer mehr Nutzer, kommt es zu einem *Winner-takes-all*-Effekt: Wer die meisten Nutzer für sich gewinnt, gewinnt den Kampf um den Markt und muss sich nicht mehr auf dem Markt bewähren. Silicon Valley-Investor Peter Thiel brachte diese Skalierungsformel auf den Punkt: „Competition is for losers“.¹⁰ Wer auf der Plattform gebunden ist (*lock-in*), ist in Abhängigkeit vom Plattformbetreiber, der nach seinem Willen die Spielregeln festlegen kann.

Der Siegeszug der Kernplattformen hat den Unternehmen derartige Gewinne beschert, dass sie über enorme Finanzkraft verfügen. Diese können sie zum Aufkauf potentieller Wettbewerber nutzen und auch zur Abwehr von regulatorischen Interventionen. Die Asymmetrie zwischen Hoheitsträgern und einzelnen Unternehmen ist mittlerweile krass.

In den vergangenen Jahren haben sich die Plattformen zu digitalen Ökosystemen weiterentwickelt. Immer mehr Leistungen und Dienste werden an die Kernplattformen angedockt. Dadurch reichen die Möglichkeiten der Datenauswertung, des Echtzeit-Testens neuer Praktiken und der Einbindung immer weiterer Akteure immer weiter. Anders gesagt: Unternehmen wie Apple und Alphabet kontrollieren und steuern inzwischen einen Großteil der wirtschaftlichen Entscheidungen vieler Menschen. Meta kontrolliert mit Plattformen wie Facebook, Instagram und WhatsApp beträchtliche Teile der kommunikativen Infrastruktur.¹¹ Je komplexer die Ökosysteme werden, desto schwieriger wird es, die Macht dieser Unternehmen effektiv

10 P. Thiel, Competition Is for Losers, Wall Street Journal, 12.9.2014, <https://www.wsj.com/articles/peter-thiel-competition-is-for-losers-1410535536>.

11 Vgl. BGH 23.6.2020 – KVR 69/19, Rn. 105 – Facebook.

zu durchbrechen. Die Vernetzung aufgrund von Daten – der eigentliche Kern der gesamten Digitalisierung – führt dazu, dass die enge Marktabgrenzung, die im Kartellrecht üblich ist, nicht mehr die wahren wirtschaftlichen Verhältnisse abbildet. Die Marktabgrenzung, Basis des Kartellrechts, ist damit obsolet.

So hat die Überforderung des Kartellrechts die Einführung neuer Regulierung provoziert. Für die Ziele der Bestreitbarkeit von Märkten und der wirtschaftlichen Fairness ist der DMA die Antwort darauf.

II. Charakteristika der DMA-Durchsetzung

Das Durchsetzungsmodell des DMA erinnert in vielen Aspekten an die Kartellrechtsdurchsetzung: Eine Behörde kann ermitteln und hat dazu zahlreiche Informations- und Ermittlungsbefugnisse. Sie kann verfügen, bestimmte Verhaltensweisen abzustellen. Sie kann Geldbußen verhängen, die bis zu 10 % des Jahresumsatzes des betroffenen Unternehmens erreichen. Sie kann einstweilige Maßnahmen vornehmen. Manche der Vorschriften in Art. 20-40 DMA sind klar den Regeln in der Kartellverordnung VO (EG) Nr. 1/2003 nachgebildet, die für kartellrechtliche Verfahren maßgeblich ist. Es gibt aber signifikante Unterschiede, die das Verfahren beschleunigen und effektivieren sollen. Die Gesetzgeber, insbesondere das Parlament, haben dabei die Probleme in der Kartellrechtsdurchsetzung im Blick gehabt.

1. Gatekeeper-Benennung statt Marktabgrenzung

Der Ausgangspunkt für die Anwendung des DMA ist die Bestimmung des Anwendungsbereichs. Dies geschieht durch die Benennung der digitalen Gatekeeper. In der ersten Runde wurden sechs Unternehmen identifiziert, die als Gatekeeper (in deutscher Übersetzung: Torwächter) einzustufen sind: Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta, Microsoft. Für diese Unternehmen wiederum wurden zentrale Plattformdienste benannt, die derart bedeutsam sind, dass für sie die besonderen Verpflichtungen gelten – bei ByteDance ist dies etwa TikTok, für Microsoft sind es das Windows-Betriebssystem und LinkedIn, für Alphabet sind es gleich acht Dienste. Der Prozess der Designierung gem. Art. 3 DMA ist formal an normativen Beschreibungen ausgerichtet (Art. 3 Abs. 1). Entscheidender, weil wesentlich

einfacher zu bestimmen, sind quantitative Vermutungen für die Erreichung der wohlklingenden Formeln (Art. 3 Abs. 2).¹² Im Wesentlichen kommt es auf Nutzerzahlen, Marktkapitalisierung und Umsätze an. Sind die Schwellenwerte erreicht, muss sich das jeweilige Unternehmen proaktiv bei der Europäischen Kommission melden und als potentieller Gatekeeper vorstellen (Art. 3 Abs. 3). Die Kommission hat dann 45 Tage Zeit, um den Gatekeeper-Status zu verifizieren (Art. 3 Abs. 4). Ist eine Gatekeeper-Stellung festgestellt, gelten die DMA-Pflichten für die zentralen Plattformdienste des Gatekeepers – auch, wenn der Designierungsbeschluss angefochten wird (wie im Fall von TikTok).

Schon in diesem ersten Schritt sind die wesentlichen Charakteristika des DMA angelegt: Klare Kriterien, Mitwirkungspflichten der Unternehmen, enge Fristen. Sichtbar wird das Neue daran vor allem beim Blick auf das Modell des Kartellrechts. Im besonders eng vergleichbaren Feld des Missbrauchsverbots obliegt es allein der Kartellbehörde, die Normadressatenstellung zu ermitteln. Art. 102 AEUV, das Missbrauchsverbot, ist anwendbar, wenn ein Unternehmen marktbeherrschend ist. Auch in nunmehr jahrzehntelanger Praxis ist dieses Kriterium nur näherungsweise bestimmt. Bei einem Marktanteil von 50 % wird im europäischen Kartellrecht meist angenommen, dass es sich wohl um ein marktbeherrschendes Unternehmen handeln könnte.¹³ Doch das ist weder gesetzlich festgeschrieben, noch ist diese Pi-mal-Daumen-Regel besonders hilfreich. Denn anders als die im DMA verwendeten Kennzahlen setzt die Berechnung des Marktanteils eine aufwändige und immer wieder höchst umstrittene Marktabgrenzung voraus. Nutzerzahlen, Umsätze und Marktkapitalisierung lassen sich relativ unproblematisch feststellen. Ob aber Alphabet mit YouTube marktbeherrschend ist, setzt die streitanfällige Abgrenzung eines Marktes voraus. Zudem geht kein Unternehmen auf eine Kartellbehörde zu und meldet sich als potentieller Marktbeherrscher an. Greift die Behörde einen Fall auf, unterliegt sie im Missbrauchsrecht auch keinen Fristen. Die Feststellung von Marktbeherrschung im Rahmen eines Art. 102-Verfahrens binnen 45 Tagen ist geradezu illusorisch.

Im DMA funktioniert das Einstufungssystem dank der Abkehr von der Marktabgrenzung. Dabei ist das System differenziert genug, um trotz der

12 Vgl. T. Käseberg/S. Gappa in: R. Podszun (Hrsg.), Digital Markets Act – Gesetz über digitale Märkte, Baden-Baden 2023, Art. 3 Rn. 2.

13 Vgl. H. Bergmann/L. Fiedler in: U. Loewenheim/K. Meessen et al. (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl., München 2020, Art. 102 AEUV Rn. 124.

quantitativen Vermutungen Raum für Abweichungen zu lassen. In der ersten Runde hat sich die Kommission beispielsweise entschieden, Gmail oder den Samsung Internet Browser nicht in den DMA-Anwendungsbereich zu ziehen – trotz Erreichens der Schwellenwerte für diese Plattformdienste. Für Apples Dienst iMessage und verschiedene Microsoft-Dienste wurde eine genauere Untersuchung angeordnet. Für Apples iPad-Betriebssystem wird geprüft, ob es trotz Nichterreichens der quantitativen Kriterien gleichwohl ein zentraler Plattformdienst ist.

Für die heiklen Fälle sieht der DMA also differenzierte Lösungen vor – mit Fristen und ohne dass die glasklaren Fälle von einer eigentümlichen Verfahrensträgheit infiziert werden.

2. Eindeutige Verpflichtungen statt Generalklausel

Obwohl es in diesem Beitrag um das Durchsetzungsregime, also eher prozedurale Fragen, geht, kann nicht ausgeblendet werden, wie eng das Zusammenspiel von effektivem Verfahren und materiellen Vorgaben ist.

In der Literatur wird teilweise behauptet, der DMA sehe – anders als das ex post wirkende Kartellrecht – eine ex-ante-Regulierung vor.¹⁴ Das ist missverständlich. Auch die kartellrechtlichen Pflichten gelten ohne „Aktivierung“ durch die Kartellbehörden. Die Pflichtverletzung fällt nur in der Regel erst auf, wenn es zu spät ist, auch deshalb, weil der genaue Inhalt des kartellrechtlichen Pflichtenprogramms unklar ist.

Dagegen versucht der DMA es mit Genauigkeit: Die materiellen Vorgaben in Art. 5, 6, 7, 14 und 15 DMA sind so ausgestaltet, dass sie eindeutige Do's and Don'ts formulieren. Wer den DMA liest, weiß hinterher recht genau, was die Gatekeeper nicht dürfen. Dass hochbezahlte Juristinnen und Juristen gleichwohl hunderte von Ansatzpunkten finden werden, um jedes Detail jeder Regelung zu hinterfragen und zu zerreden, ist so. Trotzdem macht es für die Rechtsdurchsetzung einen erheblichen Unterschied, mit welchem Detailgrad eine Regelung formuliert ist. Der Unterschied der beiden Regelungsmodelle ist daher zutreffender mit der anglo-amerikanischen Terminologie als *rule vs. standard* beschrieben: Rules sind, wie im DMA,

14 So etwa auch das Briefing des European Parliamentary Research Service, Digital Markets Act, PE 690.589 – November 2022, S. 1.

eindeutige Vorgaben, standards entsprechen hingegen eher allgemeinen Grundsätzen.¹⁵

In Art. 102 Abs. 1 AEUV steht als zentraler Normgehalt:

„(...) verboten ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen (...)“

In Art. 5 Abs. 4 DMA – der hier nur als Beispiel für die Regelungsdichte des DMA hergenommen wird – heißt es:

„Der Torwächter gibt gewerblichen Nutzern die Möglichkeit, Angebote gegenüber Endnutzern, die über seinen zentralen Plattformdienst oder über andere Kanäle akquiriert wurden, kostenlos zu kommunizieren und zu bewerben – auch zu anderen Bedingungen – und mit diesen Endnutzern Verträge zu schließen, unabhängig davon, ob sie zu diesem Zweck die zentralen Plattformdienste des Torwächters nutzen.“

Art. 5 Abs. 4 DMA verbietet also sog. Anti-Steering-Klauseln. Die Europäische Kommission hat in einem Verfahren gegen Apple vor Wirksamwerden des DMA ein Verbot solcher Anti-Steering-Klauseln aus Art. 102 AEUV hergeleitet.¹⁶ Es liegt auf der Hand, dass es wesentlich einfacher ist, die verbotene Praxis unter Art. 5 Abs. 4 DMA zu subsumieren, als darin eine „missbräuchliche Ausnutzung“ nach Art. 102 AEUV zu erkennen. Dafür bedürfte es zunächst einer Theoriebildung, was der wettbewerbliche Schaden durch eine Anti-Steering-Klausel ist und sodann einer Bestimmung der Grenzen. Wird der Begriff des wettbewerblichen Schadens ökonomisch aufgeladen, führt dies zu länglichen ökonomischen Gutachtenschlachten. Die DMA-Formulierung signalisiert sofort, worum es geht. Insbesondere wird damit das Tor zu einer ausufernden ökonomischen Betrachtung geschlossen.

Der Verordnungsgeber war allerdings nicht blind dafür, dass solche eindeutigen Verbote gegenüber Generalklauseln auch Nachteile haben. Diese wurden durch drei weitere Schritte abgedeckt:

Erstens gibt es für einige Verpflichtungen (jene in Art. 6) ein (fristgebundenes) Spezifizierungsverfahren, damit der genaue Norminhalt näher defi-

15 W. Kerber, Taming tech giants with a per se rules approach? The Digital Markets Act from the “rules vs. standard” perspective, *Concurrences* No. 3-2021, 28 ff.

16 Europäische Kommission 4.3.2024 – AT.40437 – Apple App Store Practices.

niert werden kann. Denn auch die detailreichen Regeln des DMA kommen nicht ohne unbestimmte Rechtsbegriffe aus.

Zweitens ist in Art. 13 ein umfassendes Umgehungsverbot, wiederum mit zahlreichen Details, statuiert.

Drittens können die Verpflichtungen in einem beschleunigten Verfahren legislativ modifiziert werden (Art. 8 Abs. 9 i.V.m. Art. 12). Der Preis für die regulatorische Klarheit ist nämlich die fehlende Flexibilität. Die Generalklausel in Art. 102 AEUV gibt es quasi unverändert seit Bestehen des europäischen Kartellrechts. Eine Vielzahl unterschiedlicher Fallgestaltungen konnte darunter gefasst werden. Beim DMA hingegen ist absehbar, dass einige der Regeln in wenigen Jahren obsolet sein werden, andere, die dann wichtig wären, fehlen. Dafür gibt es im DMA allerdings eine Update-Möglichkeit. Gemäß Art. 49 kann die Kommission in dem einfacheren Verfahren des Art. 290 AEUV den DMA mit delegierten Rechtsakten in Teilaspekten modernisieren. Das ist noch keine Evolutionsrevolution, aber immerhin das Anerkenntnis, dass ein volles Gesetzgebungsverfahren zu träge für den dauernden Anpassungsbedarf ist.

3. Effektiveres Verfahren

Der DMA als neuer Regulierungsrechtsakt muss sein Verfahrensrecht selbst determinieren. Der Ordnungsgeber hat keinen Rückgriff auf die Kartellverordnung oder andere Verfahrensregeln vorgenommen. In der Verordnung ist der verwaltungsverfahrenrechtliche Teil (Art. 20-40 DMA) schlank ausgestaltet. Einige Details, etwa zu Form und Frist, werden in Durchführungsrechtsakte nach Art. 46 DMA ausgelagert.

a) Verfahrensablauf

Hegt die Kommission den Verdacht, dass eine Verpflichtung des DMA nicht eingehalten wurde, eröffnet sie ein formales Verletzungsverfahren nach Art. 20. Schon im Ermittlungsverfahren sind Unterschiede zum Kartellverfahren erkennbar. Zwar gibt es die bekannten Instrumente von Auskunftsverlangen (Art. 21), Befragungen (Art. 22) und Nachprüfungen, also Durchsuchungen (Art. 23). Doch in Art. 21 Abs. 1 S. 2 heißt es:

„Die Kommission kann durch einfaches Auskunftsverlangen oder im Wege eines Beschlusses auch Zugang zu allen Daten und Algorithmen

von Unternehmen und Informationen über Tests verlangen sowie diesbezügliche Erläuterungen anfordern.“

Damit wird deutlich gemacht, wie umfassend der Zugriff ist und welcher Art die Beweise sind, die die Kommission bei der DMA-Umsetzung erwartet. Der Ordnungsgeber hat erfasst, dass bei einigen der Vorschriften das Geschäftsmodell am Algorithmus hängt. Wie eine Kontrolle von Algorithmen allerdings aussehen soll, ist schleierhaft. Da helfen dann möglicherweise nur Testergebnisse. Mit sog. A/B-Tests lassen große Digitalunternehmen permanent testen, welche Funktionen, Designs und Programmierungen besonders erfolgreich sind. Sie haben die Möglichkeit, in Echtzeit massenhaft solche Tests durchzuführen. Die Einblicknahme in derartige Testergebnisse gibt möglicherweise eher darüber Aufschluss, wo es effektiv zu Rechtsverletzungen kommt, als der Einblick in einen unverständlichen Code.

Art. 26 enthält eine dezidierte Vorschrift zum Monitoring, einschließlich der explizit geregelten Möglichkeit, externe Sachverständige einzuschalten. Hier wurde vor allem an IT- und Datenexperten gedacht. Auch in Art. 15 ist ein externes Audit für bestimmte Profiling-Aktivitäten der Gatekeeper vorgesehen. Der DMA ist auf digitale Ermittlungen und Überprüfung eingestellt.

b) Entscheidungen und Sanktionen

Weitere Unterschiede zum Kartellrecht zeigen sich bei den Entscheidungen. Stellt die Kommission eine Zuwiderhandlung fest, erlässt sie einen Beschluss nach Art. 29 DMA. Stellt sie das Verfahren ergebnislos ein, tut sie dies auch per Beschluss (Art. 29 Abs. 7 DMA). Im Kartellrecht kann ein Verfahren auch offen bleiben. Das soll im DMA vermieden werden.

Mit der Verstoßfeststellung ist eine Abstellungsverfügung verbunden. Eine positive Tenorierung von Abhilfemaßnahmen ist anders als im Kartellrecht nicht vorgesehen – hier ist der Gatekeeper gefordert. Es fehlt auch das Modell der Verpflichtungszusage: Das Verfahren kann nicht dadurch abgeschlossen werden, dass die Unternehmen Angebote machen und die Kommission ohne Feststellung des Verstoßes diese Abhilfe-Angebote annimmt und verpflichtend macht. Diese im Kartellrecht verbreitete Praxis (vorgesehen in Art. 9 VO (EG) Nr. 1/2003) hat der Ordnungsgeber des DMA nur in einem Spezialfall vorgesehen.

Der Verstoß kann auch zu Geldbußen führen (Art. 30 DMA). Die Bußgeldhöhe kann bei Erstbegehung maximal 10 % des weltweiten Jahresumsatzes des Gatekeepers im vorangegangenen Geschäftsjahr betragen. Anders als im Kartellrecht kann die Geldbuße im Wiederholungsfall auf bis zu 20 % klettern. Nur zur Einordnung: Alphabet erwirtschaftete 2023 einen Jahresumsatz von etwa 307 Mrd. US-Dollar.¹⁷

Auch wenn es sich um Maximalsätze handelt, ist das nicht gerade ein zimperlicher Ansatz. Immerhin sind einige der im DMA gelisteten Verstöße eher als Praktiken einzuordnen, deren Unrechtsgehalt nicht zwingend massiv ist – im deutschen UWG etwa, das zum Teil vergleichbare Pflichten enthält, gibt es so gut wie keine Bußgelder. In der DS-GVO, einem anderen modernen Rechtsakt, liegt die Bußgeldgrenze bei 4 % des Jahresumsatzes. Deutlich wird hier, wie die finanzielle Macht der Gatekeeper eingeschätzt wird und mit welcher Konsequenz die EU-Kommission vorgehen soll. Daneben treten Bußgelder für Verfahrensverstöße und erhebliche Zwangsgelder gem. Art. 31.

Wie gesehen kann der Nichteinhaltungsbeschluss nach Art. 29 DMA nicht durch Verpflichtungszusagen abgewendet werden. Das hat seinen Grund im eigentlichen radikalen Instrument des DMA: Gemäß Art. 18 kann bei systematischer Nichteinhaltung von Verpflichtungen eine Marktuntersuchung gestartet werden. Sie ist darauf gerichtet, verhaltensbezogene oder strukturelle Maßnahmen gegen den Gatekeeper zu verhängen. Im Klartext: Der Gatekeeper kann zerschlagen werden. Eine systematische Nichteinhaltung wird vermutet, wenn ein Gatekeeper innerhalb von acht Jahren drei Nichteinhaltungsbeschlüsse nach Art. 29 gesammelt hat (Art. 18 Abs. 3). Über die konsequente Ahndung der Nichteinhaltung einzelner Verpflichtungen kann innerhalb eines überschaubaren Zeitrahmens die Basis für ein Vorgehen mit harten strukturellen Einschnitten geschaffen werden. Der DMA-Verordnungsgeber wollte das Instrument der Entflechtung scharf schalten und daher den Ausweg über Verpflichtungszusagen sperren. Die Zerschlagung der Ökosysteme soll in den Bereich des Möglichen kommen. In diesem Mechanismus und den sehr scharfen Sanktionen schwingt die Überzeugung mit, dass ein sanftes Vorgehen gegen die mächtigsten Unternehmen der Welt nicht mehr genügt. Möglicherweise können diese Machtballungen nur noch durch Zerschlagung wirklich aufgelöst werden.

17 <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/74364/umfrage/umsatz-von-google-seit-2002/>.

c) Enge Fristen

Außergewöhnlich sind die engen Fristen, die vom Verordnungsgeber der Europäischen Kommission für die Rechtsdurchsetzung gesetzt werden. Darin manifestiert sich, wie sehr die problematische Kartellrechtsanwendung als Negativbeispiel gilt. So muss beispielsweise der Gatekeeper-Status innerhalb von 45 Arbeitstagen nach Erhalt der Notifikation festgestellt werden (Art. 3 Abs. 4). Der Nichteinhaltungsbeschluss nach Art. 29 Abs. 2 soll innerhalb von zwölf Monaten gefasst werden – ein signifikanter Unterschied zu den jahrelangen Missbrauchsverfahren. Auch die Marktuntersuchung wegen systematischer Nichteinhaltung wird auf zwölf Monate angesetzt (Art. 18 Abs. 1).

Entsprechend werden die Gatekeeper unter Druck gesetzt: Sie müssen die Verpflichtungen des DMA sechs Monate nach ihrer Benennung einhalten, eine durchaus knappe Umsetzungsfrist (Art. 3 Abs. 10). Art. 34 Abs. 2 spricht davon, dass die Kommission dem Unternehmen mindestens zwei Wochen Zeit für Stellungnahmen geben muss. Damit ist in Verfahren, in denen das Geschäftsmodell fundamental betroffen sein kann, der Anker für eine kurze Bearbeitungsfrist (Minimum zwei Wochen!) gesetzt.

Der gesamte DMA ist durchgetaktet – hin auf zügige Verfahrensführung und rasche Entscheidungen. Eine unmittelbare Sanktion ist zwar bei Fristüberschreitung in der Regel nicht vorgesehen, die Kommission wird sich aber schon aus Gründen der Glaubwürdigkeit um die Einhaltung des engen Zeitplans im DMA bemühen. Das ist angesichts der Vielzahl von verfügbaren Daten in der Digitalwirtschaft, die ausgewertet werden müssen, und angesichts der von den Gatekeepern mobilisierbaren Ressourcen (gerade im Vergleich zur tendenziell weniger gut ausgestatteten Kommission) extrem sportlich.

Die enge Taktung wird womöglich zwei Folgen zeitigen, von denen mindestens eine nicht-intendiert sein dürfte: Es wird dazu kommen (und dies war schon in den ersten Monaten der DMA-Anwendung erkennbar), dass einige Verfahren durch informelle Vorverfahren künstlich verlängert werden. Das hat sich auch in der fristgebundenen Fusionskontrolle zu einem Standardproblem entwickelt – Verfahren werden in einem informellen Setting vor Anmeldung und damit vor Fristlauf vorbereitet. Das ist rechtsstaatlich bedenklich. In einem informellen Vorverfahren gelten die strengen Verfahrensbindungen und die Transparenzpflichten gegenüber Drittbeteiligten so nicht.

Die andere Konsequenz einer Verfahrensverkürzung ist, dass die Gerichte den Anforderungsmaßstab anpassen müssen. In zwölf Monaten lässt sich ein Fall nicht so ermitteln und ausformulieren, wie das bei einem zeitlich unbegrenzten Vorgehen möglich wäre. Ökonomische Gutachten, das Einholen auch der letzten Beweismöglichkeiten, aufwändige Datenauswertungen – all das muss entfallen. Die hohen Beweisstandards, die sich in der Rechtsprechung zum Teil herausgebildet haben, müssen so anhand der faktischen Einschränkungen auf ein angemessenes Maß zurückgeschraubt werden.

4. Zentralisierung der Durchsetzung

In den bisherigen Ausführungen ist schon deutlich geworden, dass nur eine Behörde bei der DMA-Durchsetzung tätig wird. Daran lässt auch Erw.Gr. 91 keinen Zweifel:

„Die Kommission ist die einzige Behörde, die zur Durchsetzung dieser Verordnung befugt ist.“

Das ist ein deutliches Abweichen vom komplexen, aber gut funktionierenden Ineinandergreifen nationaler Behörden und der Kommission im Kartellrecht. Der DMA darf ohne weiteres als eine Selbstermächtigung der europäischen Ebene angesehen werden, wo die Kommission nun für einen Wirtschaftsbereich unmittelbare Regulierungsbehörde ist. Die Balance innerhalb der EU verschiebt sich. Die Mitgliedstaaten werden nur für Hilfsdienste gelegentlich im DMA erwähnt (vgl. Art. 37 DMA und in Deutschland § 32g GWB), zudem darf ein Beratender Ausschuss für digitale Märkte Stellung nehmen (Art. 50).

Die Zentralisierung hat ihre Logik in der angestrebten Harmonisierung der auseinanderdriftenden Digitalregulierung (der DMA ist auf Art. 114 AEUV gestützt) und auch darin, dass es nur um eine kleine Zahl Unternehmen geht, die global tätig sind.

Gleichwohl zeigt sich an dieser Weichenstellung auch in praktischer Hinsicht schon in den ersten Wochen der DMA-Durchsetzung Fluch und Segen: Die Anwendung liegt in einer Hand, ist konsistent, europaweit einheitlich. Doch sie lastet auch allein auf den Schultern einer Behörde, die dafür Personal gewinnen muss und die Verfahren gegen Unternehmen mit (so scheint es zuweilen) unerschöpflichen Ressourcen führen muss, ohne dass man sich einer substantiellen Mithilfe der nationalen Behörden versichern kann. Ob das dauerhaft funktioniert oder ob der DMA so qua-

si leerläuft, hängt auch von der politischen Prioritätensetzung innerhalb der Kommission ab. Werden spätere Kommissare mit Verve und hohem Einsatz den DMA durchsetzen?

Eine kleine Absicherung gegen die behördliche Überforderung gibt es aber doch: Der DMA kann auch privatrechtlich durchgesetzt werden. Im Rechtsetzungsverfahren war der Eindruck entstanden, dass die Europäische Kommission das ausbremsen will. Europarechtlich ist es aber eine eindeutige Vorgabe, dass dort, wo individuelle Rechte für gewerbliche Nutzer und Endnutzer entstehen, diese auch eingeklagt werden können.¹⁸ Deutschland hat bereits weitreichende Vorkehrungen getroffen, um private Klagen erfolgversprechender zu machen (vgl. §§ 33 Abs. 1, 33b, 87 GWB).¹⁹ Hinzu kommt die Möglichkeit der kollektiven Rechtsdurchsetzung mit Hilfe der Verbandsklage (Art. 42 DMA und in Deutschland VDuG). Je nachdem, wie sich politische Prioritäten und praktische Möglichkeiten in der Kommission entwickeln: Es kann sein, dass es darauf ankommt, dass die ohnehin abhängigen Unternehmen (sonst wären sie nicht in einer Gatekeeper-Situation befangen) vor Gericht den DMA zum Leben erwecken. Das *private enforcement* ist damit eine große, aber schwierig wahrzunehmende Chance.

5. Erhöhte Verantwortung durch Compliance

Eine bedeutende Neuerung gegenüber dem Kartellrecht ist in Art. 8 Abs. 1 DMA zu finden. Darin heißt es:

„Der Torwächter hat die Einhaltung der Verpflichtungen aus den Artikeln 5, 6 und 7 dieser Verordnung sicherzustellen und weist diese nach.“

Der DMA verlangt also den Nachweis der Rechtskonformität von den Unternehmen – und nicht den Nachweis des Rechtsverstößes durch die Behörde. Diese Umkehr wird durch weitere Compliance-Anforderungen be-

18 Vgl. J. Oster, Privatrechtliche Schadensersatzansprüche zur Durchsetzung des Unionsrechts am Beispiel der Schadensersatzrichtlinie 2014/104/EU, EuR 2019, 578; R. Lahme/A. Ruster in: R. Podszun (Hrsg.), Digital Markets Act – Gesetz über digitale Märkte, Baden-Baden 2023, Art. 39 Rn. 1 ff.; R. Podszun, Private Enforcement and Gatekeeper Regulation: Strengthening the Rights of Private Parties in the Digital Markets Act, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 13, Issue 4, June 2022, 254.

19 G. Klumpe, „Think twice“ – Die private Rechtsdurchsetzung des DMA nach dem Referentenentwurf zum Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz, in: A. Kirk/P. Offergeld/T. Rohner (Hrsg.), Kartellrecht in der Zeitenwende, Baden-Baden 2023, S. 131 ff.

gleitet: Die Gatekeeper müssen gem. Art. 11 und 15 DMA regelmäßig Compliance-Berichte vorlegen.²⁰ Die Umsetzung soll im Sinne von „compliance by design“ schon bei der Gestaltung der Technik einfließen (Erw.Gr. 65). Gemäß Art. 28 werden sogar Vorgaben für die interne Unternehmensaufstellung gemacht, wenn eine „Compliance-Funktion“ (damit ist eine Einheit gemeint) mit bestimmten Befugnissen in den Unternehmen vorausgesetzt wird. Im idealen Modell würde DMA-Durchsetzung bedeuten, dass die Beamten der Kommission lediglich noch die Compliance-Berichte der Gatekeeper abhaken. Im *worst case*-Szenario kommt es genau so: Dass die Beamten nur noch Berichte abhaken, ohne die wohlklingenden Aussagen darin zu hinterfragen und zu prüfen.

Für den DMA wird besonders relevant sein, was als effektive Umsetzung der Verpflichtungen gilt. Art. 8 Abs. 1 S. 2 verlangt:

„Die Maßnahmen, die der Torwächter ergreift, um die Einhaltung der genannten Artikel sicherzustellen, müssen dazu führen, dass die Zielsetzungen dieser Verordnung und der jeweiligen Verpflichtung wirksam erreicht werden.“

Compliance by the letter of the law, also eine Befolgung des Buchstabens der Verordnung, würde demnach nicht genügen. Wie der Zielerreichungsgrad praktisch definiert und geprüft wird, ist eine entscheidende Frage. Hier wird mit guten Gründen vertreten, dass ökonomische Indikatoren darauf hinweisen müssen, dass die Nutzer besser stehen als vorher – etwa weil Konsumenten Dienste wechseln, Vorinstallationen geändert werden oder gewerbliche Nutzer ihren Marktanteil gegenüber den hauseigenen Diensten des Gatekeepers steigern. Eine solche Effektivitätskontrolle der Regelungen ist einem dogmatisch-klassischen Rechtsverständnis eher fremd. Da gilt, dass dem Recht Genüge getan ist, wenn das Verhalten zu den Begrifflichkeiten passt. Ob damit auch die vom Gesetzgeber intendierten Effekte praktisch eintreten, liegt außerhalb der Überprüfung. Hier dreht der DMA die Anforderungen um.

III. DMA als neuer Goldstandard?

Ist das Durchsetzungsregime des DMA der neue Goldstandard der Rechtsdurchsetzung im Wirtschaftsrecht? Es wäre verfrüht, den DMA als Lösung

20 Die ersten Compliance-Reports vom März 2024 sind abrufbar unter <https://digital-markets-act-cases.ec.europa.eu/reports/compliance-reports>.

der Probleme zu bejubeln. Dazu muss er zunächst die Praxistauglichkeit unter Beweis stellen. Einige Schlüsse lassen sich aber schon jetzt aus dem Wechsel von Kartellrecht zu DMA ziehen, die auch für andere Reformprojekte relevant sind. Fünf vorbildliche Aspekte und drei kritische Hinweise sollen hier für die weitere Diskussion genannt werden.

1. Vorbildliche Schritte im DMA

Erstens: Die zentrale Erkenntnis ist, dass das Wirtschaftsrecht neue Antworten geben muss, da die hergebrachten Ideen auf die Unternehmen mit digitalen Geschäftsmodellen nicht mehr passen. Die digitale Revolution lässt sich nicht angemessen mit dem rechtlichen Bestand der prä-revolutionären Zeit bewältigen. Das sollte eine Ermutigung für Rechtsanwender und Gesetzgeber sein, ausgetretene Pfade zu verlassen.

Zweitens: Die Betrachtung von kleinteilig abgegrenzten Produktmärkten wird der wirtschaftlichen Realität nicht mehr gerecht. Das ist im DMA erkannt worden. Der DMA nimmt die datenbasierte Vernetzung in den Blick, die zu Gatekeeper-Stellungen und zur Orchestrierung von Ökosystemen führt. Es ist nicht mehr die Macht auf einzelnen Märkten, die Anlass der Regulierung ist, sondern die wirtschaftliche Macht eines Unternehmens auf einer Vielzahl vernetzter Märkte. Das schlägt sich im Designierungssystem des DMA nieder. Eine ähnliche Betrachtung lässt sich beispielsweise auf die Medienbranche ohne weiteres übertragen: Wer Meinungsvielfalt sichern will, kann sich nicht auf eine einzelne Gattung konzentrieren, sondern muss das Gesamtbild erkennen können.

Drittens müssen Verfahren beschleunigt werden. Der DMA versucht dies mit einem engen zeitlichen Korsett für die Behörde und die Gatekeeper. Auch in der Fusionskontrolle hat sich das fristgebundene Regime grundsätzlich als tauglicher als das fristfreie Regime des Missbrauchsrechts erwiesen. Allerdings darf das Fristenregime nicht umgangen werden. In der Fusionskontrolle geschieht dies, indem die Prüfung in informelle Vorverfahren vorverlagert wird, die faktisch die Fristbindung unterlaufen. Zudem muss sich das verlangte Beweismaß an der Machbarkeit orientieren: Ist gesetzlich vorgegeben, dass eine Behörde nur zwölf Monate prüfen darf, kann nicht die gleiche Tiefe und Ausführlichkeit der Ermittlungen erwartet werden wie bei einer jahrelangen Untersuchung. Fristen haben damit automatisch einen Steuerungseffekt für das Beweismaß. Das muss die Rechtsprechung anerkennen.

Viertens: Wenn klare Anforderungen mit detaillierten Verpflichtungen an die Stelle von Generalklauseln treten, sind diese einfacher zu prüfen. Der Gefahr der Versteinerung muss durch eine erleichterte Möglichkeit entgegengewirkt werden, die Regeln anzupassen. Das kann mit Update-Möglichkeiten erreicht werden. Moderne Gesetzgebung verlangt also evolutive Elemente; der DMA hat hier erste Schritte in die richtige Richtung vorgezeichnet.

Fünftens: Dass der DMA auf die Compliance der Gatekeeper setzt, mag im ersten Moment naiv scheinen. Unternehmen wie Alphabet, Apple oder ByteDance werden nicht freiwillig auf Gewinne verzichten. Der im DMA vorgesehene Mechanismus hat aber seine Berechtigung: Es manifestiert sich darin eine Art Beweislastumkehr. So stehen die Unternehmen viel stärker in der Pflicht, als wenn die Behörde aus dem Nichts heraus Nachweise für rechtswidriges Verhalten erbringen muss. Zudem wird es ermöglicht, tatsächliche Auswirkungen von rechtlichen Regeln in den Blick zu nehmen. Das ist ein erheblicher Fortschritt mit großem Potenzial, wenn dadurch nicht nur dem Wortlaut der Verordnung, sondern ihrem Telos Genüge getan werden muss. Angesichts der Stärke der adressierten Unternehmen, ihrer „besonderen Verantwortung“ für Wirtschaft und Gesellschaft und den kartellrechtlichen Vorerfahrungen ist eine derartige Verschiebung gerechtfertigt. Das kann bei starker Vermachtung auch für andere gesellschaftliche Bereiche von höchster Relevanz gelten.

2. Verpasste Gelegenheiten

Der DMA hat allerdings auch Gelegenheiten zur Reform verpasst.

Dass die Rechtsdurchsetzung des DMA sehr weitgehend auf der Kommission allein ruht, ist ein Wagnis. Fehlen in Brüssel die Ressourcen oder der politische Wille, werden hier Fehler gemacht, kommt die DMA-Durchsetzung zum Erliegen. Ohne entsprechende Ausstattung ist behördliche Rechtsdurchsetzung, gerade gegenüber Unternehmen wie den Digital-Giganten, nicht möglich. Ein Auffangmechanismus besteht nur in Grenzen: Die nationalen Behörden können nicht einspringen. Die private Rechtsdurchsetzung ist schwierig, steht aber immerhin zur Verfügung. Eine bessere Verankerung der privaten Rechtsdurchsetzung und eine stärkere Rolle für die nationalen Behörden hätten ein besseres Sicherheitsnetz geboten.

Das institutionelle Design innerhalb der Behörde ist in keiner Weise Gegenstand des DMA. Die Kommission hat es in eigener Hand, wie sie die

DMA-Durchsetzung organisiert. Denkbar wäre insbesondere eine größere Unabhängigkeit gewesen. Allgemein gelten heute unabhängige Aufsichtsbehörden als das deutlich überlegene Modell.²¹ Die Europäische Kommission entscheidet ihre Fälle als politisches Gremium im Kreis der Kommissare. Kritisiert wird auch, dass die Kommission zu große Macht auf sich vereint, indem sie an der Rechtsetzung beteiligt ist, konkrete Fälle ermittelt und sanktioniert.

Ein letzter Stolperstein, der in der Rechtsdurchsetzung noch nicht ausgeräumt wurde, ist die Trägheit der Justiz. Nur wenn der behördlichen Beschleunigung auch eine Beschleunigung in der Justiz entspricht, wird im Gesamtergebnis eine akzeptable Verfahrensdauer erreicht. Andernfalls verpuffen die Anstrengungen. Der DMA hat dafür keine Neuerungen vorgesehen. Fechten die Gatekeeper Verfügungen an, kann sich ein langwieriges Verfahren anschließen. Hier muss sich die Justiz selbst bewegen, möglicherweise muss gesetzgeberisch nachjustiert werden.

3. Schlussbemerkung

Wettbewerb ist der Motor der Marktwirtschaft und das „großartigste und genialste Entmachtungsinstrument“ (*Franz Böhm*). Dass die Digitalwirtschaft dank des DMA zum Wettbewerb zurückfindet, ist allerdings derzeit nur eine Hoffnung, trotz aller guten Ansätze. Radikalere Maßnahmen, insbesondere eine Entflechtung der Konzerne, werden in Betracht gezogen werden müssen. Immerhin ist auch das im DMA vorgesehen.

Für andere Rechtsbereiche, etwa das Medienrecht, liefert der DMA gleichwohl wichtige Impulse, gerade auch für die Rechtsdurchsetzung und Verfahrensgestaltung. Der DMA ist auch eine Ermutigung: In relativ kurzer Zeit ist es den europäischen Institutionen gelungen, ein neues Regelwerk zu schaffen. Bei allen Unzulänglichkeiten im Detail birgt der DMA die Möglichkeit, die übergroße Macht in den Händen einzelner weniger „Big-Tech Barone“²² doch einzuhegen. Die Demokratie – sie lebt noch.

21 Vgl. A. Ottow, *Market & Competition Authorities*, Oxford: OUP 2015, S. 69 ff.

22 Nach A. Ezrachi/M. Stucke, *How Big-Tech Barons Smash Innovation – and How to Strike Back*, Harper Business: New York, 2022.

Meinungsmacht auf digitalen Plattformen: Eine begriffliche Schärfung

Christoph Neuberger

I. Machtbegriff und Machtformen

Die Macht digitaler Plattformen ist gegenwärtig ein zentrales Thema der öffentlichen Diskussion über die gesellschaftlichen Folgen der Digitalisierung.¹ Auch in der Kommunikationswissenschaft gibt es eine intensive Auseinandersetzung mit der Frage, worin diese Macht besteht und wie bedrohlich sie für das Funktionieren der liberalen Demokratie ist. Viele dieser Überlegungen setzen direkt an den spezifischen Eigenschaften digitaler Plattformen an, um Machtformen zu unterscheiden.² Dadurch geht jedoch die Möglichkeit einer breiteren Einordnung verloren: Es wird nicht erkennbar, ob diese Formen der Macht auch in anderen Bereichen existieren. Und es fehlt eine theoretische Herleitung aus einem allgemeinen Machtbegriff. Dies ist dagegen der Ausgangspunkt des vorliegenden Aufsatzes. Macht ist ein in der Literatur äußerst vielfältig behandeltes Phänomen, sodass hier nicht der Versuch unternommen werden soll, es umfassend aufzuarbeiten.³ Eine Unterscheidung von Machtformen (I.) bereitet die Behandlung der Frage vor, welche Ausprägungen die Meinungsmacht in der politischen Öffentlichkeit (II.) und auf digitalen Plattformen (III.) besitzt.⁴

1 Zuletzt etwa *M. Andree*, Big Tech muss weg!, Frankfurt a. M. 2023.

2 Z. B. *M. Castells*, Communication Power. Oxford 2009, S.10-19, 42-50; *U. Dolata*, Internetkonzerne: Konzentration, Konkurrenz und Macht, in: *U. Dolata/J.-F. Schrape*, Kollektivität und Macht im Internet, Wiesbaden 2018, S. 101 (123-126); *R. K. Nielsen/S. A. Ganter*, The Power of Platforms, New York, NY 2022, S.157-188; *U. Klinger/D. Kreiss/B. Mutsaers*, Platforms, Power, and Politics, Cambridge 2024, S. 41-47; *M. Moore/D. Tambini* (Hrsg.), Digital Dominance, Oxford 2018. Allgemein setzt hingegen Schneiders an, der die drei „Gesichter“ der Macht von Lukes für die Analyse der Macht von Plattformen und Nachrichtenmedien verwendet. *P. Schneiders*, Macht und Autonomie UFITA 2024, 6.

3 Als Überblickswerke vgl. z. B. *A. Anter*, Theorien der Macht, 2. Aufl., München 2013; *B.-C. Han*, Was ist Macht? Stuttgart 2005.

4 Die nachfolgenden Ausführungen folgen früheren Publikationen des Autors und entwickeln diese weiter. *C. Neuberger*, Meinungsmacht im Internet aus kommunikations-

Weber definiert Macht als „jede Chance, innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel worauf diese Chance beruht.“⁵ Popitz sieht darin „das Vermögen, sich gegen fremde Kräfte durchzusetzen“⁶. Dieser Machtbegriff ist gut an das handlungstheoretische Modell der soziologischen Erklärung von Esser anschließbar.⁷ Darin unterscheidet er zwischen den objektiven Bedingungen und der subjektiven Wahrnehmung von Handlungsalternativen in einer Situation (Logik der Situation⁸), der Entscheidung zwischen den verfügbaren Alternativen (Logik der Selektion) sowie den kollektiven Folgen, die daraus resultieren (Logik der Aggregation⁹). Hier interessieren vor allem die ersten beiden Schritte: Durch die Beeinflussung der Situation kann die Selektion bestimmter Handlungen zielgerichtet gefördert werden.

Dies führt zu der folgenden *Definition*: Macht lässt sich als Fähigkeit verstehen, Handlungsalternativen für andere Akteure in einer Situation *objektiv* einzuschränken (konditionale Macht) oder deren *subjektive* Wahrnehmung kommunikativ zu beeinflussen.¹⁰ Dies geschieht in der Absicht, eigene Ziele auch gegen Widerstand durchzusetzen. Kommunikative Einflussnahme besteht darin, relevante Bedingungen der Situation sichtbar zu machen oder unsichtbar zu lassen und sie korrekt oder verzerrt darzustellen (epistemische Macht). Außerdem kann das Handeln durch das „Schönreden oder Schlechtreden der Entscheidungsalternativen“¹¹ beein-

wissenschaftlicher Perspektive, in: Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM) an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster (Hrsg.), *Vom Bau des digitalen Hauses – Festschrift für Norbert Schneider*. Berlin 2010, S. 219; C. Neuberger, Teil I: Kommunikationswissenschaftliche Analyse der Meinungsbildung, Meinungsmacht und Vielfalt im Internet, in: F. Lobigs/C. Neuberger, *Meinungsmacht im Internet und die Digitalstrategien von Medienunternehmen*, Leipzig 2018, S. 17; C. Neuberger, *Meinungsmacht im Internet aus kommunikationswissenschaftlicher Perspektive*, UFITA 2018, 53; C. Neuberger/F. Lobigs, *Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltssicherung*, Berlin 2010.

5 M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl., Tübingen 1980 (1922), S. 28.

6 H. Popitz, *Phänomene der Macht*, 2. Aufl., Tübingen 1992, S. 22.

7 H. Esser, *Soziologie. Allgemeine Grundlagen*, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1996, S. 245-250; K. R. Popper, *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, Bd. 2: *Falsche Propheten*, 6. Aufl., Tübingen 1980, S. 122-123.

8 H. Esser, *Soziologie. Spezielle Grundlagen*, Bd. 1: *Situationslogik und Handeln*, Frankfurt a. M. 1999, S. 161-169.

9 Durch Massenmedien kann Macht vervielfacht werden. Aus der Folgebereitschaft vieler Einzelner geht ein aggregierter Gesamteffekt hervor.

10 Popitz, *Phänomene* (Fn. 6), S. 33-34. Die „kommunikative Vermittlung“ von Macht betont Han, *Was ist Macht?* (Fn. 3), S. 34.

11 K. Schönbach, *Verkaufen, Flirten, Führen*, 3. Aufl., Wiesbaden 2016, S. 20.

flusst werden, indem sie positiv oder negativ bewertet und ihre Erfolgswahrscheinlichkeit zutreffend oder unzutreffend beurteilt wird. Versprechen und Drohen beziehen sich auf solche Handlungsfolgen (instrumentäre Macht). Oder Kommunikation hat so viel Überzeugungskraft, dass ein Führungsanspruch freiwillig anerkannt wird (autoritative Macht). Macht tritt also nicht nur in Konfliktsituationen in Erscheinung, sondern auch dann, wenn Konsens herrscht.

Das Verfolgen einer Absicht (*Intentionalität*) und die Fähigkeit, sie zu verwirklichen, d. h. das Verfügen über geeignete Machtmittel (*Potenz*), sind notwendige Definitionsmerkmale von Macht. Mittel der Machtverstärkung können Techniken sein, z. B. Waffen, die intendierte Wirkungen wahrscheinlicher und weitreichender machen.¹² Die Wirksamkeit von Machtmitteln darf nicht überschätzt werden. Luhmann kritisierte die klassische Machttheorie, die Macht als Besitz verstanden habe, bestimmt durch fixe Kausalität, Kalkulierbarkeit, Messbarkeit und Übertragbarkeit.¹³ Es dürfe aber von keiner „sichergestellten Wirksamkeit“¹⁴ ausgegangen werden, sondern nur von einer Einengung von Entscheidungsspielräumen.¹⁵ Gerade kommunikative Machtmittel, so zeigt die Medienwirkungsforschung, folgen keiner einfachen Kausalität, und sie sind in ihren Effekten nur begrenzt kalkulierbar, z. B. im Fall der Desinformation.¹⁶ Das heißt indes nicht, dass Mittel der strategischen Kommunikation untauglich sind und keinen Schaden anrichten können, der auch unbeabsichtigt sein kann. Am ehesten sind autoritäre Systeme in der Lage, die Wirkungsbedingungen für staatliche Propaganda zu optimieren.¹⁷

Popitz unterscheidet vier *anthropologische Grundformen* von Macht, die hier aufgegriffen und weiterentwickelt werden: Er nennt (1) die verletzende Aktionsmacht (Gewalt), (2) die instrumentäre Macht (die Drohung mit

12 Popitz, Phänomene (Fn. 6), S. 177-180. Kommunikative Machtmittel sind die Fähigkeit zu strategischer Kommunikation (z. B. durch Verfahren der Public Relations, Werbung, Propaganda und Rhetorik) und die Verfügbarkeit technischer Medien (im Hinblick auf die Reichweite sowie deren spezifischen Darstellungs- und Nutzungsmodalitäten).

13 N. Luhmann, Macht im System, Berlin 2012, S. 13-39.

14 Luhmann, Macht im System (Fn. 13), S. 50.

15 Luhmann, Macht im System (Fn. 13), S. 53. Vgl. auch A. Nassehi, Macht, in: A. Nassehi, Gesellschaftliche Grundbegriffe, München 2023, S. 258 (264).

16 S. Altay/M. Berriche/A. Acerbi, Misinformation on Misinformation, Social Media + Society 2023, 1.

17 Z. B. S. Guriev/D. Treisman, Spin Dictators, Princeton 2022; A. Litvinenko, Propaganda on Demand, Global Media Journal – German Edition 2023, 1.

negativen Sanktionen und das Versprechen positiver Sanktionen aller Art), (3) die autoritative Macht (als Fügsamkeit durch freiwillige Anerkennung, basierend auf rationaler oder irrationaler Überzeugungskraft) sowie (4) die datensetzende Macht (durch technisches Handeln).¹⁸ Diese klare Systematik wird an drei Stellen überarbeitet:¹⁹

- Erstens wird die *Aktionsmacht* erweitert um alle Möglichkeiten, objektiv Handlungsoptionen in einer Situation zu beschränken, und zwar nicht nur im Einzelfall durch den aktiven (verletzenden) Eingriff, sondern auch passiv durch das Setzen dauerhafter Bedingungen, z. B. den Bau einer Mauer.²⁰ Für diese erweiterte Form wird im Folgenden die Bezeichnung „konditionale Macht“ verwendet.
- Zweitens wird *Technik* nicht als Machtform, sondern als Machtmittel aufgefasst, das alle Machtformen stärken (oder schwächen) kann.
- Drittens wird die *Vermittlung von Wissen* über die Situation als weitere Machtform ergänzt (epistemische Macht). Instrumentäre und autoritäre Macht betreffen die Bewertung von Handlungsoptionen und die Einschätzung ihrer Erfolgswahrscheinlichkeit. Zuvor aber muss (Nachrichten-)Wissen über die Situation vorliegen, um solche Einschätzungen vornehmen zu können.²¹

Diese Korrekturen werden unten näher erläutert. Die Machtformen können kombiniert eingesetzt werden, und eine Form kann eine andere Form stärken.²²

Über die einzelne Handlungssituation hinaus kann Macht als *Herrschaft* durch Institutionalisierung, d. h. intendierte Strukturgestaltung dauerhaft abgesichert und zeitlich stabilisiert werden.²³ Merkmale der Institutionalisierung von Macht sind nach Popitz Entpersonalisierung, Formalisierung, Integrierung und Legitimierung.²⁴ Für die rechtliche Beurteilung ist es nicht entscheidend, dass Machtmittel tatsächlich eingesetzt und Wirkungen empirisch nachweisbar sind oder auch nur die Absicht dazu besteht, son-

18 Popitz, Phänomene (Fn. 6), S. 11-181.

19 Neuberger, Meinungsbildung (Fn. 4), S. 18-24.

20 Popitz berücksichtigt dies als „datensetzende Macht“. Popitz, Phänomene (Fn. 6), S. 167.

21 Esser, Situationslogik (Fn. 8), S. 162-165.

22 Popitz, Phänomene (Fn. 6), S. 35-36.

23 Weber, Wirtschaft und Gesellschaft (Fn. 5), S. 28.

24 Popitz, Phänomene (Fn. 6), S. 183-260. Vgl. auch Anter, Theorien der Macht (Fn. 3), S. 83-88.

dern es genügt alleine das konstante *Vermögen* dazu. Da das Medienrecht vorherrschender Meinungsmacht präventiv entgegentritt,²⁵ reicht hier das Verfügen über ein „Wirkungspotenzial“²⁶.

Medienanbieter stehen in der Regulierung im Mittelpunkt, weil das Eigentum an (Medien-)Technik Meinungsmacht dauerhaft absichern kann. *Technik* liegt als Machtmittel quer zu den vier genannten Machtformen:²⁷ Technik steigert Macht,²⁸ wenn sie die Effektivität von Gewaltmitteln erhöht, Drohungen (z. B. durch permanente Überwachung) wirksamer macht, durch positive Sanktionen Folgebereitschaft belohnt (z. B. durch ein medial vermitteltes Unterhaltungserlebnis, das Wecken eines Gemeinschaftsgefühls, die Stärkung der eigenen Identität oder die Bequemlichkeit bei der Nutzung) oder die Überzeugungskraft steigert (wie es z. B. dem Fernsehen im Hinblick auf seine besondere „Suggestivkraft“ im verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff unterstellt wird – eine Annahme, die allerdings empirisch zweifelhaft ist²⁹).

Macht ist ein *relationales* Phänomen:³⁰ Es müssen Machtkonstellationen unterschieden werden. Betrachtet werden muss das Verhältnis zwischen Akteuren, die über Macht verfügen, und jenen, deren Handeln gelenkt werden soll, wobei die Rolle des Machtausübenden und -betroffenen gleichzeitig eingenommen werden kann. Durch den digitalen Wandel hat sich z. B. die Machtkonstellation in der Öffentlichkeit wesentlich verändert: Traditionelle Massenmedien beziehen Meinungsmacht aus ihrer zentralen Rolle als Gatekeeper und der erzwungenen Passivität des Publikums. Die Digitalisierung weckte zwar die Hoffnung auf eine Nivellierung der Macht-

25 W. Schulz, Kontrolle vorherrschender Meinungsmacht – Dekonstruktion eines medienrechtlichen Schlüsselbegriffs, AfP 2017, 373 (377).

26 U. Hasebrink/W. Schulz/T. Held, Macht als Wirkungspotenzial, Berlin 2009.

27 Popitz, Phänomene (Fn. 6), S. 160-181.

28 Popitz, Phänomene (Fn. 6), S. 178-180; H. Arendt, Macht und Gewalt, 25. Aufl., München 2015, S. 7.

29 Neuberger, Meinungsbildung (Fn. 4), S. 31, 51-54; C. Reinemann/L. Zieringer/A. Jakob, Aktualität? Breitenwirkung? Suggestivkraft?, UFITA 2024, 51. Die Kriterien für Meinungsmacht, die sich vom verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff ableiten lassen, werden im vorliegenden Aufsatz nicht systematisch diskutiert. Dagegen in Neuberger, Meinungsbildung (Fn. 4), S. 30-34, 50-64.

30 A. Jungherr/O. Posegga, Discursive Power in Contemporary Media Systems, The International Journal of Press/Politics 2019, 404.

verteilung, doch haben sich um digitale Plattformen herum soziotechnische Ökosysteme gebildet, die von diesen beherrscht werden.³¹

Wie ist Macht zu bewerten? Sie kann Schaden anrichten und Nutzen stiften.³² Der Einsatz von Macht ist daher „begründungsbedürftig“³³. Es kommt darauf an, den legitimen vom illegitimen Einsatz von Macht in der liberalen Demokratie zu unterscheiden. Außerdem soll ihr Gebrauch transparent und kontrollierbar sein. Das staatliche Gewaltmonopol soll Sicherheit garantieren und damit das Funktionieren des politischen Systems ermöglichen. Dabei begrenzt die Gewaltenteilung staatliche Macht.³⁴ Der Journalismus soll durch öffentliche Kritik und Kontrolle Machtmissbrauch aufdecken.

II. Meinungsmacht in der politischen Öffentlichkeit

Gesellschaftliche Teilsysteme sind durch typische Machtkonstellationen bestimmt. Hier soll das politische System betrachtet werden:³⁵ *Meinungsmacht* bezieht sich im Medienrecht auf die politische Öffentlichkeit³⁶ und soll hier als Fähigkeit verstanden werden, auf Prozesse der individuellen und öffentlichen Meinungsbildung in der liberalen Demokratie, z. B. im Wahlkampf, intentional Einfluss zu nehmen.³⁷ Diese Meinungsmacht

31 U. Dolata, Platform Regulation: Coordination of Markets and Curation of Sociality on the Internet, in: H. D. Kurz/M. Schütz/R. Strohmaier/S. Zilian (Hrsg.), The Routledge Handbook of Smart Technologies, London 2022, S. 457 (463).

32 R. Hank, Lob der Macht, Stuttgart 2017.

33 Popitz, Phänomene (Fn. 6), S. 20.

34 Anter, Theorien der Macht (Fn. 3), S. 88-90; Popitz, Phänomene (Fn. 6), S. 61-66.

35 Die Marktmacht von Medienanbietern wird hier nicht systematisch berücksichtigt. Zur Marktmacht digitaler Plattformen, die in der Literatur intensiver diskutiert wird als die hier behandelte Meinungsmacht, vgl. z. B. Dolata, Platform Regulation (Fn. 31); P. Staab, Digitaler Kapitalismus, Berlin 2019; S. Zuboff, Das Zeitalter des Überwachungskapitalismus, Frankfurt a. M. 2018. Lynskey ergänzt als „Power of Providence“ eine dritte kontextbezogene Ausprägung der Macht. Darunter wird die daten- und algorithmengestützte Fähigkeit zur Verhaltensprognose und -steuerung verstanden. O. Lynskey, The Power of Providence, in: M. Moore/D. Tambini (Hrsg.), Digital Dominance, Oxford 2018, S. 202-218.

36 Schulz AfP (Fn. 25), 377.

37 Z. B. N. Helberger, The Political Power of Platforms, Digital Journalism 2020, 842 (845-847); Jungherr/Posegga The International Journal of Press/Politics 2019, 408-412; Neuberger UFITA 2018, 56-57; Neuberger, Meinungsbildung (Fn. 4), S. 24-28; M. M. Roslyng/C. Dindler, Media Power and Politics in Framing and Discourse Theory, Communication Theory 2023, 11; D. Stegmann/L. Zieringer/B.

lässt sich durch Medienwirkungen beschreiben. Medienrechtlich wird vorherrschende Meinungsmacht, d. h. deren Konzentration bei einzelnen Anbietern, als problematisch angesehen.³⁸ Andere Typen politischer Systeme³⁹ bleiben im Folgenden ausgeklammert, etwa autoritäre Systeme mit einer starken Konzentration staatlicher Meinungsmacht.

Die *politische Öffentlichkeit* ist in der liberalen Demokratie ein intermediäres System, das in zwei Richtungen Vermittlungsleistungen erbringt:⁴⁰ von den Bürger*innen zu den Politiker*innen (Interessenvermittlung) sowie von den Politiker*innen zu den Bürger*innen (Entscheidungsvermittlung). Medien stehen als vermittelnde Dritte zwischen Bürger*innen und politischen Akteuren. In der Medienwirkungsforschung geht es vorrangig darum, wie Medien auf dem *direkten* Weg ihr Publikum beeinflussen. Da Politiker via Medien Aufmerksamkeit und Akzeptanz im Publikum gewinnen wollen, sind sie auf Medien angewiesen. Damit wirken Medien auch *indirekt* auf Politiker*innen, weil diese sich an der Medienlogik orientieren, denen sie eine hohe Wirksamkeit und daher Bedeutsamkeit für ihren politischen Erfolg unterstellen.⁴¹

Die *individuelle* Meinungsbildung bezieht sich auf das Herausbilden politischer Einstellungen im Publikum, d. h. bei den Medienrezipient*innen. Aus der individuellen Meinungsbildung resultieren individuelle Entscheidungen, z. B. die Stimmabgabe für eine bestimmte Partei am Wahltag. Mit der *öffentlichen* Meinungsbildung ist das Entstehen der öffentlichen Meinung zu Streitthemen im Diskurs gemeint. Hier geht es um die Vorbereitung kollektiver Entscheidungen, z. B. über Gesetzesvorhaben im Parlament. Öffentliche und individuelle Meinungsbildung, Makro- und Mikroebene beeinflussen sich dabei wechselseitig: Die öffentliche Meinung geht aus dem Diskurs hervor, in den die Vielfalt individueller Meinungen der Bürger*innen eingehen soll.⁴² In umgekehrter Richtung orientiert die öf-

Stark/C. Reinemann, Meinungsvielfalt, Meinungsmacht, Meinungsbildung, UFITA 2022, 38 (48-56).

38 T. J. Seipp/N. Helberger/C. de Vreese/J. Ausloos, Dealing with Opinion Power in the Platform World, Digital Journalism 2023, 1542.

39 Zur Makroanalyse von Meinungsmacht vgl. D. Freedman, Paradigms of Media Power, Communication, Culture & Critique 2015, 273; Jungherr/Posegga The International Journal of Press/Politics (Fn. 30), 416-418.

40 P. Dönges/O. Jarren, Politische Kommunikation in der Mediengesellschaft, 5. Aufl., Wiesbaden 2022, S. 87-110.

41 N. Fawzi, Machen Medien Politik?, Baden-Baden 2014, S. 100-101.

42 J. Habermas, Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik, Berlin 2022.

fentliche Meinung Bürger*innen bei ihrer individuellen Meinungsbildung. Die subjektive Wahrnehmung des Meinungsklimas beeinflusst zudem die Bereitschaft der Bürger*innen, an der öffentlichen Meinungsbildung selbst kommunikativ teilzunehmen.⁴³ Darüber hinaus ist die öffentliche Meinung an das politische Entscheidungssystem gekoppelt: Die öffentliche Meinung signalisiert den Politiker*innen, welche Meinung sich in der Öffentlichkeit als durchsetzungsfähig erwiesen hat. Umgekehrt versuchen politische Akteure, die Meinungsbildung zu beeinflussen, um Zustimmung, Unterstützung und letztlich Macht in Wahlen zu gewinnen.

Meinungsmacht als Wirkungspotenzial kann *delegiert* werden: Medien- und Plattformunternehmen entscheiden darüber, wem sie Zugang zu ihrem Publikum gewähren und die persuasiven Möglichkeiten ihres Mediums zur Verfügung stellen, um öffentlich wirken zu können. Die Kontrolle darüber, wer sich dieses Potenzial zu eigen machen kann, ist im Fall der traditionellen Massenmedien, die als Gatekeeper selektieren, deutlich höher als im Fall der digitalen Plattformen, die den Zugang und die Nutzung wenig beschränken. Diesen Kontrollverlust kompensieren Plattformunternehmen durch einen verdeckten Kontrollgewinn:⁴⁴ Durch das Sammeln und Verwerten von Verhaltensdaten können sie Akteure, die sich auf ihren Plattformen bewegen, subtil beeinflussen. Dies geschieht durch die Selektion von Inhalten, die daten- und algorithmengestützt personalisiert und damit in ihrer Wirksamkeit verstärkt werden (Microtargeting).⁴⁵

Im Folgenden wird die – an Popitz orientierte – Einteilung von Machtformen verwendet, um Meinungsmacht näher zu bestimmen. Daneben gibt es weitere prominente Vorschläge für Machtformen.⁴⁶ So unterscheidet

43 E. Noelle-Neumann, *Die Schweigespirale*, 6. Aufl., München 2001.

44 Z. B. T. Gillespie, *Custodians of the Internet*, New Haven 2018, S. 23; P. Manow, (Ent-)Demokratisierung der Demokratie, Berlin 2020, S. 110-117; B. Pörksen/H. Detel, *Der entfesselte Skandal*, Köln 2012, S. 230-237; M. Seemann, *Die Macht der Plattformen*, Berlin 2021, S. 11-14.

45 Z. B. C. de Vreese, *Effects of an Issue-Based Microtargeting Campaign*, *The Information Society* 2023, 35.

46 Bei Parsons und Luhmann ist Macht als Code des politischen Systems auf ein gesellschaftliches Teilsystem beschränkt. T. Parsons, *On the Concept of Political Power*, *Proceedings of the American Philosophical Society* 1963, 232; Luhmann, *Macht im System* (Fn. 13). Der Machtbegriff bei Foucault wird als entgrenzt und ohne analytische Schärfe kritisiert. Anter, *Theorien der Macht* (Fn. 3), S. 110-117, 159; T. Eagleton, *Ideologie*, Stuttgart 2000, S. 14-16; M. Lilla, *Der hemmungslose Geist*, München 2017, S. 135-154; S. Lukes, *Power*, 2. Aufl., New York, NY 2005, S. 88-107, 123-124; Nassehi, *Macht* (Fn. 15), S. 273-274). Ein weiterer kritischer Punkt ist Foucaults Annahme,

Lukes drei Machtformen: Die erste dieser Formen bezieht sich auf beobachtbares Handeln und Entscheiden in Interessenkonflikten,⁴⁷ die zweite Form berücksichtigt auch das Nicht-Entscheiden in einer Konfliktsituation.⁴⁸ Die dritte Machtform schließt die Notwendigkeit eines Konflikts aus, weil dieser durch geeignete Strukturen (Kontrolle des Agenda-Setting, falsches Bewusstsein) vermieden wird.⁴⁹ Diese Einteilung ist jedoch zu unpräzise, um ihr Medienwirkungen zuzuordnen.⁵⁰ Leichter fällt dies bei der auf Nye zurückgehenden Einteilung von „Soft Power“ und „Hard Power“. Zu den Ausprägungen „weicher“ Macht, die kommunikativ vermittelt ist, zählen die Themensetzung (Agenda-Setting), wodurch beeinflusst wird, *worüber* diskutiert wird, und die Veränderung von Präferenzen durch Anziehungskraft (Charisma, Schönheit, Kompetenz, Glaubwürdigkeit, Reputation) sowie (rationale oder emotionale) Überzeugungskraft. Damit verweist Nye auf die epistemische und autoritative Form der Macht. Ausprägungen „harter“ Macht (als konditionale und instrumentäre Macht) sind hingegen Gewalt(-androhung) und Zahlung(-versprechen).⁵¹

Meinungsmacht setzt notwendig voraus, dass Kommunikator*innen intendierte Wirkungen mit relativ hoher Wahrscheinlichkeit erzielen können.⁵² Empirisch abgesicherte Befunde über Kausalzusammenhänge aus der Medienwirkungsforschung zeigen, wo Macht in diesem Sinne möglich ist. Machtformen müssen entsprechend in verschiedene Arten von Medienwirkungen übersetzt werden: in Mikro- und Makrowirkungen, kurz- und langfristige Wirkungen, Wirkungen erster Ordnung und zweiter Ordnung (Medialisierung) sowie Wirkungen auf Wissen, Emotionen, Einstellungen und Handeln.⁵³ Darüber hinaus sind reflexive Wirkungen zu berücksichti-

dass Macht über Wahrheit entscheidet. H. Pluckrose/J. Lindsay, *Zynische Theorien*, München 2022, S. 33-37.

47 Lukes, Power (Fn. 46), S. 19. Zur Verwendung der drei „Gesichter“ der Macht von Lukes für die Analyse der Machtmittel von Plattformen und Nachrichtenmedien siehe P. Schneiders, *Macht und Autonomie* UFITA 2024, 6 (22-33).

48 Lukes, Power (Fn. 46), S. 24-25.

49 Lukes, Power (Fn. 46), S. 27-28, 124-151.

50 T. Hathaway, *Lukes Reloaded*, Politics 2016, 118.

51 J. S. Nye, *Public Diplomacy and Soft Power*, Annals AAPSS 2008, 94; J. S. Nye, *Macht im 21. Jahrhundert*, München 2011 (49-50, 146-159).

52 W. Schulz, *Politischer Medieneinfluss*, in: F. Marcinkowski/B. Pfetsch (Hrsg.), *Politik in der Mediendemokratie*. Wiesbaden 2009, S. 103 (109).

53 Z. B. S. J. Ball-Rokeach, *A Theory of Media Power and a Theory of Media Use*, Mass Communication and Society 1998, 5; N. E. Dunbar, *A Review of Theoretical Approaches to Interpersonal Power*, The Review of Communication 1998, 1; Hase-

gen: Hier geht es um die Frage, wie die Wirkung der Medien auf Dritte, z. B. auf das Publikum oder politische Akteure, eingeschätzt wird (Third-Person Effect⁵⁴), da solche *Wirkungsvermutungen* als Images von Akteuren selbst wirksam werden: Wer als machtvoll gilt, hat bereits Macht gewonnen. Entsprechend ist es auch relevant, welche Machtimages öffentlich kommuniziert werden.⁵⁵ Im Folgenden werden einzelne Wirkungstypen den vier Machtformen zugeordnet.⁵⁶

(1) *Konditionale Macht*: Die erste Form der Macht⁵⁷ kennt – neben der körperlichen und materiellen Schädigung – rein kommunikative Ausprägungen von Gewalt, die unmittelbar sozial oder psychisch schädigen (z. B. das Cybermobbing oder der Reputationsverlust in Folge eines Skandals), weil sie sich „gegen die soziale Teilhabe“⁵⁸ richten. Erweitert man diese Machtform (wie vorgeschlagen) um weitere objektive Beschränkungen von Handlungsoptionen, so gehören dazu auch passive, d. h. permanente, nicht auf den Einzelfall reagierende Beschränkungen, z. B. standardisierte Handlungsmöglichkeiten auf digitalen Plattformen als intendierte Strukturgestaltung. Algorithmen reagieren zwar auf den Einzelfall, aber nach festgelegten Regeln.⁵⁹ Durch den jeweiligen Code, d. h. die „Architektur des betreffenden Raums“⁶⁰, wird der Handlungskorridor für das Publikum objektiv bestimmt, ohne dass eine solche Einengung subjektiv wahrgenommen werden müsste. Von einer algorithmisch erzeugten Beschränkung der Umweltwahrnehmung geht die These der Filter Bubble aus, die allerdings empirisch nicht bestätigt ist.⁶¹ Handlungsmöglichkeiten können objektiv reduziert, aber auch erweitert werden. So können digital neue technische Optionen hinzukommen, aus deren Nutzung allerdings auch

brink/Schulz/Held, Wirkungspotenzial (Fn. 26), S. 5-10; *Neuberger*, Meinungsbildung (Fn. 4), S. 20; *Seipp/Helberger/de Vreese/Ausloos* Digital Journalism 2023, 1544-1547.

54 *P. Rössler*, Wie Menschen die Wirkungen politischer Medienberichterstattung wahrnehmen – und welche Konsequenzen daraus resultieren, in: *F. Marcinkowski/B. Pfetsch* (Hrsg.), Politik in der Mediendemokratie, Wiesbaden 2009, S. 468.

55 *E. Reunanen/R. Kunelius*, The Transformation of Communicative Power into Political Power, Communication Theory 2020, 1 (9).

56 Als Überblick vgl. z. B. *M. Schenk*, Medienwirkungsforschung, 3. Aufl., Tübingen 2007; *W. Schweiger*, Grundlagen: Was sind Medienwirkungen?, in: *W. Schweiger/A. Fahr* (Hrsg.), Handbuch Medienwirkungsforschung, Wiesbaden 2013, S. 15.

57 *Popitz*, Phänomene (Fn. 6), S. 43-78.

58 *Popitz*, Phänomene (Fn. 6), S. 45.

59 *Seemann*, Macht der Plattformen (Fn. 44), S. 104-110.

60 *L. Lessig*, Code und andere Gesetze des Cyberspace, Berlin 2001, S. 48.

61 *A. Bruns*, Are Filter Bubbles Real?, Cambridge 2019.

neue Abhängigkeiten entstehen können. Dies lässt sich am Beispiel des Journalismus beobachten, der digitale Plattformen sehr intensiv nutzt und sich dadurch in eine asymmetrische Abhängigkeit von den Plattformunternehmen gebracht hat.⁶²

(2) *Instrumentäre Macht*: Die zweite Form der Macht⁶³ besteht aus Drohen und Versprechen, d. h. dem kommunikativen Ankündigen negativer und positiver Sanktionen.⁶⁴ Das Antizipieren künftigen Handelns soll konformes Handeln bewirken.⁶⁵ Sie ist reaktiv auf die Handlungsselektion der Bedrohten oder Umworbenen bezogen, die einem Kosten-Nutzen-Kalkül folgen, aber auch emotional bestimmt sein können, wenn Angst oder Hoffnung erzeugt werden. Normen werden in der Regel durch die Androhung von Strafen durchgesetzt. Die Folgebereitschaft hängt davon ab, wie die Sanktionen bewertet werden und wie ihre Eintrittswahrscheinlichkeit eingeschätzt wird. Drohen und Versprechen müssen, wenn sie wirken sollen, glaubwürdig sein; sie setzen die Verfügbarkeit von Machtmitteln voraus, die im Bedarfsfall eingesetzt werden können. Für die Machtausübenden unterscheiden sich die Kosten für negative und positive Sanktionen: „Drohungen sind erheblich preisgünstiger, wenn mit Konformität zu rechnen ist [...]. Versprechungen dagegen werden im Erfolgsfall teuer.“⁶⁶ Um Drohungen glaubwürdig zu machen, müssen sie gelegentlich in die Tat umgesetzt werden, müssen Exempel statuiert werden.⁶⁷ Diffuse, ungewisse Ankündigungen sind für die Machtausübenden vorteilhaft, weil sie sich nicht festlegen müssen und daher nicht unter Zugzwang geraten.⁶⁸ Unsicherheit über das Verhalten des Machthabers ist nach Luhmann eine „fundamentale Voraussetzung aller Macht“⁶⁹. So verbreitet der Terrorismus durch wenige, aber überraschende und wahllose Angriffe generelle Angst. Durch Feindbilder können auch Dritte als Bedrohung dargestellt werden: Wenn von der

62 Nielsen/Ganter, *The Power of Platforms* (Fn. 2).

63 Popitz, *Phänomene* (Fn. 6), S. 79-103.

64 Han, *Was ist Macht?* (Fn. 3), S. 20; N. Luhmann, *Macht*, 3. Aufl., Stuttgart 2003, S. 21-24.

65 Han, *Was ist Macht?* (Fn. 3), S. 34; Luhmann, *Macht* (Fn. 64), S. 26; R. Paris, *Drohungen*, in: R. Paris, Stachel und Speer, Frankfurt a. M. 1998, S. 13 (47); Popitz, *Phänomene* (Fn. 6), S. 83-85.

66 Popitz, *Phänomene* (Fn. 6), S. 91.

67 Paris, *Drohungen* (Fn. 65), S. 27-28; Popitz, *Phänomene* (Fn. 6), S. 85.

68 Paris, *Drohungen* (Fn. 65), S. 31; Popitz, *Phänomene* (Fn. 6), S. 84-85.

69 Luhmann, *Macht* (Fn. 64), S. 9.

anderen Seite ein Risiko ausgeht, dann ist es besser, sich unter den Schutz der eigenen Seite zu stellen.

(3) *Autoritative Macht*: Effektiver und dauerhaft wirksamer als der Einsatz von Zwangsmitteln oder das Ankündigen von Sanktionen ist das freiwillige Anerkennen als dritte Form der Macht:⁷⁰ Sie ist in der politischen Öffentlichkeit das Ergebnis persuasiver (Medien-)Wirkung, und zwar durch rationales Argumentieren, d. h. die Macht von Rechtfertigungen, die Gründe für die Wahl unter Handlungsoptionen liefern,⁷¹ oder durch irrationale Überzeugungsmittel.⁷² Autoritative Macht bewirkt, dass nicht nur das äußerliche Verhalten, sondern auch die Einstellung der Machtbetroffenen angepasst wird; in diesem Fall erübrigt sich die dauerhafte Überwachung, ob Handeln konform ist.⁷³ Quelle der Autorität, d. h. der freiwilligen „Anerkennung einer Überlegenheit“⁷⁴, können unterschiedlich sein, etwa Webers Typen der legitimen Herrschaft (rational, traditional, charismatisch).⁷⁵ Die Wirkung autoritativer Macht ist weniger gut kalkulierbar als jene der ersten beiden Machtformen, und zwar gerade in der Öffentlichkeit.⁷⁶ Zwischen freiwilliger Anerkennung und Fügsamkeit durch angekündigte Sanktionen ist der Übergang fließend: Persuasion knüpft oft das Versprechen, künftig

70 Popitz, Phänomene (Fn. 6), S. 104-131. Zu Macht und Autorität vgl. auch Arendt, Macht und Gewalt (Fn. 28), S. 46; U. Bröckling, Von Hirten, Herden und dem Gott Pan, in: U. Bröckling, Gute Hirten führen sanft, Berlin, S. 15 (22); Han, Was ist Macht? (Fn. 3), S. 8. Als allgemeine Analysen der Autorität vgl. J. M. Bocheński, Was ist Autorität?, Freiburg i B. 1974; T. Eschenburg, Über Autorität, Frankfurt a. M. 1976; S. Kleinschmidt, Lob der Autorität, Berlin 2023.

71 R. Forst, Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen, Berlin 2015, S. 60.

72 Z. B. Schönbach, Verkaufen (Fn. 11); W. Wirth/R. Kühne, Grundlagen der Persuasionsforschung, in: W. Schweiger/A. Fahr (Hrsg.), Handbuch Medienwirkungsforschung, Wiesbaden 2013, S. 313.

73 Popitz, Phänomene (Fn. 6), S. 108-109.

74 Popitz, Phänomene (Fn. 6), S. 110.

75 M. Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl., Tübingen 1980 (1922) (124). Weiter lässt sich nach epistemischen und moralischen Autoritäten differenzieren, deren Überzeugungskraft sich aus Wahrheit und Moral speist (z. B. R. Hauswald, Epistemische Autoritäten, Berlin 2024).

76 Popitz, Phänomene (Fn. 6), S. 130-131, 148.

bestimmte Ziele zu erreichen, an Bedingungen, z. B. wenn am Wahltag die Zustimmung für die eigene Partei eingefordert wird.⁷⁷

(4) *Epistemische Macht*: Gegenüber Popitz wird hier eine weitere Form der Macht ergänzt: Macht ergibt sich nicht nur aus der subjektiven Bewertung von Handlungsalternativen und der Wahrscheinlichkeit ihres Erfolgs (z. B. im Hinblick auf negative und positive Sanktionen), sondern schon daraus, was über die Situation bekannt ist,⁷⁸ d. h. aus dem verfügbaren und rezipierten Wissen, wie es z. B. der Journalismus bereitstellt. Der Journalismus vermittelt Faktenwissen über aktuelle Ereignisse und ordnet sie kausal ein.⁷⁹ Darauf baut die individuelle und öffentliche Meinungsbildung auf, die wertende Gesichtspunkte ins Spiel bringt. Neben persuasiven sind daher auch kognitive Medienwirkungen für Macht relevant. Durch die Vermittlung vielfältiger und objektiver oder auch einseitiger und falscher Informationen werden Wirklichkeitsbilder geprägt. Die soziale Konstruktion der Wirklichkeit durch Massenmedien ergibt sich aus der Selektion von Themen (Agenda-Setting) und Ereignissen (journalistische Kriterien der Nachrichtenauswahl und -präsentation), ihrer Einordnung (Framing)⁸⁰ sowie der Objektivität der Nachrichten.⁸¹

Bezogen auf die liberale Demokratie als Herrschaftsform, stellt sich die Frage nach legitimen und illegitimen Machtmitteln. *Illegitim* sind solche Mittel, die Werte der liberalen Demokratie verletzen, z. B. Wahrheit (Desinformation), Freiheit (Zensur) und Gleichheit (Diskriminierung).⁸²

III. Meinungsmacht digitaler Plattformen in der politischen Öffentlichkeit

Durch die Digitalisierung der politischen Öffentlichkeit ist Meinungsmacht nicht mehr zentral bei wenigen journalistischen Anbietern als Gatekeepern zu verorten, die den Zugang zur massenmedial hergestellten Öffentlichkeit

77 Popitz, Phänomene (Fn. 6), S. 90.

78 Esser, Situationslogik (Fn. 8), S. 246-247.

79 C. Neuberger, Journalistische Objektivität, Medien & Kommunikationswissenschaft (M&K) 2017, 406 (417-420).

80 Schenk, Medienwirkungsforschung (Fn. 56), S. 305-333, 433-525.

81 Neuberger M&K 2017.

82 C. Neuberger, Digitale Öffentlichkeit und liberale Demokratie, Aus Politik und Zeitgeschichte 2022, Beilage 10-11 18.

kontrollieren. Stattdessen ist von komplexen Netzwerkstrukturen in der öffentlichen Kommunikation auszugehen.⁸³

Im Folgenden wird unterschieden, ob über diese Macht die Plattformunternehmen als Betreiber digitaler Plattformen oder deren Nutzer*innen verfügen, die hier grob unterteilt werden in politische Akteure, Bürger*innen und journalistische Anbieter.

(1) *Konditionale Macht*: Objektive Einschränkungen der Handlungsoptionen ergeben sich nicht nur aus aktivem (Gewalt- und Zwangs-)Handeln, sondern auch durch passive Beschränkungen. So definieren Plattformunternehmen den Code⁸⁴ bzw. das Protokoll.⁸⁵ Zwar beteiligen sie sich in der Regel nicht durch eigene Beiträge am politischen Diskurs, sie setzen dafür aber infrastrukturelle Rahmenbedingungen und setzen Regeln (Affordances⁸⁶), und sie bestimmen subtil durch algorithmische Selektion den Kommunikationsverlauf: „Platforms may not shape public discourse by themselves, but they do shape the shape of public discourse.“⁸⁷ In diesem Sinne definiert auch Seemann Plattformmacht als „Netzwerkmacht plus Kontrollregimes“⁸⁸. Unter „Netzwerkmacht“ versteht er die Fähigkeit, universelle Standards für Netzwerke zu setzen.⁸⁹ Kontrollregimes engen durch Standards und algorithmische Selektion Handlungsoptionen auf zwei Ebenen ein: Auf der ersten Ebene schränken sie potenzielle Verbindungen ein, auf der zweiten Ebene die konkreten Verbindungen.⁹⁰ Entsprechend definiert er: „Plattformen sind erwartete Vorselektionen potentieller Verbindungen, die unerwartete Anschlussselektionen konkreter Verbindungen

83 Castells hat vier Formen der Netzwerkmacht vorgeschlagen. Er unterscheidet (1) die Macht des Einschlusses und des Ausschlusses (Networking Power), die der traditionellen Gatekeeper-Macht entspricht, (2) die Macht, Standards und damit die Regeln für die Teilnehmer zu setzen (Network Power), (3) die relationale Macht in einem Netzwerk, anderen Akteuren den eigenen Willen aufzuzwingen (Networked Power), sowie (4) die Macht, überhaupt erst Netzwerke zu programmieren und zwischen ihnen Kontakte herzustellen (Network-Making Power). *Castells, Communication Power* (Fn. 2), S. 42-50.

84 *Lessig, Code* (Fn. 60).

85 *A. Mennicken/M. Kornberger, Von Performativität zu Generativität, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 2021, Sonderheft 61, 451 (464-468).

86 *S. K. Evans/K. E. Pearce/J. Vitak/J. W. Treem, Explicating Affordances, Journal of Computer-Mediated Communication* 2017, 35.

87 *Gillespie, Custodians* (Fn. 44), S. 23.

88 *Seemann, Macht der Plattformen* (Fn. 44), S. 146.

89 *Seemann, Macht der Plattformen* (Fn. 44), S. 104-110.

90 *Seemann, Macht der Plattformen* (Fn. 44), S. 117-144.

wahrscheinlicher machen.“⁹¹ Dies eröffnet Möglichkeiten der Manipulation der Meinungsbildung.⁹²

Die datenbasierte Überwachung und Verhaltenssteuerung hat die Vorstellung einer völligen gesellschaftlichen Berechenbarkeit und Planbarkeit geweckt, die je nach Sichtweise als Utopie oder Dystopie aufgefasst wird: Während für Pentland die digitale Technik eine Art göttliches Auge ist, das menschliches Verhalten kontinuierlich und vollständig erfassen und verbessern kann,⁹³ sieht Zuboff darin eine „instrumentäre Gesellschaft“, in der demokratische Entscheidungen durch totales Wissen ersetzt werden sollen, mit einer „Priesterschaft von Datenwissenschaftlern“⁹⁴ an der Spitze. Weil individuelle Freiheit Sand im Getriebe dieser hoch effizienten Gesellschaft ist, werde damit der „Tod der Individualität“⁹⁵ herbeigeführt. Das Ergebnis sind der digitale „Überwachungskapitalismus“⁹⁶ und der digitale „Überwachungsstaat“⁹⁷.

(2) *Instrumentäre Macht*: Digitale Plattformen setzen nicht auf Drohungen, sondern in erster Linie auf Versprechen. Sie bieten kostenlose Dienste an und versprechen die daten- und algorithmengesteuerte Erfüllung individueller Wünsche. Nutzer*innen begeben sich auf Plattformen in eine digitale Unmündigkeit; sie erliegen dem „verlockenden, bequemen Paternalismus“⁹⁸, so König. Die Erfüllung der individuellen Freiheit, zu bekommen, was man will, führe zur Aufgabe der politischen Freiheit, die in der „Autonomie als Freiheit von einseitigen Abhängigkeiten“⁹⁹ besteht.

Ein solches Verständnis [von Freiheit, C.N.] ist allerdings insofern irrig, als die liberale Demokratie nicht primär ein Arrangement darstellt, welches zufriedenstellende Leistungen produzieren soll. Vielmehr dient sie

91 Seemann, Macht der Plattformen (Fn. 44), S. 31.

92 J. Saunders, Dark Advertising and the Democratic Process, in: K. Macnish/J. Galliot (Hrsg.), Big Data and Democracy, Edinburgh 2020, S. 73. Diskutiert wird, ob Manipulation stets auf Täuschung beruht, notwendig negativ für die Manipulierten ist und in jedem Fall rationales Handeln unterläuft. A. Fischer, Manipulation, Berlin 2017, S. 41-78; C. R. Sunstein, The Ethics of Influence, Cambridge 2016, S. 78-115.

93 A. Pentland, Social Physics, New York, NY 2014, S. 8-14.

94 Zuboff, Zeitalter (Fn. 35), S. 495-496.

95 Zuboff, Zeitalter (Fn. 35), S. 504.

96 Zuboff, Zeitalter (Fn. 35).

97 K. Strittmatter, Die Neuerfindung der Diktatur, München 2018.

98 P. D. König, Die digitale Versuchung, Politische Vierteljahresschrift (PVS) 2019, 441 (443).

99 König, Versuchung PVS 2019, 456.

in erster Linie dazu, die dauerhafte Freiheit der Bürgerinnen und Bürger zur Beteiligung und Mitwirkung in der politischen Willensbildung und Entscheidungsfindung zu garantieren [...].¹⁰⁰

Dabei steht eine bloß „abstrakte Gefahr“ der instrumentellen Steuerung einem Nutzen gegenüber, der „unmittelbar erfahrbar“¹⁰¹ ist. Auch Dolata und Schrape betonen die freiwillige Unterwerfung im Gegenzug für kostenlose Dienste:

Diese Macht äußert sich in vielen Fällen [...] aber längst nicht immer als rigide Kontrolle, als direkter Zwang oder einklagbare Rechenschaftspflicht, sondern entfaltet sich für die große Zahl regelkonformer Nutzer kaum spürbar und weitgehend geräuschlos unter der Oberfläche einer (vermeintlichen) Offenheit, die die Plattformen als Markt- und Sozialräume auch auszeichnet. Die Nutzer, Konsumenten und Anbieter sind freiwillig dort, sie können dort recht unbehelligt ihren Interessen und Geschäften nachgehen, kollaborieren und kommunizieren oder sich gegenseitig beobachten und beurteilen. Sie haben sich allerdings an Regeln zu halten, auf deren Zustandekommen sie so gut wie keinen Einfluss haben, auf ebenso umfassende wie opake Überwachungssysteme einzulassen, die sie selbst weder gestalten noch kontrollieren können, sowie im Austausch gegen den Zugang einer weitreichenden Enteignung von ihren auf den Plattformen als Rohdaten hinterlassenen Äußerungen und Verhaltensspuren zuzustimmen.¹⁰²

Auch der *professionelle Journalismus* nutzt in vielfältiger Weise die kostenlos verfügbaren digitalen Plattformen für eigene Zwecke (z. B. für Eigenwerbung, Recherche, Publikation, Publikumsinteraktion und -monitoring).¹⁰³ Daraus ergeben sich zwar kurzfristig operative Vorteile, aber langfristig strategische Nachteile aufgrund der Machtasymmetrie zwischen Plattform- und Medienunternehmen. Medien gewinnen an Reichweite, ver-

100 König, Versuchung PVS 2019, 453.

101 König, Versuchung PVS 2019, 444.

102 U. Dolata/J.-F. Schrape, Plattform-Architekturen, in: U. Dolata/J.-F. Schrape (Hrsg.), Internet, Big Data und digitale Plattformen, Wiesbaden 2022, S. 11 (28-29).

103 C. Neuberger/C. Nuernbergk/S. Langenohl, Journalism as Multichannel Communication, Journalism Studies 2019, 1260; Nielsen/Ganter, The Power of Platforms (Fn. 2), S. 67-75.

lieren aber die Kontrolle über die journalistische Identität, den Zugang zu Publikumsdaten und Werbeumsätze an Plattformen.¹⁰⁴

Während Plattformunternehmen Folgebereitschaft vor allem durch Versprechen erzielen, setzen einige *politische Akteure* auf Drohungen: Wer eingeschüchtert ist, wer Angst vor Hasskommentaren, Cybermobbing und Shitstorms hat, wird kaum bereit sein, sein Recht auf freie Meinungsäußerung wahrzunehmen (Chilling-Effekt¹⁰⁵). Dafür bedarf es also keiner äußeren Einschränkung wie z. B. Zensur, sondern es genügt, dass das subjektive Empfinden besteht, ein zu großes Risiko einzugehen.

(3) *Autoritative Macht*: Persuasion zielt auf rationales und irrationales Überzeugen. *Politische Akteure* verwenden digitale Plattformen, um die Meinungsbildung zu beeinflussen. Dabei kommen Machtmittel wie Suchmaschinen-Optimierung (SEO), Social Bots, die massenhaft persuasive Botschaften verbreiten, oder generative KI zur Textproduktion zum Einsatz.¹⁰⁶ *Bürger*innen* nutzen soziale Medien zur Mobilisierung für politische Ziele.¹⁰⁷ Anders als professionell-journalistische Gatekeeper über Massenmedien haben *Plattformunternehmen* keine vollständige Kontrolle über die Inhalte und Interaktionen auf ihren Plattformen. Zugleich aber besteht ihr Geschäftsmodell darin, Vorhersageprodukte zu verkaufen,¹⁰⁸ z. B. bei der Werbevermarktung. Die Plattform-Revolution führt zu einer „Refeudalisierung“¹⁰⁹ von Öffentlichkeit und „zu einer neuen Vermittlungsstruktur, in der die neuen Plattform-Intermediäre als dominante Überwachungskapitalisten Beeinflussungs-Vermittlungsmacht an ressourcenstarke gesellschaftliche Akteure verkaufen können – ähnlich wie die Landesherren im Feudalismus Bewirtschaftungs-Lehen vergaben.“ Allerdings gibt es auch Zweifel an der Existenz dieser Meinungsmacht, da es dafür nach wie vor

104 Z. B. Nielsen/Ganter, The Power of Platforms (Fn. 2); A. A. Ross Arguedas/S. Badrinathan/C. Mont'Alverne/B. Toff/R. Fletcher/R. K. Nielsen, "It's a battle you are never going to win", Journalism Studies 2022, 1821.

105 J. W. Penney, Understanding Chilling Effects, Minnesota Law Review 2022, 1451.

106 Z. B. S. C. Woolley/P. N. Howard (Hrsg.), Computational Propaganda, New York, NY 2019.

107 W. L. Bennett/A. Segerberg, The Logic of Connective Action. Cambridge 2013.

108 Zuboff, Zeitalter (Fn. 35).

109 F. Lobigs, Plattform-Revolution der öffentlichen Kommunikation und Krise der Vermittlung aus institutionenökonomischer Perspektive, in: O. Jarren/C. Neuberger (Hrsg.), Gesellschaftliche Vermittlung in der Krise, Wiesbaden 2020, S. 155 (177).

an empirischen Nachweisen mangelt. So vermutet Seemann eine „erschreckend geringe Manipulationskraft“¹¹⁰ digitaler Plattformen.

(4) *Epistemische Macht*: Die Qualität der Wissensvermittlung kann durch journalistische Standards wie Wahrheit, Relevanz, Vielfalt und Unabhängigkeit definiert werden. Zuboff kritisiert, dass *Plattformunternehmen* radikal indifferent gegenüber der Qualität der selektierten Inhalte sind.¹¹¹ Auch „korruptierte Information“¹¹², die *politische Akteure* verbreiten, stellt für ihr Geschäftsmodell kein Problem dar, während „professioneller Journalismus das genaue Gegenteil von radikaler Indifferenz“¹¹³ ist. Allerdings besteht die Neigung, Verbreitung, Nutzung und Wirkung von Falschinformationen in der digitalen Öffentlichkeit zu überschätzen, wie ein aktueller Forschungsüberblick zeigt.¹¹⁴ Die Meinungsmacht der Plattformunternehmen ergibt sich zudem aus ihrer Fähigkeit, Themen und Meinungen mehr oder weniger sichtbar oder unsichtbar zu machen oder durch Irrelevantes vom Wesentlichen abzulenken.

Im 21. Jahrhundert bedeutet Zensur, die Menschen mit irrelevanten Informationen zu überschwemmen. Die Menschen wissen einfach nicht, worauf sie achten sollen, und vergeuden ihre Zeit oft damit, sich mit Nebenaspekten zu beschäftigen. In früheren Zeiten bedeutete Macht, Zugang zu Daten zu haben. Heute bedeutet Macht zu wissen, was man ignorieren kann.¹¹⁵

IV. Fazit

Ausgangspunkt der Überlegungen war die Kritik, dass die spezifische Macht in der Öffentlichkeit zu gegenstandsnah definiert wird, z. B. als Medien-, Plattform-, Netzwerk- oder Diskursmacht. Hier wurde dagegen abstrakt angesetzt. Das intentional einsetzbare Wirkungspotenzial ist in vier Machtformen eingeteilt worden, die sich sämtlich auf Kommunikation beziehen lassen (I.): Gewalt und andere objektive Einschränkungen

110 Seemann, Macht der Plattformen (Fn. 44), S. 364.

111 Zuboff, Zeitalter (Fn. 35), S. 577-586.

112 Zuboff, Zeitalter (Fn. 35), S. 579.

113 Zuboff, Zeitalter (Fn. 35), S. 580.

114 Altay/Berriche/Acerbi Social Media + Society 2023.

115 Y. N. Harari, Homo Deus, München 2017, S. 536.

der Handlungsmöglichkeiten als konditionale Macht, Drohen und Versprechen als instrumentäre Macht, Überzeugen als autoritative Macht sowie Wissensvermittlung als epistemische Macht. Alle vier Machtformen sind für die Bestimmung von Meinungsmacht in der politischen Öffentlichkeit (II.) und auf digitalen Plattformen (III.) relevant und haben dort jeweils besonderen Ausprägungen. In dieser Skizze konnten Vorarbeiten für Regulierungsfragen geleistet werden, auf die selbst an dieser Stelle nicht mehr näher eingegangen werden kann. Häufig wird in der Literatur auf die Demokratiegefährdung durch digitale Plattformen verwiesen¹¹⁶ und eine gemeinwohlorientierte Regulierung angemahnt.¹¹⁷ Durch Künstliche Intelligenz werden sich in absehbarer Zeit die Möglichkeiten für alle vier Machtformen erheblich verändern.¹¹⁸ Die anhaltende Dynamik der Digitalisierung erfordert, dass sich die Plattformregulierung fortlaufend mit der Kommunikationswissenschaft rückkoppelt, um neue Ausprägungen der vier Machtformen im Blick zu haben und deren Relevanz durch empirisch gesicherte Wirkungsannahmen einschätzen zu können.

116 *Andree*, Big Tech (Fn.1); *Seemann*, Macht der Plattformen (Fn. 44), S. 368-371.

117 *Helberger* Digital Journalism 2020; *J. van Dijck/D. Nieborg/T. Poell*, Reframing Platform Power, Internet Policy Review 2019, 1.

118 *H. Farrell/A. Newman/J. Wallace*, Spirals of Delusion, Foreign Affairs 2022, 168.

Plattformregulierung im MStV und im Unionsrecht – Was brachte das Public Value-Verfahren?

Stephan Ory

2024 feiert der Privatfunk in Deutschland seinen vierzigsten Geburtstag mit der einen oder anderen Gedenkveranstaltung. Eine Erfolgsgeschichte sei das; ein Beweis dafür, dass Regulierung wirkt.¹ Die Geburtstagsfeiern einer Branche sind wie die runden Geburtstage im Familienkreis: nihil nisi bene. Im grauen Alltag wird man da schon mal einmal deutlicher.

I. Regulierung von Inhalten, Technik und Plattformen

Georgios Gounalakis, dem dieser Beitrag gewidmet ist, analysierte etwa zur Mitte der genannten Zeitspanne das Regulierungssystem angesichts der sich abzeichnenden Digitalisierung:

Diesem Konvergenzprozess der Medien wird die gegenwärtige Medienordnung, die auf einer horizontalen Regulierung der Telekommunikation und einer davon getrennten, vertikal abgestuften Regulierung der Medien aufbaut, nicht mehr gerecht. Sie beruht auf normativen Vorgaben, die teils unübersichtlich, teils unklar, teils unkoordiniert und über eine Vielzahl von Gesetzen des Bundes und der Länder verteilt sind. Es besteht Einigkeit, dass die derzeit heterogenen Aufsichtsstrukturen gestrafft und die Kompetenzen möglichst weitgehend unter einem Dach gebündelt werden sollen, weil die gegenwärtige, zersplitterte Aufsichtsstruktur nicht im Stande ist, die Defizite des materiellen Rechts aufzufangen.²

Gounalakis entwickelte Vorschläge für die weitere Entwicklung des Modells abgestufter inhaltlicher Regulierung, das sich an der Meinungsrelevanz orientiert. Ökonomische und nicht-ökonomische Regulierungsziele

1 Symposium der BLM und des IUM „40 Jahre privater Rundfunk oder wie Regulierung (Rundfunk-)Freiheit sichert!“, blm.de/de/wir-fuer-sie/blm-events/events-2024/rechts-symposium.cfm, Stand 27.02.2024.

2 Gounalakis, Regulierung von Presse, Rundfunk und elektronischen Diensten in der künftigen Medienordnung, ZUM 2003, 180.

sollten Zielpunkte sein. Er verwies auf „sich abzeichnende Vorgaben des EU-Rechts“.

Aber schon vor dem Urknall³ im Ludwigshafener Medienlabor am 1. Januar 1984 gab es eine breite Diskussion der neuen technischen Perspektiven⁴ mit kontroversen politischen Bewertungen, z.B. zum Thema „Ein anderer Rundfunk eine andere Republik“⁵. *Martin Bullinger* formulierte bereits 1980 sehr weitreichende Überlegungen, die die technischen Entwicklungen antizipierten.⁶ Er verwies darauf, dass Inhalteregulierung von der Regulierung der Vertriebswege losgelöst sei, dass digital die Inhalte in „Containern“ über das geschickt werden, was wir heute Infrastruktur nennen. Der Begriff der „Datenautobahn“ war längst noch nicht geprägt (und wieder vergessen⁷). *Bullinger* beobachtete Videotext, Bildschirmtext und Kabelfernsehen und leitete daraus „Elemente der Individualisierung des Rundfunks“ ab. Dabei sprach er von der „Dissoziierung des Gesamtprogramms nach Auswahl“ durch zukünftige technische Mittel.

Die klugen Hinweise zu Beginn und in der Halbzeit des Privatfunks haben jeweils nur wenig praktische Folgen gehabt. Am Anfang gab es „Lizenzen“, bei denen einzelne terrestrische Übertragungsfrequenzen oder Kanäle auf dem Satelliten oder im Kabel vergeben wurden⁸. Technik und Inhalte waren nicht getrennt und die Verbreitungstechnik war noch Sache des Staates⁹. Später gab es den „Medienführerschein“¹⁰ - die Trennung zwischen der Zulassung eines Rundfunkprogramms und der medienrechtlichen Zuweisung von Übertragungsressourcen für seine Verbreitung. Mit Entlassung der Fernmeldetechnik aus der Aufgabe des Staates ergab sich im Laufe der

3 Zur Entstehung des Schlagworts, *Ory/Sura*, Der Urknall im Medienlabor - Das Kabelpilotprojekt Ludwigshafen, Berlin 1987, S. 5.

4 So etwa Kommission für den Ausbau der technischen Kommunikationssysteme (KtK), Telekommunikationsbericht, Bonn, 1976.

5 Vgl. *Thomas*, Ein anderer Rundfunk - eine andere Republik oder die Enteignung des Bürgers, Bonn, 1980.

6 *Bullinger*, Kommunikationsfreiheit im Strukturwandel der Telekommunikation, Baden-Baden, 1980.

7 Ein „*Nachruf auf die »Datenautobahn«*“ findet sich bei umblaetterer.de/2010/05/20/nachruf-auf-die-datenautobahn/, Stand 27.02.2024.

8 Die Begriffe variierten, vgl. zur *Nutzungsgenehmigung* im Politprojekt Rheinland-Pfalz: *Ory*, Freiheit der Massenkommunikation, Frankfurt am Main, 1987, S. 77.

9 Siehe „Bundespost“ als Ausgangslage des 1. Rundfunkurteils des BVerfG, BVerfGE 12, 205-264, Rn. 82 ff – juris.

10 *Birkert/Reiter/Scherer*, Landesmediengesetz Baden-Württemberg - Kommentar, 2. Aufl., Stuttgart, 1993, S. 109.

Zeit das dritte Element, nämlich die telekommunikationsrechtliche Zuteilung von Frequenzen durch die Bundesnetzagentur an Infrastrukturbetreiber unter Beachtung der „rundfunkrechtlichen Festlegungen“ der Länder – heute § 96 Abs. 1 TKG und spezifiziert in der Verwaltungsvorschrift Rundfunk (VVRuFu)¹¹. Das reicht allerdings nur so weit, wie es sich um eine hoheitliche Aufgabe des Bundes (§ 2 Abs. 1 TKG handelt, was nur bei dem frei im Raum verbreiteten Signal¹² der Fall ist, die als Ressource international Deutschland zur Verfügung gestellt wurde¹³. Diese Art der Verknüpfung von medienrechtlichen Vorgaben und telekommunikationsrechtlicher Bindung endet demnach dort, wo der Staat bei der Bereitstellung der Infrastruktur keine hoheitliche Funktion mehr hat.

Auf medienrechtlicher Ebene rückte damit das ins Visier, was wir heute als die „Plattformregulierung“ bezeichnen: das Verhältnis der Inhalteanbieter zu denjenigen, die der Funktion nach technische Infrastrukturen bereit stellen, sei es eigene oder als Dienstleistung auf der Infrastruktur Dritter¹⁴. Sie halten als Gatekeeper den Zugang der Medien zum Nutzer und umgekehrt der Nutzer zu Inhaltsangeboten in der Hand. Deren Regulierung hat sich recht widersprüchlich entwickelt: einerseits geht es um Vorgaben, welche Inhalte sie berücksichtigen sollen; andererseits wurden und werden Plattformen von der Verantwortung für von Ihnen verbreitete Inhalte freigestellt¹⁵, was sonst äußerungsrechtlich als Verbreiterhaftung¹⁶ zu diskutieren wäre.

Die Plattformregulierung wird im Weiteren untersucht, wo sie sicherstellen will, dass Inhalteanbieter mit ihrem Content vom Publikum wahrgenommen werden. Ausgangspunkt der nachfolgenden Überlegungen sollen

11 [bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/Verwaltungsvorschriften/VV_RuFu.pdf](https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/Verwaltungsvorschriften/VV_RuFu.pdf).

12 Hahn/Hartl/Dorsch in: Scheuerle/Mayen, TKG-Komm., 3. Aufl., München 2018, Vor § 52, Rn. 4 f.

13 Vgl. Roth/Ruhnau in: Göppert/Schützt, TKG-Komm., 5. Aufl., München 2023, Vor §§ 87 ff Rn. 30 ff.

14 Vgl. die Differenzierung zwischen infrastrukturegebundene und nicht infrastrukturegebundene Medienplattformen in § 78 MStV.

15 Vgl. die Entwicklung von § 5 TDG (1997 bis 2007); Art. 12 ff Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft – ECRL, umgesetzt in § 7 TMG (2007); ab 2024 in Art. 4 ff DSA.

16 Vgl. Burkhardt/Peifer in: Wenzel, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl., Köln 2018, Kap. 10 XII, Rn. 207 ff.

die Regelungen zum Public Value (§ 84 Abs. 3 MStV) sein.¹⁷ Dabei sollen zwei Aspekte hier bewusst ausgeklammert bleiben: Zum einen wird dem Hinweis von *Gounalakis*¹⁸ auf Defizite beim Medienkartellrecht nicht nachgegangen; zum anderen wird die verfassungsrechtliche Position der Infrastrukturunternehmen und Plattformen nicht ausgeleuchtet.

II. Anreizregulierung und Public Value-Verfahren

Die Medienregulierung soll Vielfalt erzeugen – eine allgemein anerkannte Aussage, die in ihrer Abstraktheit vermutlich einen eigenen Beitrag verdient, wenn man die in dem Satz liegenden gedanklichen Voraussetzungen offenlegen wollte. In der ursprünglichen Konzeption zu Beginn des Privatfunks sollte das dadurch bewerkstelligt werden, dass dem Publikum in der überschaubaren Anzahl der zur Verfügung stehenden Übertragungskapazitäten jeweils das Programm zur Verfügung gestellt wird, dessen Inhalte am vielfältigsten erschienen – aus einer Ex-ante Bewertung. Dafür sind die pluralistisch zusammengesetzten Gremien der Medienanstalten zuständig. Auch nach der zuvor beschriebenen Trennung von Zulassung und Zuweisung wurde das Konzept der Auswahlentscheidung nach Vielfaltsgesichtspunkten fortgesetzt – bei jeder einzelnen Frequenzzuweisung. Dies ist solange möglich, wie ein Bundesland nach seinem Landesrecht über die inhaltliche Belegung der aus dem Betrieb der Frequenz resultierenden Übertragungskapazität entscheiden kann – also nicht mehr bei privat errichteten Kabelnetzen, Satellitenkanälen oder im Internet – die medienrechtliche Seite des zuvor beschriebenen Befunds für die telekommunikationsrechtliche Frequenzvergabe.

Beim Kabelfernsehen wurde ein Belegungsregime auf Basis des § 35 (später § 52) RStV entwickelt, wonach der Betreiber einer Kabelanlage die erforderlichen Übertragungskapazitäten für die zeitgleiche und unveränderte Weiterverbreitung von Programmen zu Verfügung stellen musste. Das war kein Anspruch des Programmveranstalters gegen den Betreiber, sondern eine öffentlich-rechtliche Pflicht des Betreibers.¹⁹ Diese Regulierung wurde

17 [die-medienanstalten.de/public-value](https://www.die-medienanstalten.de/public-value), Stand 27.02.2024.

18 *Gounalakis*, Die Sicherung der Meinungsvielfalt als aktuelle Herausforderung an die Politik, FS Dörr, Heidelberg 2022, S. 701 ff.

19 Vgl. mit einer Übersicht über die landesrechtlichen Vorschriften: *Dörr*, Die Kabelbelegungsregelungen in den Landesmediengesetzen und der Anspruch auf unentgeltli-

anfangs mit der Knappheit der Kabelkanäle begründet. Später wurde beim digitalen Kabel angesichts größerer Kapazitäten differenziert: man behielt sich mit Must-Carry-Regelungen - die vorgaben, welche Programme zwingend transportiert werden mussten, mit Can-Carry - einem Bereich aus welchem der Kabelbetreiber eine Auswahl treffen konnte - und einem dritten Bereich, in dem eine freie Entscheidung zu Belegungen möglich war.²⁰ Geblieben ist davon heute die Plattformregulierung unter anderen Vorschriften zur Belegung infrastrukturegebundener Medienplattformen (§ 81 MStV) und den Vorgaben für die Auffindbarkeit in Benutzeroberflächen (§ 84 MStV).

Das Public Value-Verfahren verbindet diese Vorgaben an Plattformen mit dem regulatorischen Ziel, den Inhaltenanbietern Vielfaltsvorgaben mitzugeben, auch wenn das bei der Zulassung - etwa durch Nebenbestimmungen - nicht mehr möglich ist. Das Ziel der Vielfaltssicherung wird mit einer doppelten Stoßrichtung verfolgt: gegenüber den Plattformen mit der Vorgabe, bestimmte Angebote sichtbar zu machen, und gegenüber den Inhaltenanbietern mit dem Ansporn, sich diese Sichtbarkeit durch besonders vielfältigen Inhalt im Vergleich zu Wettbewerbern zu verdienen. Das Konzept wurde als „Anreizregulierung“ diskutiert.²¹ Wer – gegebenenfalls freiwillig – besonders vielfältige Angebote macht, soll davon profitieren, indem er mehr Verbreitungschancen²² bekommt und angesichts der ausschließlich zur Finanzierung vorgesehenen Werbeeinnahmen durch höhere Reichweiten auch mehr ökonomische Chancen erhält.

§ 84 Abs. 3 MStV will das ins Werk umsetzen. Zunächst muss der in einer Benutzeroberfläche vermittelte Rundfunk in seiner Gesamtheit auf der ersten Auswahlstufe unmittelbar erreichbar und leicht auffindbar zu sein. Dann müssen die Public Value-Angebote „innerhalb des Rundfunks ... leicht“ gefunden werden. Das betrifft zum einen alle gesetzlich bestimmten

che Durchleitung des Fernsehprogramms Premiere zu den angeschlossenen Haushalten, ZUM 1997, 337; zum späteren Stand unter Einfluss des Unionsrechts: Dörr, Die rechtliche Einordnung der Must-carry-Regelung im Rundfunkstaatsvertrag und in den Landesmediengesetzen, ZUM 2013, 81.

20 Zum Übergang: Hahne, Kabelbelegung und Netzzugang - Rechtsfragen des Zugangs von Programm- und Diensteanbietern zum Breitbandkabelnetz, München 2003.

21 Schulz/Held, Regulierung durch Anreize - Optionen für eine anreizorientierte Regulierung der Leistungen privater Rundfunkveranstalter im Rundfunkstaatsvertrag, Berlin 2011.

22 Schulz/Held sprachen vom „privilegierten Zugang zu Infrastrukturen“, aaO. (Fn. 21), S. 69, 76; andere Anreize waren ebenfalls Bestandteile der konzeptionellen Überlegungen.

beitragsfinanzierten Programme. Alle öffentlich-rechtlichen Programmangebote - gleich welchen Inhalts und gleich in welchem Verbreitungsgebiet - sind also per se Public Value. Ob der Mediengesetzgeber das heute in Zeiten der Krise des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und der Diskussion um seinen Auftrag und seiner Struktur einschließlich der Notwendigkeit einzelner Angebotsformen noch so sehen würde, wäre wiederum ein eigenständiges Thema. Jedenfalls beschert diese Regelung eine große Anzahl an besonders leicht vom Konsumenten erreichbaren Programmen.

Bei den privaten Rundfunkprogrammen sind durch das Gesetz diejenigen hervorgehoben, die regionale Fensterprogramme (§ 59 Abs. 4 MStV) transportieren müssen, also die beiden bundesweit verbreiteten reichweitestärksten Fernsehvollprogramme. Im Übrigen sind die privaten Programme zu bestimmen, „die in besonderem Maß einen Beitrag zur Meinungs- und Angebotsvielfalt im Bundesgebiet leisten“. Sie zu bestimmen war Gegenstand eines Verfahrens der Medienanstalten, die dazu die „Satzung zur Durchführung der Vorschriften gemäß § 84 Abs. 8 Medienstaatsvertrag zur leichten Auffindbarkeit von privaten Angeboten (Public-Value-Satzung)“²³ erlassen haben. Federführend hat die Landesanstalt für Medien NRW das Verfahren²⁴ ab Herbst 2021 durchgeführt. Auf Basis der Entscheidung der ZAK wurden Antragsteller für einen Zeitraum von drei Jahren bestimmt; Ergebnis ist eine Auflistung aller als „Public Value“ bestimmter Angebote. „Diese Bewegtbild-, Audio- und Telemedienangebote machen sich um die Meinungsvielfalt besonders verdient und müssen zukünftig beispielsweise auf Smart-TVs und anderen Benutzeroberflächen für Nutzerinnen und Nutzer leichter auffindbar sein“²⁵, fasst das die Website der Medienanstalten das Ergebnis zusammen.

Der entsprechende Antragsbogen, der die Programmleistungen des jeweiligen Antragstellers abfragte, erinnerte – der grundlegenden Konzeption folgend – stark an das, was bei Zuweisungsentscheidungen an Information erbeten wurde. Es wurde keine Anzahl von „Public Value-Programmplätzen“ ausgeschrieben, sondern jedes Angebot, dass die Kriterien erfüllte, bekam dieses Prädikat. Bei den privaten Angeboten erwies sich die Bestimmung in § 84 MStV als schwierig, wenn sie nur auf Angebote abstellt, die einen Beitrag zur Meinungs- und Angebotsvielfalt im Bundesgebiet leisten. Bei wörtlicher Anwendung der Norm wären alle regionalen, auch lan-

23 die-medienanstalten.de/service/rechtsgrundlagen/satzungen#c7181, Stand 27.02.2024.

24 die-medienanstalten.de/ausschreibung-public-value, Stand 27.02.2024.

25 die-medienanstalten.de/public-value, Stand 27.02.2024.

desweiten Angebote der Privaten nicht berücksichtigungsfähig²⁶ gewesen. Zum einen ergab sich so ein Ungleichgewicht zu den öffentlich-rechtlichen Anstalten, deren regionale Angebote, wie dargelegt, schon vom Gesetz als Public Value geadelt waren. Der Wortlaut der Norm stieß sich daran, dass der Privatfunk Ländersache ist und nach sehr landesspezifischen Vorstellungen ausgestaltet ist, insbesondere beim Radio. Verfahrensmäßig behalf man sich, indem die Rubrik „regional“ in der Summe als bundesweit von Belang angesehen wurde. Dies hatte zur Folge, dass so gut wie alle regionalen privaten Angebote als Public Value anerkannt wurden, jedoch in der Summe und in der jeweiligen Region als Teilmenge gedacht.

Am Ende des Verfahrens standen Listen mit Angeboten. Die Bescheide, dass ein Angebot Public Value sei, ergingen zwar an jeden einzelnen Programmanbieter. Für die Infrastrukturbetreiber, die § 84 MStV zu beachten haben, war die Auflistung im Überblick sinnvoll, obwohl es rechtlich allenfalls eine Empfehlung ist, wie die besondere Auffindbarkeit umzusetzen ist. Beim Fernsehen zeigte sich rasch die bundesweite TV-Liste, wie sie früher von den Branchenbeteiligten – Sendern, Infrastrukturbetreibern und Geräteherstellern – faktisch gehandhabt worden war. Beim Hörfunk wurden die Listen bis hinunter zu Regierungsbezirken (oder entsprechenden Äquivalenten) diskutiert, da die bundeseinheitliche Rubrik „Regionales“ vor Ort jeweils einen anderen Inhalt hat. Das ergibt²⁷ eine Sammlung von Listen auf 110 Seiten.

III. Auffindbarkeit vs. Zugangsrecht

§ 84 Abs. 3 MStV bestimmt, dass Angebote des Public Value leicht auffindbar sein müssten. Das ist – sowohl aus Sicht des Inhaltenanbieters als auch aus Sicht des Nutzers – die halbe Miete, denn ein Zugangsanspruch des Inhaltenanbieters zur Plattform ist das nicht. Erst wenn sein Inhalt auf der Plattform ist, greift die Regelung. Auch wenn ein Inhalt den allerschönsten Public Value darstellt, ist die Plattform grundsätzlich frei, ihn zu berücksichtigen oder nicht, sofern es sich nicht um eine infrastrukturegebundene

26 Zur Bedeutung der lokalen und regionalen Ebene bei der Auffindbarkeit von Inhalten vgl. *Cappello* (Hrsg.), Inhalte von öffentlichem Interesse auf audiovisuellen Plattformen: Zugang und Auffindbarkeit, IRIS Spezial, Europäische Audiovisuelle Informationsstelle, Straßburg 2023, S. 72.

27 Die medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/die_medienanstalten/Themen/Public_Value/Gesamtdokument_Public-Value_Audio_v2.pdf, Stand 27.02.2024.

Plattform nach § 81 MStV handelt, für die Belegungsvorschriften gelten. Alle Online-Plattformen, die over the top (OTT) ohne eigene Infrastruktur kommen, haben keinerlei Zugangsregelungen zu beachten. Es gelten kartellrechtliche und medienrechtliche flankierte Diskriminierungsverbote.

In den Anhörungen zum MStV hatten die Inhalteanbieter einen Zugangsanspruch gefordert.²⁸ Die Medienpolitik folgte dem nicht, vermutlich aus den Erfahrungen der Streitigkeiten, die die Must-Carry-Regelungen im Bereich des Kabels ausgelöst hatten; die Frage war: welche Vergütungsansprüche durften die Kabelnetzbetreiber aufrufen. Must-Carry war nicht Must-Free. An die entsprechenden, kartellrechtlich grundierten Auseinandersetzungen²⁹ soll hier nur erinnert werden. Die Politik suchte mit dem MStV die Lösung in einer Differenzierung. Zum einen sollte es Plattformen möglich sein, ein Gesamtangebot nach ihren Vorstellungen zu bündeln und im Wettbewerb zu anderen Plattformen anzubieten. Hier sollten Plattformen bei der Zusammenstellung ihres Angebotes zwar Vorgaben hinsichtlich besonderer Diskriminierungsverbote zu beachten haben, jedoch keinen direkten Zugangsverpflichtungen ausgesetzt werden. Wer hingegen keine solche in sich abgeschlossene Plattform anbietet, soll neben den allgemeinen kartellrechtlichen Vorgaben nur geringe medienrechtliche Diskriminierungsverbote, sowie Transparenzvorschriften gegenüber den Endnutzern beachten.

IV. Medienplattformen vs. Medienintermediäre

Die zuvor geschilderte Grundidee der differenzierten Beurteilung der Plattformen findet sich im MStV in den Begriffen der Medienplattformen einerseits und der Medienintermediäre andererseits. Beides sind elektronische Informations- und Kommunikationsdienste, wie sie in § 2 Abs. 1 S. 3 MStV als Telemedien definiert sind.

Plattformen, die ein abgeschlossenes Gesamtangebot erstellen (Medienplattformen – § 2 Abs. 2 Nr. 14 MStV), dürfen zur Sicherung der Meinungsvielfalt und Angebotsvielfalt Rundfunk, rundfunkähnliche Telemedien und die elektronische Presse (Telemedien nach § 19 Abs. 1 MStV) beim Zugang zu Medienplattformen nicht unmittelbar oder mittelbar unbillig behindern.

28 z.B. Stellungnahme der APR vom 27. September 2018, privatfunk.de/thm/TextThemen180927.html, Stand 27.02.2024.

29 Etwa zur Einspeisung und deren Konditionen für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk BGH, Urteil vom 16. Juni 2015 – KZR 3/14.

Auch dürfen sie einzelne Angebote gegenüber gleichartigen Angeboten nicht ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich behandeln. Die Zugangsbedingungen, insbesondere Entgelte und Tarife, sind gegenüber der zuständigen Landesmedienanstalt offenzulegen (§ 83 Abs. 1 MStV) und im Rahmen der Vorschriften des TKG so zu gestalten, dass auch regionale und lokale Angebote zu angemessenen Bedingungen verbreitet werden können (§ 83 Abs. 2 S.1 MStV). Die Auswahlkriterien bei der Bildung des Gesamtangebots der Plattform sind transparent zu machen (§ 85 MStV).

Plattformen, die Inhalte Dritter aggregieren, selektieren und allgemein zugänglich präsentieren, ohne diese zu einem Gesamtangebot zu bündeln (Medienintermediäre – § 2 Abs. 2 Nr. 16 MStV), haben geringere Vorgaben bei Transparenz (§ 93 MStV) und Diskriminierungsverbote (§ 94 MStV) zu beachten.

Die Zusammenstellung eines Gesamtangebots ist maßgebliches Unterscheidungskriterium.³⁰ Es stellen sich drei Fragen: Was ist Gegenstand der Zusammenfassung? Was ist ein Gesamtangebot? Und was ist die Tätigkeit des Zusammenfassens? Zu wichtigen Details „schweigt sich (der MStV) aus“.³¹

Die Zusammenstellung betrifft fremde – nicht ausschließlich solche der Plattform – publizistischen Angebote, wozu auch die softwarebasierten Anwendungen zur Ansteuerung derartiger Inhalte gehören. Der Begriff des publizistischen Angebots findet sich im MStV nicht. Er spricht von „Rundfunk, rundfunkähnlichen Telemedien oder Telemedien nach § 19 Abs. 1 MStV“. Es handelt sich dabei um unterschiedliche Ausformungen von Angeboten, die wegen ihrer Inhalte eine besondere Bedeutung für die öffentliche Meinungsbildung und damit für die politische Willensbildung und die Demokratie haben.

Wann ist ein „Gesamtangebot“ zusammengestellt? Das ist nach dem Einzelfall zu bewerten. Indizien können Gestaltung, Inhalt, Empfängerkreis und technische Struktur sein.³² Als negative Abgrenzung nennt die Begründung: Ein Gesamtangebot scheidet aus, wenn Dritten die Möglichkeit des Angebots jeweils eigener Inhalte eingeräumt wird, etwa in sozialen Medien oder App-Stores. Für die positive Umschreibung des Gesamtangebots kann es nicht auf eine statische Abgeschlossenheit ankommen; Änderungen im

30 Zu den Abgrenzungen Ory, Medienintermediäre, Medienplattformen, Benutzeroberflächen?, ZUM 2021, 472.

31 Martini in: Gersdorf/Paal, Informations- und Medienrecht, 2. Aufl., München 2012, § 2 MStV, Rn. 105.

32 ModStV-Begründung, B. § 2, S. 11.

Angebot sind unschädlich. Dabei ist die Perspektive auf den Gatekeeper aus zwei Richtungen hilfreich, nämlich vom Anbieter und vom Nutzer. Danach handelt es sich um ein Gesamtangebot, wenn bei einem der beiden auf der Basis der genannten Indizien der Eindruck entsteht, dass der Gatekeeper eine Auswahl nach eigenen Kriterien abschließend vornimmt.

Die Begründung³³ bietet zur Abgrenzung Beispiele, die im Regelfall zur Einstufung als Medienintermediär führen sollen: Suchmaschinen, Soziale Netzwerke, User Generated Content-Portale, Blogging-Portale und News Aggregatoren. Je nach konkreter Ausgestaltung können auch App-Portale darunterfallen, wenn das Portal nicht als Gesamtangebot einzuordnen ist. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ohne wesentliche Hindernisse jedermann Apps in das Portal einstellen kann. Auch Sprachassistenten mit ihren unterschiedlichen Funktionen können von der Definition erfasst sein.

Das macht es nicht wesentlich klarer. Die Kommentierung bescheinigt „eine gewisse Unschärfe“³⁴ und stellt auf die Funktion der Medienintermediäre ab, die auf der einen Seite einen algorithmengesteuerten Zugang zu Inhalten und Informationen gleich welcher Art, die im Internet verbreitet werden, vermitteln. Dadurch wird Dritten ermöglicht, Inhalte jedweder Art einem globalen Markt kostengünstig und nahezu ohne Zugangshindernisse zugänglich machen - selbst Inhalte, die früher der Individualkommunikation zugeordnet wurden - massenhaft zu verbreiten.

Es soll hier die Frage³⁵ aufgegriffen werden, wie Smart Speaker mit eigener App zu bewerten sind, die Drittplattformen, die Inhalte aggregieren, voreingestellt haben. Das Beispiel war Sonos als Anbieter von Hardware und Services, das mit TuneIn³⁶, einer typischen und im Markt der beteiligten Radioanbieter nicht zu ignorierenden Plattform verbunden ist. Zugleich lässt Sonos andere Plattformen, wie etwa den Radioplayer zu, der seinerseits öffentlich-rechtliche und private deutsche Angebote bündelt.

Es geht TuneIn gerade nicht darum, ein Inhaltsangebot freigeistiger Radiostationen mit einer bestimmten Tendenz zu bündeln. Dies ist den Managern in Kalifornien völlig fremd. Sie wollen eine Aggregation erreichen, an

33 ModStV-Begründung, B. § 2, S. 13.

34 Dörr in: Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner/Cole/Wagner, Medienstaatsvertrag, Jugendmedienschutz-Staatsvertrag, 98. Lieferung, 10/2023, 2.1 Funktion, Rn. 112.

35 Zur Kritik daran Ory, aaO. (Fn.30), S. 479 f.

36 tunein.com, Stand 27.02.2024.

der niemand vorbeikommt, die ein Endgerät³⁷ – sei es wie Sonos für den Küchentisch oder Autohersteller mit Dashboards, wo früher Radiogeräte installiert waren – auf dem Markt anbietet. Es ist also zu klären, ob es ein „Gesamtangebot“ darstellt, wenn eine Plattform darauf abzielt, jedes Angebot „mitzunehmen“ und nur diejenigen Radioprogramme außer Acht lässt, die mit den von ihm vorgegebenen Konditionen, wie die Aufteilung der Einnahmen aus vorgeschalteten Werbespots nicht einverstanden sind – das ist mehr als die aus der oben zitierten Begründung technische Funktionsprüfung³⁸. Belegen die Radioanbieter, die sich der Macht der Plattform nicht beugen, dass es an dem Gesamtangebot fehlt, mit der für die Plattform angenehmen Folge, die Public Value-Vorgaben nicht beachten zu müssen?

Als Zwischenschritt der Gedankenführung soll laut.fm³⁹ in den Blick genommen werden. Das ist eine Plattform, auf der Nutzer ihr eigenes Web-radio machen können. Die Plattform klärt die Rechte mit den Urheberverwertungsgesellschaften, stellt die Infrastruktur und platziert im Gegenzug Werbung. Ein Angebot als Zulieferer für Endgerätehersteller findet nicht statt.

Stellt man beide Audio-Plattformen gegenüber, dann erfüllt laut.fm die von der Kommentierung zuvor hervorgehobene Funktion, Inhalte einem breiten Markt kostengünstig und nahezu ohne Zugangshindernisse zugänglich machen, die diese Möglichkeit nicht hatten. TuneIn hingegen will Angebote, die bereits selbst online verbreitet werden, zu einem einheitlichen Angebot zusammenstellen, das anstatt der Einzelangebote verbreitet und vor allem Dritten angeliefert wird. Damit ist laut.fm Medienintermediär. TuneIn will mit seiner technischen Funktion und organisatorischen Aggregation ein Gesamtangebot im Sinne der Begriffe des MStV schaffen und vermarkten. Es handelt sich um eine Medienplattform⁴⁰, die die Vorgaben der §§ 78 ff MStV, darunter das Ergebnis des Public Value-Verfahrens zu beachten hat.

37 Die Oberfläche wird von dem Anbieter des Endgeräts gebaut, der sich damit im Wettbewerb unterscheiden will.

38 Technische Klauseln finden sich in den bekannten Verträgen nur am Rande. Klauseln, die sich auf die kollektiven Verträge der Radioverbände APR und VAUNET mit GEMA und GVL beziehen, sind mit den Verbänden auf die Widerspruchsfreiheit geklärt.

39 laut.fm/pages/apply, Stand 27.02.2024.

40 Anders noch Ory, aaO. (Fn. 30), S. 480.

Das ist die Diskussion, die im Jubiläumsjahr 2024 zu TuneIn geführt wurde. Zu Beginn dieses Jahres wussten die Medienanstalten noch nicht, ob sie das Angebot als Medienplattform oder als Medienintermediär einschätzen wollten. Sie diskutierten zu dem Zeitpunkt also noch, ob TuneIn und letztendlich Sonos oder Automobilhersteller, die den Dienst auf Ihre Plattformen übernehmen, Normadressat des § 84 MStV sind.

V. Benutzeroberfläche nach dem MStV

Die Plattformregulierung des MStV macht auch an der Benutzeroberfläche (§ 2 Abs. 2 Nr. 15 MStV) fest. Sie dient „im Wesentlichen der unmittelbaren Ansteuerung“ von publizistischen Angeboten, wie sie oben skizziert sind. Es geht um „die textlich, bildlich oder akustisch vermittelte Übersicht über Angebote oder Inhalte einzelner oder mehrerer Medienplattformen, die der Orientierung dient“ – die moderne Form des „Fernsehprogramms“, das einst in der Tageszeitung täglich halbseitig veröffentlicht war. Neben der gebotenen Übersicht geht die Benutzeroberfläche weiter, denn sie ermöglicht unmittelbar die Auswahl von Angeboten, Inhalten oder softwarebasierten Anwendungen, welche im Wesentlichen die unmittelbare Ansteuerung von publizistischen Angeboten ermöglicht. Der gesetzlichen Definition sind nicht abschließende Beispiele beigelegt wie etwa „Angebots- oder Programmübersichten“, die entweder isoliert bestehen oder Teil einer Medienplattform (§ 2 Abs. 2 Nr. 15 lit. a, b MStV) sind. In § 2 Nr. 15 lit. c MStV genannte „visuelle oder akustische Präsentationen auch gerätegebundener Medienplattformen“ zielen nicht zuletzt auf Sprachassistenten ab.

In der Wahrnehmung des Gesetzgebers ist die Benutzeroberfläche etwas Bekanntes. Das war die TV-Fernbedienung, auf der plötzlich die Netflix-Taste auftauchte – im Übrigen auch keine Erfindung der Neuzeit, sondern ITT Schaub-Lorenz verkaufte im Jahr 1969/70 ein Transistorradio mit der „goldenen Taste“ für die Europawelle des Saarländischen Rundfunks;⁴¹ eine klare Bevorzugung auf der damaligen Benutzeroberfläche. Der Gesetzgeber dachte wohl auch an TV-Bildschirme, die sich zeigen, wenn das Gerät an den Strom angeschlossen wird. Hier soll sich das Fernsehen wiederfinden und nicht nur die Kacheln für Videoportale und Games, so die Diskussion nach dem Smart TV in der Begrifflichkeit der Funkausstellung des

41 [sr.de/sr/home/der_sr/radiomuseum_transistor_ersetzt_roehre_100.html](https://www.sr.de/sr/home/der_sr/radiomuseum_transistor_ersetzt_roehre_100.html), Stand 27.02.2024.

Jahres 2012. Hier ändert sich ebenfalls die Praxis zunehmend durch Apps, API-Schnittstellen, die von verschiedenen Anbietern zur Anzeige von Informationen Dritter genutzt werden und schließlich vom Betriebssystem, die das Ganze irgendwie zusammenhalten, mit der Folge, dass die rechtliche Einordnung im Einzelfall schwierig ist.

Für die Anwendung dieses Teils der Plattformregulierung kommt es darauf an, ob nur solche Benutzeroberflächen gemeint sind, die mit einer Medienplattform in irgendeiner Weise verbunden sind. Die Definition spricht einerseits davon, dass eine Benutzeroberfläche die Übersicht über die Angebote einzelner oder mehrerer Medienplattformen vermittelt, andererseits heißt es zugleich, dass sie nicht auch Teil einer Medienplattform sein muss (§ 2 Abs. 1 Nr. 15 lit. b MStV). Die Kommentierung⁴² sieht die Benutzeroberfläche „zwingend“ im Bezug zu einer Medienplattform, nicht erfasst seien Übersichten über Inhalte, die im Internet frei verfügbar oder in „offenen Angeboten“ wie sozialen Medien oder Suchdiensten enthalten sind; ebenso wenig seien Benutzeroberflächen von Mediatheken erfasst, die nicht der Regulierung als Medienplattformen unterfallen. Dem ist zuzustimmen mit der Erweiterung, dass jedenfalls eine Medienplattform von der Oberfläche umfasst sein muss – wenn sie daneben auch andere Angebote wie etwa Medienplattformen abdeckt, dann löst sich die Benutzeroberflächen nicht von der Bindung des MStV, sondern muss für jedenfalls die Angebotsteile, die als Medienplattform gelten, die Vorgaben der §§ 78 MStV einhalten.⁴³

VI. Anwendungsfall In-Car-Entertainment

Für die Praxis soll wieder auf das Beispiel der Aggregation von Audio-Angeboten hingewiesen werden. Ein Dashboard im Auto, das einen als Medienplattform zu wertenden Dienst einbindet, um etwa das Gesamtangebot von Radio softwaremäßig zu implementieren anstatt ein Radiogerät zu verbauen, zeigt den Insassen eine Benutzeroberfläche im Sinne des MStV und muss die Angebote von Public Value besonders leicht auffindbar machen.

42 Dörr in: Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner/Cole/Wagner, Medienstaatsvertrag, Jugendmedienschutz-Staatsvertrag, 98. Lieferung, 10/2023, § 2 MStV.

43 Martini in: Gersdorf/Paal, Informations- und Medienrecht, 2. Aufl., München 2012, § 2 MStV, Rn. 112.

In diesem Sinn hat die Kommission für Zulassung und Aufsicht (ZAK) der Medienanstalten im April 2024 im Fall von BMW entschieden. Mit der in Autos der Marken BMW und Mini verbauten Softwares („In-Car-Entertainment-System“) könnten zumindest DAB+-Angebote angesteuert werden, was im Fall der Zusammenstellung von solcher Programme auf einem Multiplex durch einen Plattformbetreiber eben eine infrastrukturgebundene Medienplattform sei.⁴⁴ Während die BMW-Anwendung nicht selbst als Medienplattform gewertet wurden, ordnete die ZAK in einem parallelen Fall⁴⁵ eine Anwendung von Tesla als solche ein, da sie verschiedene Medienangebote zu einem Gesamtangebot zusammenfasst. Diese Rechtsanwendung erscheint folgerichtig.

VII. Plattformregulierung im Unionsrecht

Zu dem hier weit als „Plattformregulierung“ verstanden Lebenssachverhalt finden sich im Unionsrecht an verschiedener Stelle Vorschriften. Es kann differenziert werden zwischen Vorschriften, die die Inhaltenanbieter und die Plattformen betreffen, sowie Vorschriften, die das Verhältnis der Plattformen zum Endnutzer im Auge haben.

Der wettbewerbliche Bereich zwischen Anbietern und Plattformen ist in Art. 7 Abs. 4a UGP-RL⁴⁶ angesprochen. Danach ist die Transparenz von Rankings von Suchmaschinen auf der Online-Benutzeroberfläche zur Verfügung zu stellen, jedoch bezogen auf Produkte im Rahmen von Online-Marktplätzen. Die Vorgabe ist national in § 5b Abs. 2 UWG umgesetzt worden.

44 Unter Berufung auf *Müller-Terpitz*, Rechtliche Einordnung von Audiosystemen und Sprachassistenten mit dem Fokus Auto, S. 21, medienanstalt-nrw.de/fileadmin/user_upload/NeueWebsite_0120/Presse/Pressemitteilung/Rechtsgutachten_Mueller-Terpitz_z_23112022.pdf.

45 [die-medienanstalten.de/service/pressemitteilungen/meldung/wegweisende-zak-entscheidung-erstmal-sind-in-car-entertainment-systeme-gegenstand-einer-medienrechtlichen-entscheidung](https://www.medienanstalten.de/service/pressemitteilungen/meldung/wegweisende-zak-entscheidung-erstmal-sind-in-car-entertainment-systeme-gegenstand-einer-medienrechtlichen-entscheidung).

46 Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) mit der Änderung vom 27. November 2019; ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2005/29/oj>, Stand 27.02.2024.

Auch Art. 5 P2B-VO⁴⁷ regelt im Verhältnis der Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten und der Anbieter von Online-Suchmaschinen zu ihren gewerblichen Nutzern, dass in den allgemeinen Geschäftsbedingungen die das Ranking bestimmenden Hauptparameter und die Gründe für die relative Gewichtung gegenüber anderen Parametern offenzulegen sind.

Art. 6 Abs. 5 DMA⁴⁸ geht über das Gebot der Transparenz im Rahmen des Ranking hinaus. Art. 6 Abs. 5 Satz 1 DMA untersagt die Selbstbevorzugung der Dienstleistungen und Produkte der Plattform gegenüber ähnlichen Dienstleistungen und Produkten eines Dritten beim Ranking der Produkte und der damit verbunden Konsequenzen. Das Ranking muss anhand transparenter, fairer und diskriminierungsfreier Bedingungen vorgenommen werden, Art 6 Abs. 5 Satz 2 DMA. Allerdings ist Normadressat ein „Torwächter“ (Gatekeeper) im Sinne des Art. 2 Abs. 1 DMA. Es muss sich um ein Unternehmen handeln, das zentrale Plattformdienste bereitstellt, worunter unter anderem Suchmaschinen, soziale Netzwerke und Video-Sharing Plattformen fallen (Art. 2 Abs. 2 lit. b, c und d DMA). Voraussetzung, die Verpflichtungen des Art. 6 DMA einzuhalten ist allerdings, dass ein Unternehmen ausdrücklich als Torwächter durch die Kommission benannt⁴⁹ ist, wozu Voraussetzung ist, dass es erheblichen Einfluss auf den Binnenmarkt hat, einen zentralen Plattformdienst bereitstellt, der gewerbliche Nutzern als wichtiges Zugangstor zu Endnutzern dient und zugleich hinsichtlich seiner Tätigkeiten eine gefestigte und dauerhafte Position inne hat oder absehbar ist, dass es eine solche Position in naher Zukunft erlangen wird (Art. 3 Abs. 1 DMA). Amazon ist von der Kommission benannt; eine entsprechende Klage des Unternehmens ist anhängig und hat im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zu einer teilweisen Aussetzung⁵⁰ des Benennungsbeschluss der Kommission geführt. Allerdings ist die Handels-

47 Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten; ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2019/1150/oj>, Stand 27.02.2024.

48 Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte); ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2022/1925/oj>, Stand 27.02.2024.

49 Zum Unterscheid dieses Procederes im Vergleich zum kartellrechtlichen Missbrauchsverfahren vgl. *Käsberg/Gappa* in: Podszun, Digital Markets Act, Baden-Baden 2023, Art. 3, Rn. 2.

50 Europäisches Gericht, Beschluss vom 27. September 2023, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=277901&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&>

plattform (Amazon Store) als der zentrale Plattformdienst benannt, nicht aber der Smart Speaker Alexa. Benannt sind zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses dieses Beitrages ferner unter anderem von Meta die Dienste Facebook und Instagram, sowie die Angebote Pinterest, Snapchat, TikTok und von Twitter der Dienst X.

Die wesentlichen Vorschriften für Benutzeroberflächen finden sich in Art. 25 bis 27 DSA⁵¹. Angesprochen sind Online-Plattformen und ihre Online-Schnittstellen. Eine Online-Plattform ist durch Art. 3 lit. i DSA als Hostingdienst definiert, der im Auftrag eines Nutzers Informationen speichert und öffentlich verbreitet. Eine Online-Schnittstelle ist eine Software, wozu auch Webseiten oder Teile davon sowie Anwendungen einschließlich mobiler Apps gehören (Art. 3 lit. m DSA); das ist eine bewusst weite Definition. Dies wird besonderes im Zusammenhang mit der Definition des „aktiven Nutzers einer Online-Plattform“ (Art. 3 lit. p DSA) ersichtlich, bei dem es sich um einen Nutzer eines Dienstes handelt, der eine Online-Plattform nutzt, indem er unter anderem „den Inhalten der Online-Plattform ausgesetzt ist“, die diese zur Verfügung stellt und über ihre Online-Schnittstelle verbreitet. Art. 25 DSA verbietet Täuschung und Manipulation und ähnliche Beeinträchtigungen der Nutzer, wie sie gemeinhin durch „Dark Pattern“ beschrieben werden. Art. 26 DSA macht Vorgaben für die Präsentation von Werbung. Wesentlich ist die Vorgabe der Transparenz für Empfehlungssysteme in Art. 27 DSA, was ausdrücklich für Angebote gilt, die für die Meinungsbildung relevant sind⁵². Im Gegensatz zum ursprünglichen Entwurf der Kommission⁵³ gilt die nun in Art. 27 DSA geregelte Pflicht für alle Plattformen und nicht nur die sehr großen Online-Plattformen. Die sehr großen Plattformen (Art. 33 DSA), VLOPs genannt, haben ein Risikomanagement (Art. 34 f DSA) zu betreiben, dass sich inhaltlich etwa auf die Verbreitung rechtswidriger Inhalte bezieht. Art. 27 DSA sieht vor, dass in den allgemeinen Geschäftsbedingungen für Online-Plattformen die wichtigsten positiven und negativen Parameter für die Empfehlungssysteme-

dir=&occ=first&part=1&cid=2846479; Rechtsmittel anhängig beim EuGH C-639/23 P(R), Stand 27.02.2024.

51 Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste); ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2022/2065/oj>, Stand 27.02.2024.

52 Grisse in: Hofmann/Raue, Digital Services Act, Baden-Baden 2023, Art. 27, Rn. 2.

53 COM(2020) 825 final; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0825>, Stand 27.02.2024.

me darstellt. Notwendig ist darzulegen, wie die Parameter beeinflusst werden. Positive Anforderungen mit dem Ziel der Vielfaltssicherung sind nicht ersichtlich.

Art. 17 EMFA⁵⁴ befasst sich mit Inhalten von Mediendiensteleistern auf VLOPs. Inhalteanbieter können sich unter Hinweis darauf, dass sie als solche einer Regulierung unterliegen, bei der Plattform registrieren. Falls diese einen Inhalt eines solchen Anbieters löschen oder die Sichtbarkeit einschränken will mit der Begründung, dass dieser Inhalt mit ihren Geschäftsbedingungen unvereinbar ist, muss die Plattform zuvor den Inhalteanbieter kontaktieren. Kommt im Dialog keine einvernehmliche Einigung zu Stande, kann sich das im EMFA neu geschaffene Board (Art. 8 EMFA) einschalten. Dieses bringt fallunabhängig zwischen Inhalteanbietern und den betroffenen Plattformen einen strukturierten Dialog in Gang (Art. 17 EMFA). Das ist keine Vorgabe zur Auffindbarkeit, jedoch ein Schutz der Inhalteanbieter und damit der Vielfalt durch ein *Procedere*.

Direkte Maßnahmen der Vielfaltssicherung erwähnt die AVMD-RL⁵⁵ in der aktuellen Fassung. Nach Art. 7a AVMD-RL können die Mitgliedstaaten Maßnahmen ergreifen, um eine angemessene Herausstellung audiovisueller Mediendienste von allgemeinem Interesse sicherzustellen; das entspricht im nationalen Recht § 84 Abs. 3 MStV und dem Public Value-Verfahren, wobei die Begründung nicht auf die unionsrechtliche Möglichkeit verweist. Zudem verlangt § 7b AVMD-RL von den Mitgliedstaaten, dass sie angemessene und verhältnismäßige Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass von Mediendienstanbietern bereitgestellte audiovisuelle Mediendienste nicht ohne die ausdrückliche Zustimmung dieser Anbieter zu kommerziellen Zwecken überblendet oder verändert werden; die nationale Umsetzung⁵⁶ erfolgt für Medienplattformen und Benutzeroberflächen in § 80 MStV betreffend Signalintegrität, Überlagerungen und Skalierungen.

54 European Media Freedom Act, Vorschlag vom 16. September 2022 COM/2022/457 final; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022P-C0457>, Stand 27.02.2024. Zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses für diesen Beitrag war im Trilog Einigkeit erzielt und eine Arbeitsfassung im Umlauf. Die zitierte Zifferfolge kann sich in der endgültigen Fassung ändern.

55 Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste); Konsolidierte Fassung 2018 ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2010/13/2018-12-18>, Stand 27.02.2024.

56 ModStV-Begründung, B. § 2, S. 41.

VIII. Unionsrecht vs. MStV?

Es existieren Regeln für Online-Plattformen auf nationaler und europäischer Ebene. Viele davon sind ohne direkten Blick auf die Sicherung der Vielfalt der Medieninhalte entstanden, sind aber auch auf medienrelevante Sachverhalte anwendbar, so insbesondere DSA und DMA. Die AVMD-RL ist längst der Kern des europäischen Medienrechts, dem zukünftig der EMFA zur Seite gestellt wird; beide beinhalten Regeln für Online-Plattformen. Es bestehen Parallelen und Überschneidungen⁵⁷ zum MStV. Als Beispiel sollen die Transparenzregeln für Empfehlungssystemen in Art. 27 DSA, die § 93 MStV mit Anforderungen an Medienintermediäre ähneln, weshalb die Auffassung vertreten⁵⁸ wird, § 93 Abs. 1 Nr. 2 MStV werde vollständig durch Art. 27 DSA verdrängt. Die Antwort auf die Frage, welche nationale Vorschrift weiter anwendbar ist, wo Unionsrecht Vorrang beanspruchen kann, ist vielschichtig⁵⁹ und soll hier nur für § 84 Abs. 3 MStV gegeben werden.

Art. 1 Abs. 5 DMA verbietet nationale Regeln an Gatekeeper betreffend bestreitbare und faire Märkte, lässt aber im Rahmen des sonstigen Unionsrechts Raum für nationale Verpflichtungen, die nicht in den Anwendungsbereich des DMA fallen. Beim DSA fehlt eine vergleichbare Regelung und Art. 2 Abs. 4 lit. a DSA stellt klar, dass die AVMD-RL unberührt bleibt. Öffnungsklauseln für die materielle nationale Plattformregulierung beinhalten DSA und DMA nicht. Der EMFA verhält sich, wie dargelegt, zu Fragen der Auffindbarkeit nicht.

Soweit sich die Festlegung von Angeboten des Public Value in § 84 Abs. 3 MStV und die Anforderung an Medienplattformen, diese besonders leicht auffindbar zu machen, auf Angebote im Anwendungsbereich der AVMD-RL bezieht, ist diese durch die neuen Rechtsakte unberührt. Wie oben dargelegt können Mitgliedstaaten nach Art. 7a AVMD-RL Regeln zur besonderen Auffindbarkeit erlassen, was § 84 Abs. 3 MStV stützt. Soweit die nationale Regelung sich auf Medieninhalte bezieht die jenseits des Anwendungsbereichs der AVMD-RL liegen, wie etwa reine Audio-Angebote, ist das neue Verordnungsrecht nach Art. 288 AEUV und nicht mehr

57 *Mailänder* kritisiert eine „ungeordnete Regelungsvielfalt“; *Mailänder* in: Die Kontrolle meinungsmächtiger Intermediäre, FS Dörr, Heidelberg 2022, S. 717 (720).

58 *Grisse*, aaO. (Fn.50), Rn. 49.

59 Vgl. *Kuhlmann*, Der Digital Services Act und seine Folgen für das nationale Medienrecht, ZUM 2023, 170.

die nationale Regelung auf den Sachverhalt anzuwenden. Allerdings verfügt die Union über keine primäre Zuständigkeit zur Vielfaltssicherung, sondern sie hat nach Art. 4 Abs. 2 AEUV die mediale Vielfaltssicherung als Kern der Identität eines jeden Mitgliedsstaates zu achten⁶⁰; sie kann diese inhaltlichen Sachverhalte nicht regeln. Dies wird durch Art. 169 Abs. 4 AEUV zur sogenannten Kulturhoheit der Mitgliedsstaaten unterstrichen. DSA und DMA regeln die ökonomischen Aspekte der Plattformen und jene des Verbraucherschutzes. Die dem Zweck der Vielfaltssicherung dienende nationale Regelung bleibt bestehen und ist neben dem anderen Zwecken dienenden Unionsrecht anwendbar.

Die Regelungen zum Public Value in § 84 Abs. 3 MStV als Teil der nationalen Plattformregulierung wird also durch das neue Recht der Union nicht verdrängt.

IX. Schlussbemerkung

Der hier untersuchte Teil der Plattformregulierung des MStV beinhaltet die besondere Auffindbarkeit von Public Value-Angeboten auf Medienplattformen und in Benutzeroberflächen. Der einschlägige § 84 Abs. 3 MStV wird durch Unionsrecht nicht obsolet, sondern ist neben den neuen Vorschriften insbesondere des DSA und des DMA anwendbar. Allerdings hat das mit Aufwand betriebene Public Value-Verfahren der Medienanstalten zwar eine Vielzahl von Angeboten als besonders vielfältig benannt, deren Konsequenzen daraus in der Praxis sehr überschaubar scheinen. Im Bereich Fernsehen hat sich an der bisherigen Praxis der Listung von Angeboten wenig geändert. Im Bereich Audio ist die Umsetzung der regional unterschiedlichen Listen durch Plattformen aufwendig. Außerdem haben die Medienanstalten die Pflicht wesentlicher Akteure, die regulatorischen Vorgaben als Medienplattformen oder Benutzeroberflächen beachten zu müssen, bislang nicht geklärt. Die bei der Rechtsanwendung aufgetretenen Schwierigkeiten beim Umgang mit den definierten Instrumenten sollte Anlass sein, die Regeln des MStV zeitnah zu evaluieren⁶¹ und zu schärfen.

60 Ausführlich *Cole/Ukrow/Etteldorf*, Zur Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedsstaaten im Mediensektor, Baden-Baden 2021, zB. S. 767.

61 Vgl. die Vorschläge von *Paal*, Vielfaltssicherung im Medienbereich im Lichte des Œuvres von Dieter Dörr, FS Dörr, Heidelberg 2022, S. 681 (698).

7. Datenrecht und Datenschutzrecht

Datenschutzrechtliche Anforderungen an Confidential Computing nach der DSGVO

Thomas Hoeren

Der Jubilar, zu dessen Festtag ich von Herzen gratulieren möchte, hat sich in den letzten Jahrzehnten vor allem in den Bereichen Medienpolitik und Persönlichkeitsrecht wissenschaftlich verdient gemacht. Seine breit aufgestellten Interessen hat er nicht nur in der gemeinsamen erfolgreich herausgegebenen Schriftenreihe zum Informationsrecht im Dreck verbracht dokumentiert, sondern mit den vielen epochalen Monographien und Aufsätzen.¹ Es ist mir daher eine besondere Ehre und Freude, zu dieser Festschrift beitragen zu dürfen durch einen Beitrag zu einem der großen Probleme des europäischen Datenschutzrechts.

Die DSGVO findet nach Art. 2 I DSGVO nur dann Anwendung, wenn personenbezogene Daten verarbeitet werden und diese Verarbeitung entweder ganz oder zumindest teilweise automatisiert erfolgt.² Aus einem Umkehrschluss dieses Anwendungsbereichs der DSGVO ergibt sich, dass sie gerade nicht gilt, wenn anonymisierte Daten verarbeitet werden (so auch ErwGr. 26 ergibt).³ Ist der Anwendungsbereich der DSGVO erst eröffnet, resultieren daraus viele Pflichten für Verantwortliche einer Datenverarbeitung und Rechte für Betroffene. Als Verantwortlicher im Sinne der DSGVO gilt gem. Art. 4 Nr. 7 DSGVO diejenige natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die allein oder gemeinsam über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet. Im Kontext dieses Festschriftbeitrags würde dies bedeuten, dass der Betreiber durch die wesentliche Entscheidungsbefugnis über Mittel und Zwecke der Verarbeitung als verantwortliche Stelle im Sinne der DSGVO anzusehen wäre. Wird der Dienst als Cloud-Service auf den Servern eines Cloud Service Providers (sog. CSP; bspw. AZURE) angeboten,

1 So etwa Persönlichkeitsschutz und Internet, München 2002; Privacy and the Media - A Comparative Perspective, München 2000.

2 Kühling/Buchner/Raab, 3. Aufl. München 2020, DS-GVO Art. 2 Nr. 1 Rn. 2; Gola/Heckmann, 3. Aufl. München 2022, DS-GVO Art. 2 Rn. 1 – 6.

3 Kühling/Buchner/Klar, DS-GVO Art. 4 Nr. 1 Rn. 31.

wäre dennoch der eigentliche Betreiber des Dienstes Verantwortlicher im Sinne der DSGVO, während ein CSP in diesem Kontext lediglich im Auftrag eines Verantwortlichen Daten verarbeitet und damit Auftragsverarbeiter (Art. 4 Nr. 8 DSGVO) einzuordnen ist, wenn personenbezogene Daten verarbeitet werden.⁴

I. Confidential Computing – was ist das?

Diese Pflichten aus Auftragsverarbeitung können eventuell auch im Falle von Confidential Computing gelten. Bei Confidential Computing handelt es sich um eine vergleichsweise neue Technologie, welche es ermöglicht, die eigentliche Verarbeitung (im technischen, nicht rechtlichen Sinne) von Daten zu verschlüsseln. Die bisher gängigen Verschlüsselungssysteme ermöglichen zwar den Schutz von Datenübertragungen (Data in transit) sowie den Schutz gespeicherter Daten (Data at rest), bei der eigentlichen Verarbeitung von Daten – also der Berechnung im Prozessor und Arbeitsspeicher – war eine Verschlüsselung bisher kaum (praxistauglich) möglich. Um dennoch eine verschlüsselte Datenverarbeitung zu ermöglichen – wodurch die drei grundlegenden Stadien von Daten (Data at rest, in transit, in use) verschlüsselt wären – werden sichere Ausführungsumgebungen geschaffen (allgemein sog. Trusted Execution Enviroments, TEEs), wodurch Daten auch im Prozessor verschlüsselt bleiben. Beim Confidential Computing werden die Daten innerhalb einer sog. sicheren Enklave verarbeitet, wodurch die Daten isoliert von anderen Verarbeitungsvorgängen verarbeitet werden, auch während der Verarbeitung grundsätzlich verschlossen bzw. versiegelt und damit vertraulich sind und auch ein Auslesen eines Speicherüberlaufs von dem Prozessor auf den Arbeitsspeicher durch eine Runtime-In-Memory-Encryption lediglich die Chiffre offenlegen würde.

Dadurch, dass Confidential Computing nunmehr – vorbehaltlich ordnungsgemäßer Umsetzung – eine Verschlüsselung aller Stadien von Daten (s.o.) ermöglicht, wird die Frage der Konsequenz dessen für das Datenschutzrecht immanent. Der Anwendungsbereich der DSGVO ist – wie sich aus einem Umkehrschluss zu Art. 2 Abs. 1 DSGVO sowie aus dem ErwGr.

4 Eingehend zu den datenschutzrechtlichen Beziehungen bei der Nutzung von Cloud-Diensten siehe Arnold/Günther/Hamann/Haußmann, Arbeitsrecht 4.0, 2. Aufl. München 2022, § 6 Rn. 119; Jotzo, Der Schutz personenbezogener Daten in der Cloud, 2. Aufl. Hamburg 2020, Teil 3 Rn. 132 ff.

26 ergibt⁵ – nicht für anonymisierte Daten eröffnet, sodass die strengen datenschutzrechtlichen Anforderungen der DSGVO nicht gelten würden, wären Daten, die mittels mit Confidential Computing verarbeitet werden, im Sinne der DSGVO anonymisiert.

Vor diesem Hintergrund wird die Frage virulent, ob Confidential Computing hier Abhilfe schaffen und bereits im ersten Schritt datenschutzrechtlicher Fragen dafür sorgen kann, dass der Anwendungsbereich der DSGVO schon gar nicht eröffnet wird, wenn Daten mittels Confidential Computing beim CSP verarbeitet werden. Davon wäre dann auszugehen, wenn die Daten im Sinne der DSGVO anonymisiert wären.

II. Anonymisierung

Im Folgenden wird daher untersucht, ob mittels Confidential Computing verarbeitete Daten als anonymisiert anzusehen sind, wobei hierzu zunächst in Frage kommenden Perspektiven dargestellt werden, in denen anonymisierte Daten überhaupt sinnvoll erscheinen (1), bevor – auch vor dem Hintergrund eines neuerlichen Urteils des EuG – der Begriff der anonymisierten Daten herausgearbeitet (2) und im Kontext von Confidential Computing subsumiert wird (3).

1. Konstellationen der Anonymisierung

Anonymisierte Daten im Sinne der DSGVO liegen nur dann vor – so viel vorweggenommen – wenn diese sich nicht auf eine identifizierte oder identifizierbare Person beziehen oder einst personenbezogene Daten jeglichen Personenbezug durch die Elimination identifizierender Merkmale verlieren.⁶ Im Regelfall wird ein Verantwortlicher einer Datenverarbeitung wenig mit anonymisierten Daten anfangen können, sondern im Zweifelsfalle auch auf den Klartext dieser Daten zugreifen müssen. Dies gilt insoweit auch für verschlüsselte Daten – unabhängig von der Frage, ob diese im Sinne der DSGVO in verschlüsselter Form noch als personenbezogene Daten

5 Kühling/Buchner/Klar, DSGVO, 3. Aufl. München 2020, DS-GVO Art. 4 Nr. 1 Rn. 31.

6 Kühling/Buchner/Klar, DS-GVO Art. 4 Nr. 1 Rn. 31.

anzusehen sind. Zur tatsächliche Nutzung müssen die Daten im Regelfall im Klartext und nicht als verschlüsselter Ciphertext vorliegen.⁷

Damit stellt die Frage nach der Anonymisierung von Daten durch Confidential Computing allerdings nur in einem Szenario, in dem die Daten nicht allein durch den Verantwortlichen genutzt werden, sondern daneben eine weitere Stelle beispielsweise zur Durchführung von Berechnungen, Speicherung oder zum Hosting eines Softwaresystems, in dem die Daten implementiert werden, Zugriff auf diese erhält.

Wäre dagegen auch der Verantwortliche einer Datenverarbeitung nicht an den Klardaten mit Personenbezug interessiert, bedürfte es schon – aus Sicht des Datenschutzrechts – keines Confidential Computings. Die Daten ließen sich dann bereits beim Verantwortlichen (beispielsweise unmittelbar bei der erstmaligen Erhebung) anonymisieren, sodass – ggf. abgesehen vom Anonymisierungsvorgang selbst – keine weiteren, der DSGVO unterfallenden Datenverarbeitungsvorgänge mehr vorlägen. Confidential Computing würde dann einzig als Aspekt der Datensicherheit (im Sinne eines Geheimnisschutzes) in Betracht kommen

Gegenstand der folgenden Betrachtung ist damit einzig die Perspektive, dass eine Anonymisierung durch Confidential Computing gegenüber einer vom eigentlichen Verantwortlichen verschiedenen datenverarbeitenden Stelle (beispielsweise einem SaaS-Anbieter, Cloud-Hoster etc.) erfolgen könnte. Damit lägen zwar beim Verantwortlichen weiterhin personenbezogene Daten mit den damit verbundenen datenschutzrechtlichen Verpflichtungen vor, allerdings könnte es – bei der Annahme einer Anonymisierung im Rechtssinne – bei der Verarbeitung durch Dritte unter Einsatz von Confidential Computing zu erheblichen rechtlichen Erleichterungen für den Verantwortlichen und der verarbeitenden Stelle kommen.

2. Anonymisierte Daten im Sinne der DSGVO – absolute oder relative Betrachtung?

Die DSGVO selbst regelt einzig den Umgang mit personenbezogenen Daten und gibt Anhaltspunkte, wann von einem Personenbezug auszugehen ist. Wann anonymisierte Daten vorliegen und wie mit diesen zu verfahren ist, wird von der DSGVO dagegen weitestgehend offengelassen und kann

7 *Erbguth*, Datenschutzkonforme Verwendung von Hashwerten auf Blockchains, MMR 2019, 654 ff.

einzig mittels Umkehrschluss der Regelungen zum Vorliegen eines Personenbezuges ermittelt werden.⁸

a) Identifizierte oder identifizierbare natürliche Personen

Einigkeit besteht insoweit darin, dass anonyme Daten das Gegenteil von personenbezogenen Daten sind.⁹ Der ErwGr. 26 der DSGVO nimmt dann das Vorliegen von anonymisierten Informationen an, wenn sich diese „nicht auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen“ oder, wenn „personenbezogene Daten in der Weise anonymisiert worden sind, dass die betroffene Person nicht oder nicht mehr identifiziert werden kann“. Während anonyme Daten nur am Rande Erwähnung in der DSGVO finden, sind dagegen pseudonyme Daten – als Unterfall der Verarbeitung personenbezogener Daten¹⁰ – umfassend geregelt. Aufgrund ähnlicher Zielrichtungen von Pseudonymisierung und Anonymisierung – dem Entfernen des Personenbezuges – müssen beide Begriffe im Zusammenhang betrachtet werden. Nach Art. 4 Nr. 5 DSGVO handelt es sich bei einer Pseudonymisierung um eine „Verarbeitung personenbezogener Daten in einer Weise, dass die [...] Daten ohne Hinzuziehung zusätzlicher Informationen nicht mehr einer spezifischen betroffenen Person zugeordnet werden können, sofern diese zusätzlichen Informationen gesondert aufbewahrt werden und technischen und organisatorische Maßnahmen unterliegen, die gewährleisten, dass die personenbezogenen Daten nicht einer identifizierten oder identifizierbaren natürlichen Person zugewiesen werden.“

Bei der Beurteilung des Vorliegens einer Pseudonymisierung ist damit nach der Legaldefinition der DSGVO ebenfalls die Perspektive entscheidend. Dadurch, dass die DSGVO auf das (Nicht-) Vorliegen von und den Zugang zu „zusätzlichen Informationen“ abstellt, wird die Frage virulent, wann solche zusätzlichen für eine Re-Identifizierung genutzt werden können und welche rechtlichen Konsequenzen es hat, wenn eine verarbeitende Stelle einzig auf die pseudonymen Daten zugreifen kann, ihr aber der Zugang zu den zusätzlichen Informationen, ohne die ein Personenbezug nicht hergestellt werden kann, rechtlich und/oder technische verwehrt wird. Aus

8 Gierschmann, ZD 2021, 482, (482).

9 Kühling/Buchner/Klar, Datenschutzgrundverordnung BDSG, Kommentar, 3. Aufl. München 2020, DS-GVO Art. 4 Nr. 1 Rn. 31; Gierschmann, ZD 2021, 482, (482).

10 Schild, BeckOK DatenschutzR, Art. 4 Rn. 78.

der Perspektive dieser verarbeitenden Stelle lässt sich ein Personenbezug nicht (ohne Weiteres) herstellen, theoretisch bleibt dies jedoch für andere Stellen (bspw. den Verantwortlichen der Datenverarbeitung, bei dem die Informationen zur Re-Identifizierung liegen, weiter möglich). In einer solchen Konstellation wird deutlich, dass Anonymisierung und Pseudonymisierung, je nach der Perspektiv, unter Umständen fließend ineinander übergehen, wenn der Ausschluss des Zugriffs auf die identifizierenden zusätzlichen Informationen für die jeweilige Stelle bedeuten würde, dass es zu einer Anonymisierung im Rechtssinne kommt, auch wenn einer anderen Stelle die Re-Identifizierung ohne weiteres möglich ist.

In diesem Zusammenhang kann allerdings nur dann von einer Anonymisierung ausgegangen werden, wenn diese nicht erfordert, dass eine Re-Identifizierung tatsächlich (objektiv) – unabhängig der Perspektive – für Jedermann unmöglich sein muss. Ein solcher objektiver (oder auch absoluter) Ansatz wurde zwar in der Vergangenheit noch diskutiert,¹¹ ihm wird jedoch in Rechtsprechung und Literatur überwiegend nicht gefolgt.¹² Der EuGH stellt bei der Beurteilung, ob nach dem relativen Ansatz für eine bestimmte Stelle der Personenbezug der Daten besteht darauf ab, ob die verarbeitende Stelle die zur Re-Identifizierung notwendigen Mittel vernünftigerweise zur Wiederherstellung des Personenbezuges einsetzen kann.¹³ Von der Möglichkeit der Re-Identifizierung kann nach Ansicht des Gerichts dann vernünftigerweise nicht ausgegangen werden, wenn der betreffenden Stelle die Identifizierung gesetzlich verboten oder diese praktisch nicht durchführbar wäre. Letzteres kann wiederum angenommen werden, wenn die Re-Identifizierung mit einem unverhältnismäßigen Aufwand an Zeit, Kosten und Arbeitskräften einherginge.¹⁴ Das Gericht nimmt damit eine risikobasierte und vom jeweiligen Bearbeitungskontext abhängige Beurteilung vor.¹⁵

Auch wenn in der rechtswissenschaftlichen Literatur weitestgehend Einigkeit darüber besteht, dass die zuvor genannten Grundsätze eines relativen Ansatzes sowie einer risikobasierten Betrachtungsweise auch für die

11 so u.a. *Brink*, ZD 2015, 1 (1).

12 *Gola/Heckmann/Pötters*, Datenschutzgrundverordnung, BDSG, Kommentar, DSGVO Art. 89 Rn. 12; *Gierschmann*, ZD 2021, 482, (483); *Roßnagel*, ZD 2018, 243, (244).

13 EuGH, Urteil vom 19.10.2016 – C-582/14 – Breyer, Rn. 43, 46.

14 EuGH, Urteil vom 19.10.2016 – C-582/14 – Breyer, Rn. 46.

15 *Gierschmann*, ZD 2021, 482, (483).

Anonymisierung im datenschutzrechtlichen Sinne gelten müssen, haben sich die (europäischen) Gerichte dazu bislang nicht eindeutig positioniert.

b) Zur Abgrenzung pseudonymisierter, anonymisierter und personenbezogener Daten nach dem Urteil des EuG vom 26.4.2023

Erstmalig hat sich ein europäisches Gericht – hier der EuG – mit dem Urteil v. 26.4.2023 – T-557/20 eindeutig zu der Frage nach dem relativen Ansatz der Personenbeziehbarkeit insoweit positioniert, als dass das Gericht festgestellt hat, dass pseudonymisierte Daten dann nicht als personenbezogene Daten gelten, wenn ein Datenempfänger nicht über die Mittel verfügt, die betroffenen Personen zu Re-Identifizieren, auch wenn die übermittelnde Stelle über solche verfügt.¹⁶ Die Entscheidung ist für die Frage, welchen Einfluss Confidential Computing auf datenschutzrechtliche Pflichten von Verantwortlichen und Auftragsverarbeitern haben kann, von entscheidender Bedeutung.

Hintergrund der Entscheidung

Die Verfahrensbeteiligten streiten sich im Wesentlichen um die Frage, ob pseudonymisierte Daten, die an Dritte übermittelt werden, auch dann als personenbezogene Daten anzusehen sind, wenn dem Empfänger die Entschlüsselung der Daten nicht möglich ist. Das Gericht der Europäischen Union (EuG) hatte zu klären, ob im Rahmen des dafür erforderlichen Personenbezugs von Daten auf die Identifizierungsmöglichkeiten der konkreten, datenverarbeitenden Stelle (relativer Ansatz) oder aber einer beliebigen dritten Person (absoluter Ansatz) abzustellen ist.¹⁷ Damit musste zugleich die Frage der Abgrenzbarkeit pseudonymisierte (oder sogar anonymisierter) Daten von personenbezogenen Daten entschieden werden.

Wie bereits dargestellt sind pseudonymisierte Daten personenbezogene Daten, die nur unter Hinzuziehung zusätzlicher Informationen die Zuordnung zu einer bestimmten Person ermöglichen. Pseudonymisierte Daten eröffnen demnach grundsätzlich den Anwendungsbereich des Datenschutzrechts. Anonymisierte Daten lassen hingegen keine Zuordnung zu einer bestimmten oder bestimmbarer Person zu.¹⁸ Auch unter Hinzuziehung zusätzlicher Informationen können danach grundsätzlich keine Rückschlüsse

16 EuG Urt. v. 26.4.2023 – T-557/20, BeckRS 2023, 8240, Rn. 90, 104.

17 Überblick zu den vertretenen Ansichten bei Breyer, ZD 2015, 365.

18 Paal/Pauly/Ernst, DS-GVO BDSG, Art. 4 Nr. 5 Rn. 48.

auf die Identität des Betroffenen gezogen werden, sodass diese Daten – wie gezeigt – nicht dem Datenschutzrecht unterliegen.

Zugrundeliegender Sachverhalt

Die Single Resolution Board (SRB) ist ein einheitlicher Abwicklungsausschuss, der die ordnungsgemäße Abwicklung insolvenzbedrohter Finanzinstitute in Europa gewährleisten soll. Im Verfahren gegen eine spanische Bank sollten Anteilseigner und Gläubiger mittels elektronischem Formular eine Stellungnahme abgeben. Die Stellungnahmen wurden zur Auswertung an ein Beratungsunternehmen weitergegeben, wobei die Namen der Befragten zum Zwecke der Anonymisierung durch einen Code ersetzt wurden. Die Zuordnung der Stellungnahmen zu den Anteilseignern und Gläubigern war nur durch den Zugriff auf die Datenbank des SRB möglich, wobei diese Möglichkeit für das datenerhaltende Beratungsunternehmen nicht bestand.

Der Europäische Datenschutzbeauftragte (EDSB) sah darin einen Verstoß gegen Art. 15 Abs. 1 lit. d) Verordnung (EU) 2018/1725 (EU-Datenschutzverordnung; Geltung für Organe der Union, viele wortgleiche Regelungen zur DSGVO). Die Daten der Gläubiger seien nach Ansicht des EDSB lediglich in pseudonymisierte Form übermittelt worden, sodass es sich weiterhin um personenbezogene Daten handle. Die Befragten wurden zudem nicht über die Übermittlung informiert. Der SRB war hingegen der Auffassung, dass die übermittelten Daten keine Wiederherstellung des Personenbezugs ermöglichen, es handle sich vielmehr um anonymisierte Daten auf welche die Vorschriften der Verordnung nicht anwendbar seien.

Die Entscheidung des Gerichts

Das EuG legte in seinem Urteil vom 26.4.2023 bei der in der vorliegenden Rechtssache (T-557/20) maßgeblichen Auslegung des Merkmals der „identifizierbare[n] natürliche[n] Person“ im Sinne von Art. 3 Nr. 1 der VO 2018/1725 die gleichen Maßstäbe zugrunde, wie zuvor der EuGH in seinem Urteil vom 19.10.2016 in Bezug auf „personenbezogene Daten“ im Sinne von Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 95/46/EG¹⁹ (identische Begrifflichkeiten wie inzwischen die DSGVO). Daraus ergeben sich nach Ansicht des Gerichts die folgenden – oben bereits dargestellten – Grundsätze bei der Bestimmung des Personenbezugs: Nach dem absoluten Ansatz seien bei der Frage der Bestimmbarkeit der Person alle dem Verantwortlichen für die Verarbei-

19 EuG Urt. v. 26.4.2023 – T-557/20, BeckRS 2023, 8240, Rn. 88 f.; EuGH Urt. v. 19.10.2016 – C-582/14 – Breyer/Deutschland = NJW 2016, 3579.

tung oder jedem Dritten zur Verfügung stehende Mittel zu berücksichtigen und damit die Identifizierbarkeit rein objektiv zu betrachten.²⁰ Nach dem relativen Ansatz sei im Sinne einer subjektiven Betrachtungsweise hingegen nur auf die Identifizierungsmöglichkeiten des jeweiligen verantwortlichen abzustellen.²¹ Der EuGH hat sich im Grundsatz zwar – wie gezeigt – dem relativen Ansatz angeschlossen, daran jedoch einschränkende Anforderungen geknüpft. So sei grundsätzlich auf die Perspektive der verantwortlichen Stellen und nicht auf die eines Dritten abzustellen. Gleichzeitig muss der Verantwortliche dabei auch das Wissen oder die Mittel Dritter berücksichtigen, soweit diese vernünftigerweise anhand objektiver Kriterien zur Bestimmung der betreffenden Person eingesetzt werden können (siehe oben).

Einordnung des Urteils

Das EuG führt mit seinem Urteil das durch den EuG geprägte, gemäßigte relative Verständnis der Personenbezogenheit von Daten fort. Dabei hat das EuG nochmal klargestellt, dass nur entscheidend sei, ob der Datenempfänger über die Mittel zur Rückidentifizierung verfüge. Dass der Datenübermittler zur Rückidentifizierung in der Lage ist, sei irrelevant.²²

Dass sich das EuG dem relativen Ansatz anschließt, ist aus praktischer Sicht zu begrüßen, würde ein absolutes Verständnis des Personenbezuges doch zu einer übermäßigen Ausdehnung des Datenschutzrechts führen. Darüber hinaus wäre der Verantwortliche, mangels rechtssicherer Erkenntnismöglichkeit, ob eine Individualisierung der Daten nicht doch technisch möglich ist, einem erheblichen Maß an Rechtsunsicherheit ausgesetzt.²³

Praxisfolgen des Urteils allgemein

Sobald das Urteil rechtskräftig geworden ist, hat es aufgrund der Wortlautidentität der streitentscheidenden Normen (Art. 3 Nr. 1 und Art. 15 Abs. 1 lit. d) VO 2018/1725) mit Art. 4 Nr. 1 beziehungsweise Art. 13 Abs. 1 lit. e) DSGVO auch für die Auslegung der DSGVO hohe Relevanz.²⁴ Es ist davon auszugehen, dass die europäische Rechtsprechung auch in Bezug auf die DSGVO einen relativen Ansatz, wenn auch mit Einschränkungen, vertreten wird. Für die Praxis bedeutet dies, dass grundsätzlich nur die jeweilige datenverarbeitende Stelle prüfen muss, ob ihr die Re-Identifizierung der Daten möglich ist. Nach der neuerlichen EuG-Entscheidung, welche sich

20 Breyer, ZD 2014, 400 (400).

21 Ausführlich dazu Kühling/Klar, NJW 2013, 3611 (3614 f.).

22 EuG Ur. v. 26.4.2023 – T-557/20, BeckRS 2023, 8240, Rn. 96.

23 Taeger/Gabel/Arning/Rothkegel, DSGVO – BDSG – TTDSG, Kommentar, 4. Auflage, Frankfurt a.M. 2022, DSGVO Art. 4 Rn. 35.

24 Desgens-Pasanau, La Protection des données personnelles, Paris 2016, S. 14.

maßgeblich an den Kriterien des EuGH orientiert, müssen dabei aber auch die einschränkenden Anforderungen berücksichtigt werden, wonach auch das Wissen und die Mittel Dritter zur Identifizierbarkeit beachtlich sind, sofern die Identifizierung nicht gesetzlich verboten oder praktisch undurchführbar ist.

Aus der Rechtsprechung geht aber weiterhin nicht genau hervor, wie mit anderen Personen umzugehen ist, die keine Verantwortlichen im Sinne von Art. 4 Nr. 7 DSGVO sind. In dem Urteil hat das EuG vor diesem Hintergrund ausdrücklich gerügt, dass der europäische Datenschutzbeauftragte nicht hinreichend geprüft habe, ob eine Person, die nicht Verantwortlicher ist, derer sich der Verantwortliche aber bedient, zur Re-Identifizierung in der Lage ist.²⁵ Damit dürfte der Frage, wie die Personenbeziehbarkeit von Daten aus Perspektive von anderen Akteuren als den Verantwortlichen zu bewerten ist, eine neue Relevanz zukommen. Aus dem EuG Urteil geht insoweit aber hervor, dass jedenfalls zu prüfen wäre, ob die Dritt-Stelle, welche Daten übermittelt bekommt, das Recht habe, auf die zusätzlichen, identifizierenden Informationen zuzugreifen und so ein Zugriff auch tatsächlich durchführbar wäre. Sofern eine solche Möglichkeit nicht bestünde, sei nicht davon auszugehen, dass sich die übermittelten Daten auf eine „identifizierbare Person“ beziehen.²⁶

3. Fazit zur (Nicht-) Identifizierbarkeit von Personen

Aus dem Vorgenannten ergibt sich eine Gemengelage verschiedenster abstrakter Anforderungen, die an das (Nicht-) Vorliegen der Personenidentifizierbarkeit zu stellen sind. Trotz einzelner Urteile zu dieser Thematik fehlt bislang jedoch eine eindeutige Positionierung des obersten europäischen Gerichts (EuGH). Zwar bietet das neue EuG Urteil erstmalig konkrete Anhaltspunkte zur Eröffnung des Anwendungsbereichs des Datenschutzrecht im Falle übermittelter, pseudonymisierter Daten, nichts destotrotz verbleiben weiterhin Rechtsunsicherheiten hinsichtlich der Beurteilung der Re-Identifizierbarkeit und den Pflichten, die Verantwortliche bezüglich des Zugangs zu identifizierenden, zusätzlichen Informationen treffen.

Dennoch lassen sich konkrete Anforderungen an anonyme Daten stellen: sowohl der EuGH als auch das sich auf die EuGH Entscheidung berufende

25 EuG Urt. v. 26.4.2023 – T-557/20, BeckRS 2023, 8240, Rn. 103.

26 EuG Urt. v. 26.4.2023 – T-557/20, BeckRS 2023, 8240, Rn. 103.

EuG gehen davon aus, dass eine Re-Identifizierbarkeit nicht vollständig ausgeschlossen sein muss. Vielmehr wird ein risikobasierter Ansatz vertreten. Das Risiko, dass es zu einer Re-Identifizierung kommen kann, muss gering – nicht aber völlig ausgeschlossen – sein. Zur Beurteilung der Wahrscheinlichkeit des Risikoeintritts sind dabei gerade auch die Risiken der Identifizierung durch Dritte bzw. das Zusatzwissen Dritter zu berücksichtigen, soweit ein Zugriff auf dieses Zusatzwissen aus Perspektive der jeweils beurteilten datenverarbeitenden Stelle vernünftigerweise zu erwarten ist.²⁷ ErwGr. 26 DSGVO gibt ferner vor, dass bei der Risikoabwägung auch die zum Zeitpunkt der Verarbeitung verfügbaren Technologien und technologischen Entwicklungen zu berücksichtigen sind – bei der dauerhaften Nutzung von Daten beispielsweise im Rahmen eines SaaS-Dienstes muss damit die Risikobewertung laufend durchgeführt und aktualisiert werden. Die Maßstäbe der Risikobeurteilung ergeben sich aus einer Zusammenschau der besprochenen Urteile und variieren je nach Art der Daten, des Verarbeitungskontextes und der jeweiligen verarbeitenden Stelle, insbesondere in deren Beziehung zum datenschutzrechtlich Verantwortlichen.

Eine umfassende Risikobeurteilung und die dazu erforderliche technisch-rechtliche Bewertung von Confidential Computing führt – vorbehaltlich einer eingehenden IT-Sicherheitstechnischen Überprüfung der getroffenen Annahme – in bestimmten Konstellationen zu der Erkenntnis, dass nach dem relativen, risikobasierten Ansatz von einer Anonymität der so verarbeiteten Daten ausgegangen werden kann. Das Ergebnis der Risikobeurteilung zeigt insoweit auf, dass der für eine Re-Identifizierung erforderliche Aufwand bei einer datenverarbeitenden Stelle, die keinen Zugriff auf den Schlüssel hat, so unverhältnismäßig ist, dass damit nach dem Stand der Wissenschaft und Technik sowie der allgemeinen Lebenserfahrung nicht zu rechnen ist. Aufgrund möglicher technischer Entwicklungen kann jedoch nicht von einer zeitlich unbegrenzten Anonymisierung ausgegangen werden – vielmehr machen es dauerhafte Neuentwicklungen erforderlich, dass die Risikoeinschätzung im Zuge eines dauerhaften Monitorings während der gesamten Verarbeitungstätigkeit laufend erfolgt. Eine technische Umsetzung der sogenannten Kryptoagilität bietet hier die Möglichkeit, die genutzten Verschlüsselungen laufend an den aktuellen Stand der technischen Forschung anzupassen.

27 So auch *Gierschmann*, ZD 2021, 482, (483).

Kreditscoring und Datenschutz

Katja Langenbucher

Einen Festschriftbeitrag für Georgios Gounalakis zu verfassen, ist Freude und Herausforderung zugleich. Freude, weil es die Gelegenheit eröffnet, einen ehemaligen Kollegen zu ehren. Herausforderung, weil sich die wissenschaftlichen Arbeitsgebiete von Georgios Gounalakis und der Verfasserin dieser Zeilen leider allenfalls in Randgebieten überschneiden. Besonders ertragreich war vor diesem Hintergrund der Blick in Georgios Gounalakis' umfangreiches Publikationsverzeichnis, das neben dem Medien- und Urheberrecht, der Rechtsvergleichung, dem Kartellrecht und dem Recht des unlauteren Wettbewerbs auch zahlreiche Beiträge zum Datenschutzrecht enthält. Dazu zählen etwa rechtsvergleichende Überlegungen zum Persönlichkeitsschutz,¹ die Auseinandersetzung mit der ehemaligen EG-Datenschutzrichtlinie² sowie die Kommentierung des Teledienstedatenschutzgesetzes.³ Vor diesem Hintergrund darf angenommen werden, dass die folgenden Überlegungen zum Datenschutz im Kontext des Kreditscorings auf Interesse des Jubilars stoßen.

I. Scoring und Datenbedarf

Den Abschluss eines Kreditvertrages kennzeichnet eine Informationsasymmetrie zwischen Kreditgeber und Kreditnehmer. Das Interesse des Kreditnehmers richtet sich auf die Offenlegung solcher Daten, die seine Kreditwürdigkeit stärken. Anreize, gegenläufige Daten bekannt zu machen,

-
- 1 G. Gounalakis, *Privacy and the Media – A Comparative Perspective*, München 2000.
 - 2 G. Gounalakis/W. Radke, *Das Verhältnis des Internationalen Privatrechts zum Europäischen Gemeinschaftsrecht am Beispiel des Diskriminierungsverbots (Art. 6 EGV), der Niederlassungsfreiheit (Art. 52, 58 EGV) und des Kollisionsrechts der EG-Datenschutzrichtlinie*, ZVglRWiss 98 (1999), 1.
 - 3 Kommentierung des Gesetzes über den Datenschutz bei Telediensten (Teledienstedatenschutzgesetz – TDDSG) v. 22.7.1997, in: *Das Deutsche Bundesrecht*, Baden-Baden 1998–2006.

dürften demgegenüber eine Seltenheit sein.⁴ Genau umgekehrt verhält es sich mit dem Kreditgeber, der privat- und bankaufsichtsrechtlich gehalten ist, im Interesse der Finanzstabilität aber auch des Schutzes des potenziellen Kreditnehmers, dessen Bonität sorgfältig unter die Lupe zu nehmen. Scoring-Unternehmen, wie insbesondere die deutsche Schufa, bieten in dieser Situation Hilfestellung. Sie sammeln unterschiedliche Daten über potenzielle Kreditnehmer und erstellen auf der Basis statistischer Modelle eine Prognose über die individuelle Kreditwürdigkeit.⁵ Kreditgeber ziehen diese sodann bei der Entscheidung über die Gewährung von Kredit sowie bei der Gestaltung von Konditionen heran.

Die Verarbeitung von Daten bildet somit für Kreditscoring-Agenturen einen zentralen Bestandteil ihrer Arbeit. Das gilt für die herkömmlichen Daten, welche die Schufa verarbeitet. Zunehmend richtet sich der Blick allerdings auch auf sogenannte „alternative Daten“, welche aus Internetquellen und sozialen Medien gewonnen werden können.⁶

II. Zulässigkeit der Datenverarbeitung

Liegen personenbezogene Daten nach Art. 4 Nr. 1 DSGVO und eine Verarbeitung nach Art. 4 Nr. 2 DSGVO vor, gelten zunächst einmal die in Art. 5 DSGVO festgehaltenen Grundsätze für deren Verarbeitung. Das sind insbesondere der Transparenzgrundsatz, die Zweckbindung, die Datenminimierung, die Richtigkeit und Integrität. Die Zulässigkeit der Datenverarbeitung durch eine Scoring-Agentur richtet sich außerdem nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO. Geht es um sensible Daten, aus denen beispielsweise die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen oder religiöse

4 P. Tilk, Die Quantifizierung des Vertrauens, Berlin 2024, S. 41 f.

5 K. Langenbucher, Responsible A.I.-based Credit Scoring – A Legal Framework, *European Business Law Review* 31 (2020), 527; J. Lauer, Creditworthy, A History of Consumer Surveillance and Financial Identity in America, New York 2017.

6 Hierzu Langenbucher *European Business Law Review* 31 (2020), 527; J. Adolff/K. Langenbucher, Kreditscoring: von Auskunfteien zu künstlicher Intelligenz, in: M. Hoffmann-Becking/P. Hommelhoff (Hrsg.), *Festschrift für Gerd Krieger zum 70. Geburtstag*, München 2020, S. 1; K. Langenbucher, Consumer Credit in the Age of AI – Beyond Anti-discrimination Law, *European Corporate Governance Institute Law Working Paper* N° 663/2022, Februar 2023, abrufbar unter http://ssrn.com/abstract_id=4275723 (letzter Abruf 18.1.2024); K. Langenbucher/P. Corcoran, Responsible AI Credit Scoring – A Lesson from Upstart.com, in: E. Avgouleas/H. Marjosola (Hrsg.), *Digital Finance in Europe: Law, Regulation, and Governance*, Band 5, Berlin 2022, 142; Überblick bei Tilk, *Quantifizierung* (Fn. 4), S. 74 ff.

Überzeugungen hervorgehen, um genetische oder biometrische Daten oder Daten zur sexuellen Orientierung, enthält Art. 9 Abs. 1 DSGVO im Grundsatz ein Verarbeitungsverbot. Die Art. 9 Absätze 2 und 3 DSGVO statuieren Ausnahmen hiervon. Diese reichen von der ausdrücklichen Einwilligung (lit. a), über die Verarbeitung bewusst öffentlich gemachter Daten (lit. e) bis zur Erforderlichkeit der Verarbeitung auf der Grundlage eines angemessenen und verhältnismäßigen nationalen Gesetzes, welches angemessene Rechte für den Betroffenen vorsieht (lit. g).

III. Rechte des Datensubjekts

Die Art. 12–23 DSGVO enthalten einen umfangreichen Katalog an Rechten des Datensubjekts. Diese umfassen zunächst einmal die transparente Information mit Blick auf die Ausübung dieser Rechte, Art. 12 DSGVO. So ist bei Erhebung personenbezogener Daten die betroffene Person zu informieren, Art. 13 DSGVO, auch steht ihr ein Auskunftsrecht zu, Art. 15 DSGVO. Die Art. 16–20 DSGVO enthalten Rechte auf Berichtigung und Löschung. Art. 21 DSGVO gewährt ein Widerspruchsrecht für bestimmte Situationen und Art. 22 DSGVO Rechte bei automatisierten Entscheidungen.⁷

Die Bedeutung dieser Rechte für den Kreditbewerber liegt auf der Hand. Weil dessen „Benotung“ durch Vergabe eines Scores vor dem Hintergrund datengetriebener statistischer Modelle erfolgt,⁸ prägt das eigene Datenprofil die Einordnung durch die Scoring-Agentur. Sachlich unzutreffende Daten können zu einem nicht gerechtfertigten schlechten Score führen. Art. 16 DSGVO erlaubt deshalb die Berichtigung unrichtiger personenbezogener Daten. Art. 17 DSGVO kodifiziert für bestimmte Situationen ein Recht auf Löschung personenbezogener Daten. Das gilt beispielsweise für Daten, die zu einem Zweck erhoben wurden, der sich inzwischen erledigt hat, Art. 17 Abs. 1 lit. a DSGVO, für den Widerruf der ursprünglich erteilten Einwilligung zur Verarbeitung, lit. b, und für die unrechtmäßige Verarbeitung, lit. d. rechtswidrig verarbeitete Daten mögen zwar sachlich zutreffen, dürfen aber gleichwohl keinen Eingang in die Scoreberechnung finden.

⁷ Dazu sogleich unter IV.

⁸ Vgl. Tilk, Quantifizierung (Fn. 4), S. 25 ff.

IV. Automatisierung und Profiling

Besondere Bedeutung im Kontext des Scorings kommt dem Einsatz automatisierter Verfahren bei der Verarbeitung von Daten zu. Die DSGVO definiert den Begriff der „Automatisierung“ nicht eigens. Zur Undurchsichtigkeit trägt bei, dass der Begriff überwiegend als „automatisierte Verarbeitung“ auftaucht,⁹ mitunter aber auch auf die „automatisierte Entscheidungsfindung“¹⁰ abgestellt wird. Beim Scoring werden Daten auf der Grundlage statistischer Modelle, zunehmend unter Einsatz künstlicher Intelligenz, verarbeitet.¹¹ Es handelt sich damit zweifellos um eine „Verarbeitung“, die im Sinne des Art. 4 Nr. 2 DSGVO mit „Hilfe automatisierter Verfahren“ ausgeführt wird. Die Norm spricht eine ganze Reihe für das Scoring typische Vorgänge an, etwa „die Organisation, das Ordnen, die Anpassung“ oder „das Abfragen“. Ob auch eine „Entscheidungsfindung“ vorliegt, wird weiter unten zu behandeln sein.¹²

Art. 4 Nr. 4 DSGVO definiert zusätzlich eine bestimmte Form der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten. Werden „bestimmte persönliche Aspekte, die sich auf eine natürliche Person beziehen“, bewertet, „insbesondere um Aspekte bezüglich Arbeitsleistung, wirtschaftliche Lage, Gesundheit, persönliche Vorlieben, Interessen, Zuverlässigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel dieser natürlichen Person zu analysieren oder vorherzusagen“, handelt es sich um „Profiling“. Diese Form der Datenverarbeitung ist der DSGVO besonders suspekt. Geradezu hellsichtig erscheint diese Bewertung mit Blick auf die rasante Zunahme der preiswerten und schnellen Verarbeitung von *big data* durch künstliche Intelligenz.

Die DSGVO gewährt bestimmte Rechte für jede Form der automatisierten Verarbeitung, ob es sich dabei um Profiling handelt oder nicht. Das Profiling erscheint dann im Normtext als „einschließlich Profiling“. So liegt es bei Art. 13 Abs. 2 lit. f, Art. 14 Abs. 2 lit. g DSGVO, wonach die betroffene Person darauf hinzuweisen ist, dass eine automatisierte Verarbeitung, einschließlich Profiling, stattfindet. Informiert werden muss auch über die „involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen“. Auch das Auskunftsrecht der betroffenen Person umfasst Informationen

9 Z.B. Erwägungsgründe (15), (63), (71), (105), Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Nr. 2 und 4, Art. 22 Abs. 1 DSGVO.

10 Z.B. Erwägungsgrund (71), Art. 13 Abs. 2 lit. f, Art. 14 Abs. 2 lit. g, Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO.

11 Langenbucher ECGI Law Working Paper N° 663/2022, S. 7 ff.

12 Siehe unten V.

über das Vorliegen einer automatisierten Verarbeitung, einschließlich Profiling, Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO. Art. 22 Abs. 1 DSGVO kodifiziert ein Recht, nicht einer Entscheidung unterworfen zu werden, die ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung, einschließlich Profiling, beruht, sofern diese Entscheidung selbst rechtliche Wirkung entfaltet oder die betroffene Person in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt. Die Datenschutzfolgenabschätzung nach Art. 35 Abs. 1 DSGVO erfasst insbesondere die automatisierte Verarbeitung, wiederum erscheint das Profiling als deren Teil, Abs. 3 lit. a. Dasselbe gilt für die in Art. 47 Abs. 1, 2 lit. e DSGVO geforderten verbindlichen internen Datenschutzvorschriften.

Eigenständig hervorgehoben wird das Profiling in zwei Normen: Art. 21 Abs. 1 S. 1 Hs. 2, Abs. 2 Hs. 2 DSGVO, wonach in bestimmten Situationen ein Recht besteht, Widerspruch gegen die Datenverarbeitung einzulegen. Hierunter fällt auch das Profiling. Außerdem stellt der Europäische Datenschutzausschuss, Art. 68 DSGVO, gemäß Art. 70 Abs. 1 lit. f DSGVO Leitlinien, Empfehlungen und *best practices* zum Profiling bereit.

Besonders nachdrücklich nehmen die Erwägungsgründe auf das Profiling Bezug. Erwägungsgrund (60) hebt den Hinweis darauf, dass Profiling stattfindet, hervor. Erwägungsgrund (63) vertieft die Belehrung über Zwecke und Dauer der Datenverarbeitung und -speicherung, wer deren Empfänger sind, nach welcher Logik die Verarbeitung erfolgt und welche Folgen diese hat. „Zumindest in Fällen, in denen die Verarbeitung auf Profiling beruht“, so Erwägungsgrund (63), sei diese Belehrung wichtig.

V. Die auf automatisierter Verarbeitung beruhende Entscheidung

In einer die Schufa betreffenden Entscheidung hat der EuGH die Vorgaben der DSGVO für den Einsatz automatisierter Verfahren konkretisiert.¹³ Ansatzpunkt der Entscheidung ist Art. 22 Abs. 1 DSGVO, der von einem Recht spricht, „nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt“. Das Gericht legt diese Norm als Anord-

13 EuGH Urt. v. 7.12.2023 – C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, Rn. 52 – OQ/Land Hessen; hierzu K. Langenbacher, Die Schufa vor dem EuGH, BKR 2024, 66.

nung eines Verbots aus, ohne dass dessen Verletzung individuell geltend gemacht zu werden braucht.¹⁴

Komplex stellen sich die Überlegungen zur Frage dar, was mit der „Entscheidung“ gemeint ist, die sich in Art. 22 Abs. 1 DSGVO findet. Die Überschrift der Norm spricht von automatisierten *Entscheidungen*. Im Normtext des Abs. 1 geht es hingegen um die automatisierte *Verarbeitung* personenbezogener Daten, die erst zu einer (nicht notwendig automatisierten) Entscheidung führt. Das Auskunftsrecht des Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO adressiert hingegen die automatisierte *Entscheidungsfindung*, verweist dabei aber auf Art. 22 Abs. 1 DSGVO. Die nach Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO geschuldete Auskunft soll wiederum „die involvierte Logik, die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen *Verarbeitung*“ (Hervorhebung von Verf.) betreffen.

Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Das Gericht hat die Erstellung eines Scores durch die Schufa als eine auf automatisierter Datenverarbeitung beruhende „Entscheidung“ im Sinne des Art. 22 Abs. 1 DSGVO verstanden.¹⁵ Zurückgewiesen wurde damit die bislang ganz herrschende Meinung¹⁶ und die Einlassung der Schufa, die für Art. 22 Abs. 1 DSGVO relevante „Entscheidung“ sei die des Kreditinstituts, nicht der gleichsam vorbereitende Beitrag der Schufa, die nur einen unverbindlichen Score liefere.¹⁷ Hiermit

14 EuGH Urt. v. 7.12.2023 – C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, Rn. 52 – OQ/Land Hessen; *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 31 (Schlussanträge– OQ/Land Hessen).

15 EuGH Urt. v. 7.12.2023 – C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, Rn. 44 ff. – OQ/Land Hessen.

16 Siehe *K. Blasek*, Auskunftswesen und Kredit-Scoring in unruhigem Fahrwasser, ZD 2022, 433 (436); *F. Glatzner*, Profilbildung und algorithmenbasierte Entscheidungen, DuD 2020, 312 (krit.); *T. Hoeren*, Rechtliche Grundlagen des SCHUFA-Scoring-Verfahrens, RDV 2007, 93 (97 ff.) (zum BDSG); *J. Horstmann/S. Dalmer*, Automatisierte Kreditwürdigkeitsprüfung, ZD 2022, 260 (263); *W. Krämer*, Die Rechtmäßigkeit der Nutzung von Scorewerten, NJW 2020, 497 (498); *J. Taeger*, Verbot des Profiling nach Art. 22 DS-GVO und die Regulierung des Scoring ab Mai 2018, RDV 2017, 3 (6); *G. Thüsing/P. Musiol*, Scoretransparenz vor dem EuGH, RDV 2022, 189 (192); *Tilk*, Quantifizierung (Fn. 4), S. 326 ff.

17 VG Wiesbaden WM 2021, 2437, Rn. 86 f.; zu einer ähnlichen Argumentation von Fintech-Unternehmen unter US-amerikanischem Recht siehe: *K. Langenbucher*, The European Court of Justice Tightens the Requirements for Credit Scoring under the GDPR, abrufbar unter https://wp.nyu.edu/compliance_enforcement/2023/12/08/the-european-court-of-justice-tightens-the-requirements-for-credit-scoring-under-the-gdpr/ (letzter Abruf 18.1.2024).

verbunden hat das Gericht die Annahme, dass der Score bei der sich anschließenden Kreditgewährung eine „maßgebliche Rolle“ spielt.¹⁸

1. „Maßgeblichkeit“ des Scores für die anschließende Entscheidung: Vorlagebeschluss des VG Wiesbaden

Der Begriff der „Maßgeblichkeit“ des Scores für die Kreditgewährung findet sich im Vorlagebeschluss des VG Wiesbaden.¹⁹ Es hatte unter Rückgriff auf Empirie der behördlichen Datenschutzaufsicht festgestellt, dass der Kreditgeber den Score zwar nicht verwenden *muss*, dies „in aller Regel jedoch maßgeblich“ tut.²⁰ Folglich formulierte das VG weiter, es komme „zur Entscheidung darauf an, ob die Tätigkeit von Auskunftseien [...], Score-Werte über betroffene Personen zu erstellen und diese ohne weitergehende Empfehlung oder Bemerkung an Dritte, die unter maßgeblicher Einbeziehung dieses Score-Wertes mit der betroffenen Person kontrahieren oder davon absehen, dem Anwendungsbereich des Art. 22 Abs. 1 DSGVO unterfällt“.²¹

Das VG Wiesbaden setzt sich ausführlich mit der Ansicht auseinander, nicht der Schufa-Score, sondern die Kreditgewährung oder -ablehnung durch die Bank sei als Entscheidung gemäß Art. 22 Abs. 1 DSGVO einzuordnen. Fest steht für das Gericht, dass es sich bei der Tätigkeit der Schufa um Profiling, Art. 4 Nr. 4 DSGVO, mithin um eine automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten handelt. Sodann gerät das VG in das beschriebene Dickicht aus Verarbeitung, Automatisierung und Entscheidungsfindung. Die DSGVO definiert das Profiling zwar, regelt dieses aber nicht ausdrücklich.²² Für regelungsbedürftig, so das Gericht zunächst, halte die DSGVO nur das Auftauchen des Profiling im Kontext einer ausschließlich hierauf beruhenden Entscheidung nach Art. 22 Abs. 1 DSGVO.²³ Geregelt werde aber auch in diesem Fall nicht das Profiling selbst, sondern nur

18 EuGH Urt. v. 7.12.2023 – C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, Rn. 50 – OQ/Land Hessen; zum Folgenden auch *Langenbacher* BKR 2024, 66.

19 VG Wiesbaden WM 2021, 2437, Rn. 78, 86 ff.; *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 14 (Schlussanträge – OQ/Land Hessen).

20 Siehe VG Wiesbaden WM 2021, 2437, Rn. 89; *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 46, außerdem Rn. 36, 59, 95 (Schlussanträge – OQ/Land Hessen).

21 VG Wiesbaden WM 2021, 2437, Rn. 78.

22 VG Wiesbaden WM 2021, 2437, Rn. 85, 87.

23 Hierzu noch unten V.2. und VI.

die Entscheidung.²⁴ Dieser zeitliche Ablauf liege auch Erwägungsgrund (71) DSGVO zugrunde, der die „automatische Ablehnung eines Online-Kreditantrags oder Online-Einstellungsverfahrens“ ausdrücklich adressiert.

Eine Auslegung entlang dieser Überlegungen hält das Gericht aber für zu eng: „Es sieht gewichtige Anhaltspunkte dafür, dass die durch Wirtschaftsauskunfteien vorgenommene automatisierte Erstellung eines Score-Wertes [...] eine eigenständige, auf einer automatisierten Verarbeitung beruhende Entscheidung im Sinne des Art. 22 Abs. 1 DSGVO ist.“²⁵ Dafür führt das VG die erhebliche praktische Bedeutung des Scores an.²⁶ Außerdem produziere Art. 22 Abs. 1 DSGVO bei abweichendem Verständnis eine Rechtsschutzlücke. Die Auskunftsansprüche, insbesondere des Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO, könnten nur gegen denjenigen gerichtet werden, der eine endgültige Entscheidung treffe. Dieser verfüge aber gar nicht über die Informationen, um etwa über die „involvierte Logik“ unterrichten zu können,²⁷ wie das wohl noch die Stellungnahme des Europäischen Datenschutzbeauftragten angenommen hatte.²⁸

Diese Interpretation des Art. 22 Abs. 1 DSGVO schränkt das VG im Verlauf der eigenen Überlegungen nicht weiter ein. Insbesondere verknüpft es die Annahme, der Score sei bereits eine „Entscheidung“, nicht mit der Frage, ob ein späterer Verwender „maßgeblich“ oder unmaßgeblich auf diesen Score Bezug nehme.²⁹ Weil das Gericht den Begriff der „Maßgeblichkeit“ aber in die Vorlagefrage einfügte, findet sich der Begriff auch in der Entscheidung des EuGH. Die Vorlage fragt, ob die Erstellung eines Scores eine Entscheidung nach Art. 22 Abs. 1 DSGVO ist, wenn der ermittelte Wert an einen Dritten übermittelt wird und dieser den Score einer eigenen Entscheidung über ein Vertragsverhältnis mit der betroffenen Person „maßgeblich“ zugrunde legt.

24 VG Wiesbaden WM 2021, 2437, Rn. 87, 91 ff.

25 VG Wiesbaden WM 2021, 2437, Rn. 88.

26 VG Wiesbaden WM 2021, 2437, Rn. 89.

27 VG Wiesbaden WM 2021, 2437, Rn. 93 ff.

28 Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling für die Zwecke der Verordnung 2016/679, zuletzt bearbeitet am 6.2.2018, WP251rev.01, S. 28.

29 VG Wiesbaden WM 2021, 2437, Rn. 85, 108.

2. „Maßgeblichkeit“ des Scores beim GA und beim EuGH

GA und EuGH setzen naturgemäß auf dem Vorlagebeschluss auf. So bestätigt der GA zunächst, dass es sich um Profiling handelt,³⁰ das Gericht schließt sich dem an.³¹ Die weite Interpretation des Begriffs „Entscheidung“ halten GA und Gericht, wie bereits das VG Wiesbaden, ebenfalls für geboten.³² Mit Blick darauf, ob der Ausdruck „Entscheidung“ in Art. 22 Abs. 1 DSGVO nun die Erstellung des Score-Wertes durch die Schufa oder die einen Kredit betreffende Entscheidung der Bank betrifft, geht der GA davon aus, es sei „unmöglich, diese Frage kategorisch zu beantworten“³³ und verweist stattdessen auf die Umstände des Einzelfalles. Nicht eindeutig ist, ob der Generalanwalt dabei an die Untersuchung typischer Geschehensabläufe im betreffenden Land denkt oder auf einzelne Kreditverträge Bezug nimmt. Für ersteres spricht, dass er weiter erörtert, ob und inwieweit das „Scoring die Entscheidung des Finanzinstituts [...] vorbestimmt“³⁴ und zwar „im Allgemeinen“.³⁵ Letzteres liegt nahe, soweit der Generalanwalt meint, die Frage solle von den „internen Regeln und Praktiken des fraglichen Finanzinstituts“ abhängen.³⁶ Er greift die Beschreibung des VG Wiesbaden auf, der Score beeinflusse die Kreditentscheidung in aller Regel maßgeblich.³⁷ Aus diesem Grund erscheint es dem GA als „übertriebener Formalismus“³⁸ ausschließlich auf den Kreditgeber als Entscheider abzustellen, wenn der Score dessen Entscheidung doch maßgeblich determiniert³⁹ oder

30 *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 33 (Schlussanträge – OQ/Land Hessen).

31 EuGH Urt. v. 7.12.2023 – C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, Rn. 47 – OQ/Land Hessen.

32 *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 38 (Schlussanträge – OQ/Land Hessen); EuGH Urt. v. 7.12.2023 – C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, Rn. 45 f. – OQ/Land Hessen.

33 *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 40 (Schlussanträge – OQ/Land Hessen).

34 *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 42 (Schlussanträge – OQ/Land Hessen).

35 *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 45, 47 (Schlussanträge – OQ/Land Hessen).

36 *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 45 (Schlussanträge – OQ/Land Hessen).

37 *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 46 (Schlussanträge – OQ/Land Hessen).

38 *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 43 (Schlussanträge – OQ/Land Hessen).

39 *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 47 (Schlussanträge – OQ/Land Hessen).

das Finanzinstitut ihm „größte Bedeutung“ zumisst.⁴⁰ Ein negativer Score-Wert, so führt der Generalanwalt aus, kann „für sich genommen nachteilige Auswirkungen auf die betroffene Person haben“, die „bereits auf der Stufe der Bewertung seiner Kreditwürdigkeit durch die Auskunft und nicht erst auf der letzten Stufe der Ablehnung des Kredits [...] beeinträchtigt“ wird.⁴¹ Die durch das VG Wiesbaden beschriebene Rechtsschutzlücke stützt dieses Ergebnis zusätzlich.⁴²

Der EuGH tritt dem bei. „Unter Umständen wie jenen des Ausgangsverfahrens, unter denen der von einer Wirtschaftsauskunft ermittelte und einer Bank mitgeteilte Wahrscheinlichkeitswert eine maßgebliche Rolle bei der Gewährung eines Kredits spielt“, ist „die Ermittlung dieses Wertes als solche als Entscheidung einzustufen, die im Sinne von Art. 22 Abs. 1 DSGVO gegenüber einer betroffenen Person ‚rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise beeinträchtigt‘“.⁴³ Ob damit die allgemeine Praxis in Deutschland beschrieben wird oder eine weitergehende Qualifikation intendiert ist, bleibt freilich offen.

3. Der Auskunftsanspruch aus Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO

Anders als das VG Wiesbaden insistieren sowohl der GA als auch der EuGH auf dem Auskunftsrecht aus Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO.⁴⁴ Das VG hatte sich mit dem Hinweis begnügt, die Auskunfteien seien „nicht verpflichtet die Logik und Zusammensetzung der für die Erstellung des Score-Wertes entscheidenden Parameter preiszugeben“. Lakonisch fügt das Gericht hinzu, „sie tun dies aus Gründen des Wettbewerbsschutzes unter Berufung auf ihr Betriebs- und Geschäftsgeheimnis auch nicht“.⁴⁵ Zugrunde liegen dürfte dem die knapp zehn Jahre alte Entscheidung des BGH zu § 34 Abs. 4 BDSG a.F., wonach zwar ein Auskunftsanspruch mit Blick auf die gespeicherten kreditrelevanten Daten besteht, die Scoreformel aber

40 *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 43 (Schlussanträge – OQ/Land Hessen).

41 *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 43 (Schlussanträge – OQ/Land Hessen).

42 *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 50 f. (Schlussanträge – OQ/Land Hessen); EuGH Urt. v. 7.12.2023 – C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, Rn. 61 ff. – OQ/Land Hessen.

43 EuGH Urt. v. 7.12.2023 – C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, Rn. 50 – OQ/Land Hessen.

44 EuGH Urt. v. 7.12.2023 – C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, Rn. 56 – OQ/Land Hessen.

45 VG Wiesbaden WM 2021, 2437, Rn. 100.

nicht mitzuteilen ist.⁴⁶ Relevant ist das insbesondere mit Blick auf die Gewichtung individueller Variablen. Mitunter scheint beispielsweise das Geschlecht bei ansonsten vergleichbaren Merkmalen zu einem schlechteren Score zu führen.⁴⁷

Weder GA noch EuGH wollen sich auf diese Weise abspesen lassen. Der Auskunftsanspruch erfasst nach Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO ausdrücklich auch die „involvierte Logik“, dazu zähle „grundsätzlich auch die Berechnungsmethode“.⁴⁸ Die Berufung auf das Geschäftsgeheimnis, welche den BGH (freilich zum BDSG a.F. unter Geltung der Datenschutzrichtlinie) noch zur Ablehnung eines darauf gerichteten Anspruchs bewogen hatte,⁴⁹ lässt der GA nicht vollumfänglich gelten. Erwägungsgrund (63) DSGVO habe die Notwendigkeit einer Abwägung zwischen Auskunftsrecht und Geschäftsgeheimnis gesehen und bestimme ausdrücklich, dass die Berufung auf letzteres nicht dazu führen dürfe, „dass der betroffenen Person *jegliche Auskunft verweigert* wird“⁵⁰ (Hervorhebung im Original). Zu liefern sei immerhin ein „Minimum an Informationen“.⁵¹ Dazu zählen für den GA „hinreichend detaillierte Erläuterungen zur Methode für die Berechnung des Score-Wertes und [...] Gründe [...], die zu einem bestimmten Ergebnis geführt haben“ und zwar die „berücksichtigten Faktoren und deren Gewichtung auf aggregierter Ebene“.⁵² Auf diesen Auskunftsanspruch verweist auch der EuGH, Details waren freilich nicht entscheidungsrelevant.⁵³

46 BGHZ 200, 38.

47 Vgl. für das weibliche Geschlecht: OLG München 12.3.2014 – 15 U 2395/13, ZD 2014, 570; siehe auch die Ergebnisse des Projekts OpenSCHUFA bei DER SPIEGEL, Große Schufa-Recherche, 28.11.2018, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/wirtschaft/service/blackbox-schufa-2800-verbraucher-spendeten-ihre-selbstauskunft-a-1240703.html> (letzter Abruf 18.1.2024).

48 *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 54 (Schlussanträge – OQ/Land Hessen).

49 BGHZ 200, 38, Leitsatz 3, Rn. 17, 27, 32, 33.

50 *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 56 (Schlussanträge – OQ/Land Hessen).

51 *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 56 (Schlussanträge – OQ/Land Hessen).

52 *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 58 (Schlussanträge – OQ/Land Hessen); zur Reichweite siehe *Tilk*, Quantifizierung (Fn. 4), S. 345 ff.

53 EuGH Ur. v. 7.12.2023 – C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, Rn. 10, 15 – OQ/Land Hessen.

VI. Der Begriff der „Maßgeblichkeit“

Die Verknüpfung der Rechte Betroffener gegenüber der Schufa mit der Frage, ob der Score eine später darauf aufbauende Entscheidung „maßgeblich“ beeinflusst habe, hat zu Recht ein kritisches Presseecho gefunden.⁵⁴ Die Schufa sieht jedenfalls keinen Grund, zu reagieren: Sie hat sich nach eigenen Angaben „auf dieses Urteil [...] mit unseren Kunden in den vergangenen Monaten vorbereitet [...] Das weit überwiegende Feedback unserer Kunden lautet, dass Zahlungsprognosen in Form des SCHUFA-Scores für sie zwar wichtig, aber in aller Regel nicht allein entscheidend für einen Vertragsabschluss sind. Deshalb wird die große Mehrheit unserer Kunden SCHUFA-Scores weiterhin ohne Anpassung ihrer Prozesse nutzen können“.⁵⁵

Das legt den Finger in die Wunde. Offen bleibt nämlich, was genau mit der „maßgeblichen“ Beeinflussung einer Kreditvergabeentscheidung durch den Schufa-Score gemeint ist. Das produziert Rechtsunsicherheit und Beweisschwierigkeiten.

Die Einschränkung durch den Topos der „Maßgeblichkeit“, das haben die obigen Erläuterungen gezeigt, geht vor allem auf die (nicht durch die eigenen Entscheidungsgründe gestützte) Formulierung der Vorlagefrage durch das VG Wiesbaden zurück.⁵⁶ Diese eröffnet bekanntlich den begrenzten Raum, innerhalb dessen der EuGH zur Entscheidung aufgerufen ist. In den Entscheidungsgründen des VG Wiesbaden nimmt aber die „Maßgeblichkeit“ – anders als in der Vorlagefrage – keinerlei Rolle ein. Vielmehr scheint der Begriff zur deskriptiven und generalisierenden Erläuterung der Bedeutung des Scores im Kreditkontext, nicht als Aufruf zu einer Einzelfallprüfung bei individuellen Banken verwendet worden zu sein.

Das spricht dafür, bei der nunmehr anstehenden Folge-Entscheidung des VG Wiesbaden eine deskriptiv-typologische Lesart des Begriffs zugrunde zu legen. Das VG hat den Ausdruck verwendet, um die prominente Stellung des Schufa-Scores zu erläutern und, dies abstützend, auf Erfahrungen aus der generalisierenden behördlichen Datenschutzaufsicht verwiesen. Auf

54 J. Schrader, Maßvoll, maßlos, maßgeblich, Börsenzeitung vom 7.12.2023, abrufbar unter <https://www.boersen-zeitung.de/meinung-analyse/massvoll-masslos-massgebl> ich (letzter Abruf 18.1.2024).

55 Schufa, EuGH beantwortet wichtige Fragen zum Einsatz von Scores durch Unternehmen, 7.12.2023, abrufbar unter <https://www.schufa.de/themenportal/eugh-urteil-scoring/> (letzter Abruf 18.1.2024).

56 Krit. Tilk, Quantifizierung (Fn. 4), S. 328.

dieser Beschreibung setzt der EuGH auf. Dem lässt sich deshalb nicht entgegenhalten, dass einzelne Banken neben dem Schufa-Score noch weitere Elemente berücksichtigen oder den Score nicht für „maßgeblich“ halten, etwa weil nach ihren internen Abläufen kein Automatismus zwischen Score und Kreditgewähr (oder -ablehnung) existiert. Hinzu kommt, dass jedenfalls die heutige Bedeutung des Schufa-Scores über die Kreditgewährung durch Finanzinstitute hinaus reicht und, beispielsweise, auch Mobilfunkunternehmen, Vermieter, mitunter sogar Arbeitgeber diesen anfragen. Das schließt nicht aus, dass sich im Laufe der Zeit Wettbewerber der Schufa ein so erhebliches Marktpotential erobern, dass der Schufa-Score „unmaßgeblich“ wird. Solange die Schufa in Deutschland eine herausragende, möglicherweise sogar monopolartige Stellung innehat, kann hiervon aber nicht ausgegangen werden.

Dafür spricht schon ein ganz pragmatisches Argument. Bei der Erstellung des Scores durch die Schufa, ebenso wie bei jeder fortlaufenden Anpassung, steht noch gar nicht fest, für welche Einzelfälle dieser einmal relevant werden wird. Nicht stets ist dessen Vorlage zwingend erforderlich. In seltenen Fällen wird der Score die Entscheidung eines Akteurs wie der Bank oder dem Wohnungsvermieter vollständig determinieren.⁵⁷ Die betroffene Person steht deshalb vor der Wahl, ob sie diesen Akteuren ihren Score aushändigen möchte oder sich lieber darauf verlässt, dass der angestrebte Vertragsschluss ohne Schufa-Score zustande kommt. Ihre Entscheidung hängt notwendig davon ab, ob sie diesen Score kennt sowie beurteilen kann, ob er zutrifft oder sich ein Vorgehen gegen den erteilten Score empfiehlt. Ein Recht hierauf steht ihr aber nur zu, wenn die Einordnung des Scores als „Entscheidung“ nicht davon abhängt, ob er zu einem späteren Zeitpunkt die Entscheidung (irgend-)eines Akteurs maßgeblich beeinflusst. Genau umgekehrt handelt es sich folglich um mindestens zwei Entscheidungen: diejenige der Schufa, in Form der Erstellung des Scores, und diejenige eines (oder mehrerer) folgender Akteure, die den Score für ihre Entscheidungsfindung verwenden.⁵⁸

57 Das gilt im Grundsatz auch für Kreditinstitute, siehe §§ 505a, 505b BGB, § 18a KWG, dazu *Blasek* ZD 2022, 433 (436); nach formalen („KO-Kriterien“) und substantiierten Entscheidungen über die Übernahme differenzierend: *Horstmann/Dalmer* ZD 2022, 260 (262).

58 So auch EuGH Urt. v. 7.12.2023 – C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, Rn. 63 – OQ/Land Hessen.

Das überzeugt weiterhin systematisch. Versteht man mit dem EuGH die Erstellung des Scores als die „Entscheidung“ nach Art. 22 Abs. 1 DSGVO, fügt sich die automatisierte Verarbeitung der Daten durch die Schufa nahtlos ein. „Ausschließlich“ diese Verarbeitung führt zur „Entscheidung“ in Form der Erstellung des Scores, denn *bei der Schufa* findet innerhalb der Modellberechnung kein menschlicher Eingriff statt.⁵⁹ Wegen der potenziellen Bedeutung des Scores für eine Vielzahl von (in ihrer Gesamtheit noch nicht absehbaren) Verträgen, beeinträchtigt der Score den Betroffenen auch in ähnlicher Weise erheblich, wie eine andere rechtliche Wirkung gemäß Art. 22 Abs. 1 DSGVO.⁶⁰ Der Ansicht, es handele sich bei der Erstellung des Scores nur um eine Datenbank zur Kredithistorie,⁶¹ hat der EuGH zu Recht eine Absage erteilt. Der darüberhinausgehende Beitrag der Schufa (und ihrer Wettbewerber) liegt in der Modellierung, welche auf dieser Datenbank aufsetzt. Die Zuteilung eines Scores zu einem Individuum ist deshalb die (automatisierte) Entscheidung, dieses Individuum so und nicht anders zu behandeln. Auf die Frage, ob der Score *lege artis* erstellt wurde,⁶² kommt es schon wegen der erheblichen Varianz in der möglichen Modellierung nicht an.

Dazu passt außerdem der Wortlaut des Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO, wenn als „automatisierte Entscheidungsfindung“ die Erstellung des Scores gilt. Der dort geregelte Auskunftsanspruch mit Blick auf die „involvierte Logik“, den GA und EuGH hervorheben, betrifft dann den Score selbst, und zwar unabhängig davon, ob der Betroffene nachweisen kann, dass ein bestimmtes Finanzinstitut oder ein anderer Akteur diesen zugrunde gelegt hat. Die Rechtsschutzlücke ist damit beseitigt, denn der Anspruch des Betroffenen richtet sich von vornherein gegen die Schufa und betrifft die Erstellung des Scores als automatisierte Entscheidung.

Vermieden wird auf diese Weise auch die komplizierte Frage, wie prozessual mit der Beweislastverteilung umzugehen ist. Die Erstellung des Scores berechtigt zu einem Auskunftsanspruch, und zwar unabhängig davon, wo-

59 Siehe auch *Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 33, 36 (Schlussanträge – OQ/Land Hessen); EuGH Urt. v. 7.12.2023 – C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, Rn. 47 – OQ/Land Hessen.

60 EuGH Urt. v. 7.12.2023 – C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, Rn. 48 – OQ/Land Hessen; a.A. *Thüsing/Musiolf* RDV 2022, 189 (192); *Tilk*, Quantifizierung (Fn. 4), S. 327 f., 329 m.w.N.

61 *Tilk*, Quantifizierung (Fn. 4), S. 327 f. m.w.N., stattdessen als regelmäßig „unerhebliche“ Entscheidung einstufend, *ebd.*, S. 329.

62 A.A. *Tilk*, Quantifizierung (Fn. 4), S. 329 m.w.N.

zu dieser Score später führt. Für die Entscheidung, ob ein Betroffener den eigenen Score gegenüber einem Akteur offenlegen möchte, kann, wie beschrieben, die Erfüllung des Auskunftsanspruchs durch die Schufa zentral sein. Dem Betroffenen wird es aber kaum möglich sein nachzuweisen, welche Rolle der Score für den Vermieter oder Arbeitgeber spielt. Art. 22 Abs. 1 DSGVO geht es deshalb nicht ausschließlich um deren Entscheidung, sondern zusätzlich um den Score, der aufgrund einer automatisierten Verarbeitung der Daten des Betroffenen erstellt wird.

Ergänzend mag auf die Erwägungsgründe (30), (31), (58) der EU KI-VO⁶³ verwiesen werden. Soweit eine KI zur Erstellung eines sozialen Scores oder eines Kreditscores eingesetzt wird, führt dies bekanntlich künftig zur Einordnung der KI als Hochrisikosystem.⁶⁴ Ob der Score in der Folge von einem Marktakteur „maßgeblich“ verwendet wird, ist für den Verordnungsgeber irrelevant. Die Bedeutung eines Scores steht diesem klar vor Augen, wenn er auf dessen Verwendung für die „Zugänglichkeit und Inanspruchnahme grundlegender privater und grundlegender öffentlicher Dienste und Leistungen“ hinweist und neben dem Zugang zu Finanzmitteln auch die Inanspruchnahme wesentlicher Dienstleistungen wie etwa die Gewähr von Wohnraum, Elektrizität und Telekommunikationsdienstleistungen aufzählt.⁶⁵ Für die Entscheidung einzelner Marktakteure unter Rückgriff auf einen Score sind jeweils spezielle Normen zuständig.

Dazu passt zuletzt, dass sich die im Oktober 2023 reformierte Verbraucherkreditrichtlinie (VerbrKrRL)⁶⁶ mit Rechten des potenziellen Kreditnehmers gegenüber einem Akteur, nämlich dem Kreditgeber gemäß Art. 3 Nr. 2, 2 Abs. 2–8 VerbrKrRL, beschäftigt.⁶⁷ Deren Normen ergänzen nach der hier vorgeschlagenen Lesart die DSGVO. Letztere gewährt einen An-

63 Verordnung (EU) 2024/1689 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2024 zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 300/2008, (EU) Nr. 167/2013, (EU) Nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 und (EU) 2019/2144 sowie der Richtlinien 2014/90/EU, (EU) 2016/797 und (EU) 2020/1828 (Verordnung über künstliche Intelligenz), ABl. L, 2024/1689 vom 12.7.2024, ABl. L, 2024/1689, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj>.

64 K. Langenbacher, AI credit scoring and evaluation of creditworthiness – a test case for the EU proposal for an AI Act, ECB Legal Conference 2021, 2022, S. 326.

65 Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Anhang III Nr. 5 AI Act; vgl. auch Erwägungsgrund (58) KI-VO.

66 Richtlinie 2023/2225 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Oktober 2023 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 2008/08/EG, ABl. (EU) L 2023/225.

67 Erwägungsgrund (56) VerbrKrRL.

spruch gegen die Schufa. Erstere betrifft den Auskunftsanspruch gegen den Kreditgeber, falls dessen „Kreditwürdigkeitsprüfung eine automatisierte Verarbeitung beinhaltet“, beispielsweise ein internes Scoring.⁶⁸ In diesem Kontext genügt es dem Richtliniengeber übrigens, dass eine automatisierte Verarbeitung Teil der Prüfung ist, ob diese maßgeblich ist, wird nicht gefragt, Art. 18 Abs. 8 UAbs. 1 lit. a VerbrKrRL.⁶⁹ Dieser Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO nachgebildete Anspruch betrifft dann das Verhältnis zwischen Kreditnehmer und Kreditgeber.

68 Zu diesem *Blasek* ZD 2022, 433 (436).

69 *Tilk*, Quantifizierung (Fn. 4), S. 349.

Klauselkontrolle im Data Act

Sebastian Omlor*

I. Genese eines EU-Datenwirtschaftsrechts

Zu den Profilhemen von Georgios Gounalakis in seinen vielfältigen wie weitreichenden Forschungsaktivitäten zählen das Medien- und Kommunikationsrecht, das Recht des elektronischen Rechtsverkehrs sowie privatrechtsvergleichende Fragen der Digitalisierung. Regelmäßig befasste sich der Jubilar dabei auch mit dem AGB-Recht.¹ Von daher besteht Grund zur Hoffnung, dass der nachfolgende Beitrag zum EU-Datengesetz (Data Act – DA²) und seiner neuen AGB-Kontrolle sein freundliches Interesse finden könnte.

Der im Januar 2024 in Kraft getretene Data Act gilt zwar einschließlich seiner Sonderregeln zur Klauselkontrolle erst ab dem 12. September 2025. Aber die Regelungen werfen ihre langen Schatten bereits voraus, da komplexe Vertrags- und Klauselkonglomerate einer vorherigen Konformitätsprüfung und ggf. Anpassung bedürfen. Der Data Act versteht sich dabei als ein zentraler Baustein des sich seit Jahren formierenden EU-Datenwirtschaftsrechts, zu dessen kodifikatorische Grundlagen zudem der Digital Markets Act (DMA)³ und der Digital Services Act (DSA)⁴ zählen. Der Data Act will – vereinfacht formuliert – Daten besser nutzbar machen. Instrumentarisch greift der Data Act hierfür zentral auf vertragliche Übereinkünfte zurück und rückt damit die Privatautonomie mit ihren Grenzen in den Mittelpunkt. In diesen Kontext ordnet sich die Schaffung einer

* Der Beitrag basiert auf Omlor, ERPL 32 (2024) 173 ff.

1 Stellvertretend Gounalakis, NJW 1990, 752; Gounalakis/Waltermann, NWB 1991 (Fach 21), 1019 ff.; Gounalakis/Breidenstein, NWB 1992 (Fach 21), 1045 ff.; Gounalakis/Klose-Mokroß, ZAP 1994 (Fach 6), 193 ff.

2 Verordnung (EU) 2023/2854 über harmonisierte Vorschriften für einen fairen Datenzugang und eine faire Datennutzung vom 13.12.2023, ABl. EU L, 2023/2854 vom 22.12.2023.

3 Verordnung (EU) 2022/1925 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor vom 14.09.2022, ABl. EU Nr. L 265 S. 1 vom 12.10.2022.

4 Verordnung (EU) 2022/2065 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste vom 19.10.2022, ABl. EU Nr. L 277 S. 1 vom 27.10.2022.

eigenständigen Klauselkontrolle nach Kapitel IV DA ein. Sie bedarf nicht nur einer systematischen Abgrenzung zur Klauselrichtlinie (KlauselRL)⁵ und dem nationalen AGB-Recht, sondern auch einer grundlegenden tatbestandlichen Konturenschätzung hinsichtlich des Anwendungsbereichs, des Prüfungsmaßstabs und der Rechtsfolgen eines Verstoßes.

II. Ziele

Der Data Act weist den vertraglichen Vereinbarungen der Beteiligten eine besonders herausgehobene Bedeutung für die Verwirklichung der aus der Verordnung erwachsenen Rechte zu.⁶ Damit wird aber unmittelbar die Gefahr des „Missbrauch[s] vertraglicher Ungleichgewichte“⁷ verbunden. Solche Ungleichgewichte sieht der Data Act als potenzielles Hindernis für die angestrebte Fairness bei Datenzugang und Datennutzung an.⁸ Sofern eine stärkere Verhandlungsposition entsprechend ausgenutzt werde, drohe eine zumindest wirtschaftliche Aushöhlung der rechtlichen Positionen, deren Gebrauch daher im Ergebnis unattraktiv würde.⁹ Vor diesem Hintergrund stellt Art. 13 DA besondere Anforderungen an die Wirksamkeit von Vertragsklauseln im unternehmerischen Rechtsverkehr.

Allerdings verkennen die Erwägungsgründe, dass ein wirtschaftliches Machtgefälle keine Entstehungsvoraussetzung für missbräuchliche Vertragsklauseln darstellt.¹⁰ Vielmehr kommt es infolge eines Motivations- und Informationsgefälles zu einem Marktversagen, das sich in einer „rationalen Ignoranz“ des Vertragspartners des Verwenders äußert.¹¹ Insofern ist zwischen den gesetzgeberischen Zielen und der rechtspolitischen Rechtfertigung der Klauselkontrolle zu unterscheiden.

5 Richtlinie 93/13/EWG über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen vom 05.04.1993, ABl. EG Nr. 95 S. 29 vom 21.04.1993.

6 Erwägungsgrund 5 DA.

7 Erwägungsgrund 2 DA.

8 Erwägungsgründe 5, 58 DA.

9 Erwägungsgrund 58 DA.

10 Eingehend *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, 2013, S. 149 ff. m.w.N.

11 *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, 2013, S. 154 ff.; Staudinger BGB/Mäsch, 2022, Vorbem 8 zu §§ 305 ff., jeweils m.w.N.

III. Verhältnis zur Klauselrichtlinie und dem nationalen AGB-Recht

1. Grundlagen

Bereits die Ziele des unionalen Gesetzgebers machen deutlich, dass Art. 13 DA materiell einen Sonderfall der AGB-Kontrolle beinhaltet. Damit entstehen im europäischen Mehrebenensystem zwei systematische Abgrenzungsfragen: zum einen innerhalb des Unionsprivatrechts und zum anderen gegenüber den nationalen Privatrechtsordnungen der Mitgliedstaaten. Im Sekundärrecht bedarf es einer Klärung des Verhältnisses zur Klauselrichtlinie. Aus den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten verlangen die dortigen AGB-Kontrollregime eine besondere Beachtung.

Den Ausgangspunkt muss dabei die Normenhierarchie und damit die Vorgabe der mit Anwendungsvorrang ausgestatteten EU-Verordnung bilden.¹² Dabei ordnet der Data Act eine Vollharmonisierung an. Dieser Harmonisierungsgrad lässt sich zwar dem eigentlichen Verordnungstext nur andeutungsweise entnehmen, wenn Art. 1 Abs. 1 DA von „harmonisierte[n] Vorschriften“ für die nachfolgend aufgelisteten Bereiche spricht. Eindeutig äußert sich hingegen Erwägungsgrund 4, der zusätzliche nationale Anforderungen im Anwendungsbereich der Verordnung ausschließt. Damit soll das Agieren im Binnenmarkt erleichtert werden.

2. Klauselrichtlinie

Spezifisch zur Klauselrichtlinie lässt sich vergleichsweise unkompliziert eine Abgrenzung vornehmen. Ihr persönlicher Anwendungsbereich ist auf Verträge zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern beschränkt (Art. 1 Abs. 1 KlauselRL). Demgegenüber erfasst Art. 13 DA abweichend nur Vertragsklauseln, die zwischen Unternehmen eingesetzt werden. Diese Einschränkung folgt nicht nur aus dem Tatbestand von Art. 13 Abs. 1 DA („ein Unternehmen einem anderen Unternehmen“), sondern auch aus der amtlichen Überschrift von Kapitel IV („zwischen Unternehmen“). Dement-

12 Allgemein zum Verhältnis zwischen Unionsrecht und nationalem Recht vgl. EuGH 15.07.1964 – 6/64, ECLI:EU:C:1964:66 – Costa/E.N.E.L.; 09.03.1978 – 106/77, ECLI:EU:C:1978:49, Rn. 17 – Simmenthal II; 08.09.2010 – C-409/06, ECLI:EU:C:2010:503, Rn. 60 f. – Winner Wetten-GmbH; 26.02.2013 – C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, Rn. 59 – Melloni/Fiscal; Zuleeg, Das Recht der Europäischen Gemeinschaft im innerstaatlichen Bereich, 1969, S. 136 ff.

sprechend kommt der gesonderten Konkurrenzregelung in Art. 1 Abs. 9 DA, getragen von Erwägungsgrund 9 DA, vorwiegend eine klarstellende Bedeutung zu. Danach bleiben die Vorgaben der KlauselRL durch den Data Act unberührt und werden nicht eingeschränkt. Davon sind naturgemäß auch die Umsetzungsvorschriften zur KlauselRL in den Mitgliedstaaten erfasst, soweit der persönliche Anwendungsbereich der KlauselRL reicht. Daher unterliegen Verbraucherverträge auch im Anwendungsbereich des Data Act ungehindert den §§ 305 ff. BGB.¹³

Diese Eigenständigkeit muss aber nicht automatisch bedeuten, dass bei der Auslegung und Anwendung der §§ 305 ff. BGB auf Verträge von unternehmerischen Verwendern mit Verbrauchern die Wertungen des Data Act gänzlich unberücksichtigt bleiben müssen.¹⁴ Die Grenze zieht Art. 1 Abs. 9 DA erst bei einer Verringerung des Verbraucherschutzniveaus. Die allgemeinen Zielsetzungen des Data Act und die besonderen Wertungen aus Art. 13 DA für die Vertragsklauseln innerhalb seines sachlichen Anwendungsbereichs können in diesem Rahmen durchaus in die Auslegung des nationalen AGB-Rechts einfließen. Zu den übertragbaren Wertungen zählen insbesondere die Vorgaben aus Art. 13 Abs. 2-4 DA, nicht jedoch das Erfordernis des einseitigen Auferlegens aus Art. 13 Abs. 6 DA.

3. Mitgliedstaatliches AGB-Recht

Komplexer gestaltet sich hingegen die Abgrenzung gegenüber den mitgliedstaatlichen Privatrechtsordnungen, soweit deren AGB-Recht jenseits des Anwendungsbereichs der KlauselRL betroffen ist. Dazu verhält sich Art. 1 Abs. 9 DA nicht, sondern beschränkt sich ausdrücklich auf das Unionsrecht.¹⁵ Im Verhältnis zum nationalen Vertragsrecht äußert sich hingegen Erwägungsgrund 9 Satz 1 DA. Danach lässt der Data Act auch „das nationale Vertragsrecht einschließlich der Vorschriften über das Zustandekommen von Verträgen, ihre Gültigkeit oder ihre Rechtsfolgen oder über die Auswirkungen der Beendigung eines Vertrags unberührt“¹⁶. Dazu lässt sich auch das AGB-Recht zählen, zumal im selben Erwägungsgrund auch das Verhältnis zu KlauselRL adressiert wird. Allerdings lässt der Data Act dieses

13 Wiebe, GRUR 2023, 1569 (1574).

14 Offen Bomhard/Merkle, RD 2022, 168 Rn. 36.

15 Ebenso Erwägungsgrund 9 Satz 2 DA.

16 Erwägungsgrund 9 Satz 1 DA.

nationale Vertragsrecht nur insoweit unberührt, als in ihm nichts anderes vorgesehen ist.

Damit kommt es entscheidend auf den Anwendungsbereich von Art. 13 DA an. Soweit in Art. 13 DA vollharmonisierende Regelungen für die AGB-Kontrolle von Vertragsklauseln vorgesehen sind, wird das nationale AGB-Recht vollständig verdrängt.¹⁷ Eine Doppelkontrolle findet nicht statt. Ansonsten würde das Harmonisierungsziel zur Förderung des Binnenmarkts torpediert.¹⁸ In seinem Anwendungsbereich formuliert Art. 13 DA ein umfassendes Regelungswerk mit gegenüber dem sonstigen AGB-Recht zum Teil abweichenden Vorgaben. Diese gesetzgeberischen Entscheidungen dürfen nicht durch eine parallele Anwendung nationaler AGB-Vorschriften unterlaufen werden.

Ein zentrales Problem stellt trotz dieser allgemeinen Systematik der im Vergleich zu § 305 Abs. 1 BGB deutlich engere Begriff der Vertragsklauseln dar, die einseitig auferlegt werden. Eine allgemeine Geschäftsbedingung i.S.d. § 305 Abs. 1 BGB erfordert lediglich ein Stellen durch den Verwender. Dazu genügen die Einbringung einer vorformulierten Bedingung durch eine Partei und das Verlangen ihrer Verwendung für den Vertragsschluss.¹⁹ Einer besonderen Reaktion der Gegenseite des Verwenders bedarf es nicht. Demgegenüber erfolgt nur dann ein einseitiges Auferlegen i.S.d. Art. 13 Abs. 1 DA, wenn die andere Vertragspartei einen erfolglosen Versuch, darüber zu verhandeln, zuvor unternommen hat (Art. 13 Abs. 6 Satz 1 DA). Damit ist die normative Aussage verbunden, dass Vertragsklauseln i.S.d. Art. 13 Abs. 1 DA nur dann einer Missbrauchskontrolle zu unterziehen sind, sofern sie einseitig auferlegt wurden. Gelange das nationale AGB-Recht der §§ 310 Abs. 1, 305 ff. BGB daneben auf Vertragsklauseln i.S.d. Art. 13 Abs. 1 DA Anwendung, die nicht einseitig auferlegt wurden, würde das Harmonisierungsziel der Verordnung unterlaufen. Das in Erwägungsgrund 4 DA und Art. 1 Abs. 1 DA zum Ausdruck kommende Anliegen, einheitliche Regelungen im gesamten Binnenmarkt aufzustellen, würde torpediert.

Damit ist im Ergebnis zu differenzieren: Art. 13 DA und §§ 305 ff. BGB finden nebeneinander Anwendung, soweit der Anwendungsbereich der Klauselrichtlinie eröffnet ist. Jedoch werden §§ 310 Abs. 1, 305 ff. BGB durch Art. 13 DA verdrängt, soweit Vertragsklauseln i.S.d. Art. 13 DA („Vertragsklauseln in Bezug auf den Datenzugang und die Datennutzung oder die

17 Ebenso *Wiebe*, GRUR 2023, 1569 (1574).

18 Vgl. Erwägungsgrund 4 DA.

19 BGHZ 184, 259 Rn. 11; BGH NJW-RR 2014, 937 Rn. 9 m.w.N.

Haftung und Rechtsbehelfe bei Verletzung oder Beendigung datenbezogener Pflichten“) im unternehmerischen Verkehr betroffen sind.

IV. Anwendungsbereich

Der räumliche Geltungsbereich von Art. 13 DA weist keine Besonderheiten gegenüber der übrigen Verordnung auf.²⁰ Spezifika sind hingegen beim zeitlichen, sachlichen wie persönlichen Geltungsbereich zu gewärtigen.

1. Zwingende Geltung

Art. 13 Abs. 9 DA ordnet die zwingende Geltung von Art. 13 DA an. Eine vertragliche Abweichung ist unzulässig und unwirksam. Auch Umgehungsversuche, die wirtschaftlich auf dieses Ziel ausgerichtet sind, scheitern an Art. 13 Abs. 9 DA und dessen weitem Wortlaut („dessen Wirkungen nicht abändern“). Der Bestimmung kommt ein klarstellender Charakter zu, weil sich die fehlende Dispositivität bereits aus Sinn und Zweck der Regelung ergibt.

2. Zeitlicher Anwendungsbereich (Art. 50 Abs. 5 DA)

Ebenso wie im Grundsatz auch die übrige Verordnung gilt Art. 13 DA erst mit einer Übergangsfrist von 20 Monaten ab dem Inkrafttreten der Verordnung. Art. 50 Abs. 5 DA präzisiert – in Anlehnung an Art. 10 Abs. 1 UAbs. 2 KlauselRL – lediglich, dass für die Zeitrechnung der wirksame Abschluss des betroffenen Vertrags maßgeblich ist. Verträge, die vor diesem Zeitpunkt wirksam zustande gekommen sind, unterliegen keiner Klauselkontrolle nach Art. 13 DA. Hängt danach die Wirksamkeit eines Vertrags von weiteren Voraussetzungen (z.B. Bedingung i.S.d. § 158 Abs. 1 BGB) ab, müssen auch diese erfüllt gewesen sein, um einen Vertragsschluss i.S.d. Art. 50 Abs. 5 DA darzustellen.

20 Dazu Wiebe, GRUR 2023, 1569 f.

3. Sachlicher Anwendungsbereich (Art. 13 Abs. 1 DA)

a) Überblick

Der sachliche Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle nach Art. 13 DA wird durch Art. 13 Abs. 1 DA – zusammen mit dem allgemeinen Art. 1 DA – abschließend und eigenständig festgelegt. Eine Einschränkung auf einzelne Rechte oder Ansprüche aus dem Data Act z.B. solche nach Art. 4 oder 8 DA erfolgt nicht. Insofern grenzt sich die Klauselkontrolle nach Art. 13 DA beispielsweise von der Anordnung der halbzwingenden Geltung spezifisch der Rechte des Nutzers nach Kapitel II DA (Art. 7 Abs. 2, Art. 8 Abs. 2 DA) oder Kapitel III DA (Art. 12 Abs. 2 DA) ab. Tatbestandlich bestehen daher drei Voraussetzungen nach Art. 13 Abs. 1 DA: erstens das Vorliegen einer Vertragsklausel, zweitens deren Bezug auf a) den Datenzugang und die Datennutzung oder b) die Haftung bei Verletzung datenbezogener Pflichten und drittens das einseitige Auferlegen der Vertragsklausel.

b) Vertragsklausel

Der Data Act definiert nicht den Begriff der Vertragsklausel. Insofern liegt eine Anlehnung an das Begriffsverständnis der KlauselRL²¹ nahe, die jedoch ebenfalls keine Legaldefinition enthält. Der geforderte Bezug zum Datenzugang und zur Datennutzung besteht insbesondere bei den Bedingungen nach Art. 8 DA. In Art. 8 Abs. 1 und 2 DA wird ausdrücklich auf Art. 13 DA (= Kapitel IV DA) Bezug genommen. Aber auch Datennutzungsverträge im Kontext von Art. 4 und 5 DA unterliegen der Klauselkontrolle nach Art. 13 DA.²² Es besteht keine Beschränkung auf einzelne Zugangsansprüche.²³ Die eigentliche Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs liegt hingegen im erforderlichen Bezug der einzelnen Vertragsklausel zur Bereitstellung von Daten.²⁴ Innerhalb eines einheitlichen Vertragswerks kann daher eine gespaltene Prüfung je nach betroffener Klausel erforder-

21 Dazu Wolf/Lindacher/Pfeiffer, *AGB-Recht/Pfeiffer*, 7. Aufl. 2020, RL 93/13 EWG Art. 3 Rn. 2.

22 *Wiebe*, GRUR 2023, 1569 (1574).

23 *Wiebe*, GRUR 2023, 1569 (1574).

24 Erwägungsgrund 60 DA; vgl. dazu *Leistner/Antoine*, IPR and the use of open data and data sharing initiatives by public and private actors, 2022, S. 108.

lich werden.²⁵ Einzelne Klauseln können je nach Inhalt an Art. 13 DA und andere an §§ 310 Abs. 1, 305 ff. BGB zu prüfen sein.

c) Einseitiges Auferlegen

Eine im Vergleich zur KlauselRL und zu § 305 BGB erhebliche Hürde im Tatbestand von Art. 13 DA liegt im Erfordernis des einseitigen Auferlegens. Insofern soll eine Orientierung an Art. 7 Abs. 1 GEK²⁶ erfolgt sein. Demgegenüber fordert Art. 3 Abs. 2 KlauselRL lediglich, dass der Verbraucher auf die im voraus abgefasste Klausel keinen inhaltlichen Einfluss nehmen konnte. Darüber geht Art. 13 Abs. 6 DA nochmals hinaus, indem ausdrücklich ein Verhandlungsversuch der anderen Vertragspartei verlangt wird. Zumindest pro forma muss daher der andere Vertragspartner versuchen, den Inhalt der Klausel durch Verhandlungen zu ändern.²⁷ Ein solcher Verhandlungsversuch ist für Art. 3 Abs. 2 KlauselRL und § 305 Abs. 1 BGB nicht erforderlich;²⁸ ebenso wenig wird er von Art. 7 Abs. 1 GEK vorausgesetzt. Klauseln, die eine Vertragspartei ohne Widerspruch akzeptiert hat, unterliegen daher keiner Inhaltskontrolle nach Art. 13 DA und wegen der Sperrwirkung im unternehmerischen Verkehr auch keiner Inhaltskontrolle nach §§ 310 Abs. 1, 305 ff. BGB. Im Fokus stehen Situationen „ohne Verhandlungsspielraum“²⁹. Eine Beeinflussung durch die andere Vertragspartei war hingegen möglich, wenn die Vertragsklausel im Laufe der Verhandlungen geändert wurde³⁰ und diese Änderung ihr zurechenbar ist.

Der förmliche Verweis auf den erfolglosen Verhandlungsversuch wird im Kontext der Teleologie³¹ von Art. 13 DA gelesen, welche die Vertragsfreiheit der Parteien als Ausgangspunkt der Klauselkontrolle einordnet.³² Diese Ausrichtung ist gerade für den unternehmerischen Rechtsverkehr

25 Staudenmayer, EuZW 2022, 596 (600); Wiebe, GRUR 2023, 1569 (1574).

26 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM(2011) 635 endgültig.

27 Schippel, ITRB 2023, 79 (81); Witzel, CR 2022, 561 (563); siehe auch Holznagel/Freese, EuZ 2023, 1 (24).

28 Die 305 ff. BGB finden nur dann keine Anwendung, wenn die fragliche Klausel ernsthaft zur Disposition gestellt wurde, BGH NJW 2019, 2080 (2082); Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht/Pfeiffer, 7. Aufl. 2020, RL 93/13 EWG Art. 3 Rn. 15.

29 Erwägungsgrund 59 DA.

30 Erwägungsgrund 59 DA.

31 Erwägungsgrund 59, 61 DA.

32 Staudenmayer, EuZW 2022, 596 (600).

vorbehaltslos zu begrüßen. Dennoch drängt das obligatorische und generelle Verhandlungserfordernis die Parteien zu stark zu einer bloßen Förmelerei, wenn lediglich zur Eröffnung der Klauselkontrolle ein beweisbarer Verhandlungsversuch unternommen werden muss. Zudem fehlt eine diesbezügliche Rechtskenntnis nicht selten bei solchen Vertragspartnern, die weniger geschäftserfahren und daher eigentlich erhöht schutzbedürftig sind.³³ Auch kann faktisch ein Verhandlungsversuch „by design“ erheblich erschwert werden, wenn im digitalen Massengeschäft nur eine simple Zustimmungsoption angezeigt wird.³⁴ Um das gesetzliche Konzept zu verdeutlichen, hätte es ausgereicht, den Verhandlungsversuch als schlichtes Regelbeispiel für eine fehlende Beeinflussungsmöglichkeit auszugestalten.

d) Beweislast

Die Darlegungs- und Beweislast ist zulasten des Verwenders verteilt; dieser hat zu beweisen, dass kein einseitiges Auferlegen erfolgt ist (Art. 13 Abs. 6 Satz 2 DA). Der Gesetzeswortlaut ist insofern aber ungenau, weil diese Beweislastverteilung zunächst voraussetzt, dass eine Vertragsklausel von einer Vertragspartei eingebracht wurde. Erst unter dieser Voraussetzung hat der Verwender sodann zu beweisen, dass die andere Vertragspartei den Inhalt trotz Verhandlungsversuchs nicht beeinflussen konnte. Angesichts der Satzstruktur, des Wortlauts und der Anbindung an den vorherigen Satz geht die Formulierung des Umfangs der Beweislast („nicht einseitig auferlegt“) zu weit und ist auf den zweiten Definitionsbestandteil, d.h. die fehlende Möglichkeit zur Beeinflussung zu reduzieren.

Damit wird wegen der negativen Formulierung („... Beweislast ..., dass ... nicht einseitig auferlegt ...“) vermutet, dass eine Vertragsklausel, die eine Vertragspartei eingebracht hat, von der anderen Vertragspartei trotz Verhandlungsversuchs nicht beeinflusst werden konnte. Der Verwender kann diese gesetzliche Vermutung durch den Beweis des Gegenteils widerlegen (§ 292 ZPO). Der Rückgriff auf § 292 ZPO wird durch den Data Act nicht gesperrt, weil der Data Act insofern keine Regelung enthält und Art. 13 Abs. 6 Satz 2 DA lediglich vervollständigt.

33 *Wiebe*, GRUR 2023, 1569 (1575).

34 Noch weitergehend *Wiebe*, GRUR 2023, 1569 (1575).

4. Persönlicher Anwendungsbereich (Art. 13 Abs. 1 DA)

a) Vertragspartner als Unternehmer

In Art. 13 Abs. 1 DA und der amtlichen Überschrift von Kapitel IV DA wird der persönliche Anwendungsbereich der Klauselkontrolle auf Vertragsklauseln zwischen Unternehmen beschränkt. Bei Beteiligung eines Verbrauchers scheidet die Klauselkontrolle nach Art. 13 DA aus. Der Unternehmensbegriff basiert auf der Legaldefinition des Art. 2 Nr. 24 DA und stellt dabei auf den gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Zweckzusammenhang des handelnden Vertragspartners ab. Die Überlegungen aus dem ursprünglichen Kommissionsentwurf, den persönlichen Anwendungsbereich auf KMU zu beschränken,³⁵ wurden daher aufgegeben.³⁶ Rechtspolitisch hätte erwogen werden können, auch staatliche Institutionen und gemeinnützige Organisationen ebenfalls dem Schutz des Art. 13 DA zu unterwerfen.³⁷ De lege lata ist die Entscheidung des Gesetzgebers aber hinzunehmen, zumal insofern eine Klauselkontrolle nach §§ 305 ff. BGB nicht versperrt ist.

b) Dritte als Vertragspartner

Jenseits der Unternehmereigenschaft formuliert Art. 13 DA keine weiteren Anforderungen an die erfassten Vertragspartner. Damit sind namentlich Nutzer und Dateninhaber in beliebigen Rollen vom persönlichen Anwendungsbereich erfasst. Problematisch könnte die Einbeziehung von Dritten sein, die weder Dateninhaber noch Nutzer sind. In der Literatur wird teilweise bezweifelt, dass solche – in Art. 2 DA nicht gesondert legaldefinierte

35 Art. 13 des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über harmonisierte Vorschriften für einen fairen Datenzugang und eine faire Datennutzung, COM(2022) 68 final.

36 Zur Kritik *Drexel et al.*, Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 25 May 2022 on the Commission's Proposal of 23 February 2022 for a Regulation on harmonized rules on fair access to and use of data (Data Act), 17.06.2022, S. 46.

37 So die Forderung von *Drexel et al.*, Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 25 May 2022 on the Commission's Proposal of 23 February 2022 for a Regulation on harmonized rules on fair access to and use of data (Data Act), 17.06.2022, S. 47.

– Dritte des Schutzes aus Art. 13 DA bedürften.³⁸ Der Zweck der Klauselkontrolle, einen Missbrauch infolge Marktversagens zu verhindern, greife gegenüber Dritten nicht ein. Während Nutzer sich häufig nicht sonderlich für die von ihrem vernetzten Produkt generierten Daten interessieren, sei die Tätigkeit dieser Dritten auf den Datenzugang geradezu ausgerichtet. Daher bestehe in diesem Verhältnis kein „Lemon Market“. Vielmehr gehe es um die Verhinderung des Missbrauchs einer Monopolstellung. Hierzu sei der FRAND-Mechanismus aus Art. 8 Abs. 1 DA besser geeignet.

Die Ausgangsbeschreibung, wonach Dritte anders als Nutzer nicht in einem „Lemon Market“ agierten, erscheint vielfach zutreffend. Daraus lässt sich durchaus eine typisiert geringere oder zumindest andere Schutzbedürftigkeit von Dritten ableiten. Allerdings beschränkt sich die Teleologie von Art. 13 DA nicht auf einzelne Szenarien, in denen ein spezifisches Marktversagen auftritt. Vielmehr adressiert Art. 13 DA nach Erwägungsgrund 58 DA jegliche Fälle von Ungleichgewichten in der Verhandlungsposition. Auch der Wortlaut von Art. 13 Abs. 1 DA weist keinerlei Einschränkungen auf, die sich für Besonderheiten bei Dritten heranziehen ließen. Eine teleologische Reduktion erscheint wegen des umfassenden und durch Erwägungsgrund 58 DA getragenen Zwecks methodisch ausgeschlossen. Mithin greift Art. 13 DA auch ein, wenn ein Dritter Vertragspartner ist.

5. Kontrollfreiheit

a) Übereinstimmung mit Unionsrecht (Art. 13 Abs. 2 DA)

Vertragsklauseln, die im Einklang mit Bestimmungen des Unionsrechts stehen, werden als nicht missbräuchlich eingeordnet (Art. 13 Abs. 2 DA) und daher der Klauselkontrolle a priori entzogen. Das relevante Unionsrecht besteht sowohl aus dem Primär- als auch dem Sekundärrecht. Im Fokus dürfte jedoch das Sekundärrecht, namentlich das Datenwirtschafts- und das Unionsprivatrecht, stehen. Eine Differenzierung zwischen Verordnungen und Richtlinien erfolgt nicht. Auch der Data Act selbst zählt zum Unionsrecht i.S.d. Art. 13 Abs. 2 DA. Irrelevant ist dabei, ob es sich um eine zwingende oder dispositive Vorschrift handelt. In beiden Fällen unterstellt Art. 13 Abs. 2 DA, dass eine gesetzgeberische Interessen- und Rechtsgüterabwägung stattgefunden hat und in die konkrete Norm eingeflossen ist.

38 Zum Folgenden Metzger/Schweitzer, ZEuP 2023, 42 (64 f.); Picht, Journal of European Competition Law & Practice 14 (2023), 64 (80).

Eine solche demokratische Entscheidung trägt ihre rechtliche Legitimation in sich und steht einer Einordnung als missbräuchlich entgegen. Letztlich ordnet Art. 13 Abs. 2 DA systematisch eine Subsidiarität der Klauselkontrolle nach dem Data Act gegenüber vorrangigen Wertungen anderer Sekundärrechtsakte an.

Im Vergleich zur Parallelregelung in Art. 1 Abs. 2 KlauselRL bezieht Art. 13 Abs. 2 DA ausdrücklich auch dispositives Gesetzesrecht mit ein. Während sich die KlauselRL auf „bindende[n] Rechtsvorschriften“ beschränkt, bezieht Art. 13 Abs. 2 DA neben „zwingenden Bestimmungen“ auch die „bei Fehlen von Vertragsklauseln zur Regelung der Angelegenheit geltende[n] Bestimmungen“ mit ein. Diese Erweiterung ist zu begrüßen. Eine Differenzierung zwischen zwingendem und dispositivem Recht trägt teleologisch nicht, da es nicht auf die fehlende Ausweichmöglichkeit des Verwenders, sondern auf die materielle Legitimation durch den demokratischen Gesetzgebungsprozess ankommt.

b) Hauptgegenstand des Vertrages und Preis der Gegenleistung (Art. 13 Abs. 8 DA)

Aus dem sachlichen Anwendungsbereich von Art. 13 DA generell ausgenommen werden Vertragsklauseln, die den Hauptgegenstand des Vertrags oder das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung festlegen. Damit lehnt sich Art. 13 Abs. 8 DA teilweise an Art. 4 Abs. 2 KlauselRL an. Allerdings besteht der nicht unerhebliche Unterschied, dass die KlauselRL auch solche Vertragsklauseln einer Kontrolle unterwirft: lediglich keiner Inhalts-, sondern einer Transparenzkontrolle. Der Data Act verzichtet hingegen vollständig auf eine Klauselkontrolle einschließlich der Transparenzkontrolle. Ob tatbestandlich die Hauptleistung des Vertrages oder das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung betroffen ist, lässt sich im Ausgangspunkt in Anlehnung an Art. 4 Abs. 2 KlauselRL bestimmen.³⁹ Allerdings ist der Tatbestand tendenziell weiter als in der KlauselRL auszulegen, weil der unternehmerische Rechtsverkehr betroffen ist und die Erwägungsgründe 59 und 61 DA die Vertragsfreiheit als dessen Grundkonzept auf zentraler Position sehen.

39 Ebenso *Staudenmayer*, EuZW 2022, 596 (601). Zu Art. 4 Abs. 2 KlauselRL vgl. EuGH 27.04.2023 – C-705/21, ECLI:EU:C.2023:352 – Caixabank.

V. Prüfungsmaßstab für eine Missbräuchlichkeit

1. Leitmotive

Die durch die Klauselkontrolle bewirkte Einschränkung der Vertragsfreiheit wird allgemein durch zwei Erwägungen gerechtfertigt.⁴⁰ Erstens soll der Vertragspartner des Verwenders vor Vereinbarungen geschützt werden, die inhaltlich nicht ausgewogen sind, aber praktisch akzeptiert werden mussten. Zweitens soll die freiheitliche Marktregulierung gesichert werden, die durch eine einseitige Inanspruchnahme von Vertragsgestaltungsmacht gefährdet wäre. Diese Rechtfertigungsgründe werden im Grundsatz auch auf den unternehmerischen Rechtsverkehr übertragen.⁴¹ Der BGH spricht daher ungeachtet von § 310 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB den Wertungen aus §§ 308, 309 BGB im Rahmen der Angemessenheitskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB eine Indizwirkung zu.⁴² Um die Vertragsfreiheit im unternehmerischen Rechtsverkehr in teilweiser Abkehr von dieser Judikatur zu stärken, wurden bereits vor längerer Zeit verschiedene Reformvorschläge entwickelt.⁴³ Einen Schritt in diese Richtung hat der deutsche Gesetzgeber mit dem Zukunftsfinanzierungsgesetz⁴⁴ unternommen, indem sektorspezifisch für den Bereich bestimmter Bankverträge die Klauselkontrolle ausgeschlossen wurde (§ 310 Abs. 1a BGB).⁴⁵

Auf letzterer Linie bewegen sich auch die Erwägungsgründe 59 und 61 DA. Bei der Klauselkontrolle müsse die Vertragsfreiheit als „wesentliches Konzept“⁴⁶ einbezogen werden. Die wirtschaftliche Nachteiligkeit einer Klausel begründe keine Missbräuchlichkeit.⁴⁷ Die „überwiegende Mehrheit der Vertragsklauseln“⁴⁸ sei daher nicht missbräuchlich. Es bedürfe daher

40 Dazu stellvertretend Staudinger BGB/Mäsch, 2022, § 307 Rn. 2 m.w.N.

41 Kritisch u.a. Berger, NJW 2010, 465 ff.; Dauner-Lieb/Axer, ZIP 2010, 309 ff.; Leuschner, JZ 2010, 875 ff.

42 Grundlegend BGHZ 90, 273 (278) = NJW 1984, 1750 (1751); BGHZ 174, 1 Rn. 11 f.; BGH NJW 2014, 3722 Rn. 32; umfassend zur Kritik an der Rechtsprechung Wendland, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 923 m.w.N.

43 Stellvertretend Leuschner, AcP 207 (2007), 491 (528); Becker, JZ 2010, 109 (1105).

44 BGBl. 2023 I Nr. 354, Gesetz zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (ZuFinG) v. 14.12.2023.

45 Überblick bei Kropf, WM 2024, 377 ff.

46 Erwägungsgrund 59 DA.

47 Erwägungsgrund 61 DA.

48 Erwägungsgrund 61 DA.

einer „grobe[n] Abweichung“⁴⁹, um eine Missbräuchlichkeit bei objektiver Betrachtung annehmen zu können. Der Data Act verfolgt daher einen ultima-ratio-Ansatz zur Klauselkontrolle, der restriktiver als beispielsweise das deutsche AGB-Recht für B2B-Verträge ist. Die Erwägungsgründe zu Art. 13 DA gehen teilweise noch über § 310 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB hinaus, da sie davon ausgehen, im zumindest empirischen Regelfall sei nicht von einer Missbräuchlichkeit auszugehen. Die BGH-Rechtsprechung zur Indizwirkung wäre mit diesen Vorgaben nicht vereinbar. Da der Rückgriff auf das nationale AGB-Recht im Anwendungsbereich von Art. 13 DA aber gesperrt ist, kommt es darauf nicht mehr an.

2. Keine Transparenzkontrolle

Anders als nach der KlauselRL und nach §§ 310 Abs. 1, 307 Abs. 1 Satz 2 BGB findet im Anwendungsbereich von Art. 13 DA keine Transparenzkontrolle statt. Den Hintergrund bildet das Konzept des GEK, wonach im unternehmerischen Rechtsverkehr keine Transparenzkontrolle vorgesehen ist (Art. 82, 80 Abs. 2 GEK).⁵⁰ Eingebettet wird diese Einschränkung der Kontrolldichte durch die Erwägungsgründe 59 und 61 DA, die im Lichte der Vertragsfreiheit die Klauselkontrolle als ultima ratio ausgestalten. Hervorgehoben wird explizit, dass die wirtschaftliche Nachteiligkeit einer Klausel für eine Vertragspartei ein marktübliches („normales“) Phänomen darstelle und nur grobe Abweichungen von einer guten Geschäftspraxis als Missbrauch zu werten sind.⁵¹ Daher darf ein Verstoß gegen die Generalklausel des Art. 13 Abs. 3 DA nicht aus einer Intransparenz der Klausel abgeleitet werden. Dieses Ergebnis wird auch durch einen systematischen Abgleich mit Art. 8 Abs. 1 DA belegt, der anders als Art. 13 DA ausdrücklich die Transparenz einbezieht.⁵²

49 Erwägungsgrund 61 DA.

50 Staudenmayer, EuZW 2022, 596 (602).

51 Erwägungsgrund 61 DA.

52 Siehe auch Erwägungsgründe 25, 34, 42 DA.

3. Systematik

Ähnlich wie das deutsche AGB-Recht⁵³ folgt Art. 13 Abs. 3-5 DA einem dreistufigen Prüfungsaufbau.⁵⁴ Bevor die Generalklausel in Art. 13 Abs. 5 DA geprüft wird, müssen zunächst zwei Listen mit konkreten Klauseltypen untersucht werden. Begonnen wird mit einer Liste von Klauseln, deren Verwendung stets und ausnahmslos als missbräuchlich eingestuft wird („schwarze Liste“, Art. 13 Abs. 4 DA). Zwar kommt im Wortlaut diese zwingende Rechtsfolge auch im systematischen Wortlautvergleich mit Art. 13 Abs. 5 DA nur unzureichend zum Ausdruck. Allerdings erläutert Erwägungsgrund 62 Satz 1 und 2 DA präzise die systematische Rollenverteilung zwischen den beiden Listen. Im Fall der generellen Missbräuchlichkeit nach Art. 13 Abs. 4 DA gelten die Klauseln „stets als missbräuchlich“⁵⁵, während bei der Liste in Art. 13 Abs. 5 DA nur eine widerlegliche Vermutung der Missbräuchlichkeit eingreift („graue Liste“). Auf die Generalklausel aus Art. 13 Abs. 3 DA darf sodann nur zurückgegriffen werden, wenn kein Treffer in einer der beiden Listen zu vermelden ist. Ihr kommt eine Aufgangsfunktion zu.

Der europäische Gesetzgeber möchte die beiden Listen als „Maßstab“⁵⁶ für die Auslegung der Generalklausel verwenden. Diese Vorgabe verharret teilweise im Unklaren. Damit könnte verbunden sein, dass die beiden Listen zugleich eine positive Wirksamkeitsaussage zu Klauseln enthielten, die nicht von den Listen umfasst werden. So weit dürfte die Bedeutung der Listen aber nicht reichen, weil ansonsten die Generalklausel ihre Auffangfunktion überwiegend verlieren würde. Aber die beiden Listen konturieren das normative Gewicht, das für eine Missbräuchlichkeit verlangt wird.

4. Generelle Missbräuchlichkeit („schwarze Liste“, Art. 13 Abs. 4 DA)

Die stets zu einer Missbräuchlichkeit führende Verbotsliste aus Art. 13 Abs. 4 DA kennt inhaltlich teilweise eine direkte Entsprechung in der Liste aus dem Anhang zur KlauselRL. Beim Verbot, die Haftung für vorsätzliche oder grob fahrlässige Handlungen zu beschränken oder auszuschließen (Art. 13 Abs. 4 lit. a DA), besteht hingegen eine Parallele zu § 309 Nr. 7

53 Dazu BeckOK BGB/*Schmidt*, 70. Ed. 1.5.2024, BGB § 307 Rn. 18.

54 *Wiebe*, GRUR 2023, 1569 (1575).

55 Erwägungsgrund 62 Satz 1 DA.

56 Erwägungsgrund 62 Satz 4 DA.

lit. b BGB. Eine Einschränkung auf bestimmte Haftungsgründe (z.B. wegen Verletzung hochrangiger Rechtsgüter) erfolgt nicht. Zudem wird für den Ausschluss der Vorsatzhaftung das auch individualvertragliche Verbot⁵⁷ aus § 276 Abs. 3 BGB aufgegriffen. Nach Sinn und Zweck ist es nicht erforderlich, dass ausdrücklich ein solcher Haftungsausschluss in der Vertragsklausel formuliert wird. Vielmehr genügt es, wenn nach Auslegung ein solcher Ausschluss in der betroffenen Bestimmung enthalten ist. Auch die Festlegung einer absoluten Obergrenze für die Schadenshöhe, etwa um die Versicherbarkeit von Risiken zu erreichen, scheitert an Art. 13 Abs. 4 lit. a DA, weil damit oberhalb dieser Grenze auch die Haftung für vorsätzliches und grob fahrlässiges Handeln ausgeschlossen wird.⁵⁸ Das in Art. 13 Abs. 4 lit. b DA enthaltene Klauselverbot orientiert sich demgegenüber an lit. b Anhang zur KlauselRL. Auch Art. 13 Abs. 4 lit. c DA spiegelt ein Klauselverbot aus der KlauselRL. Nach lit. m Anhang zur KlauselRL darf sich der Verwender nicht das exklusive Recht zusprechen, über die Vertragsgemäßheit seiner Leistung zu entscheiden oder Vertragsklauseln auszulegen.

5. Vermutete Missbräuchlichkeit („graue Liste“, Art. 13 Abs. 5 DA)

Anders als die Tatbestände aus Art. 13 Abs. 4 DA bewirkt die Verbotsliste aus Art. 13 Abs. 5 DA lediglich die Vermutung der Missbräuchlichkeit, die der Verwender im Einzelfall widerlegen kann. Dabei lässt sich die Verbotsliste in zwei Gruppen unterteilen. Während lit. a allgemein und vertrags-typübergreifend formuliert ist, weisen lit. b-g verordnungsspezifische Zielsetzungen auf. In lit. a wird generell die Rechtsposition des anderen Vertragspartners bei Leistungsstörungen vor unangemessenen Verschiebungen geschützt. Demgegenüber verfolgen lit. b-g datenrechtliche Zielsetzungen, die eng mit der allgemeinen Teleologie des gesamten Data Act⁵⁹ verbunden sind.⁶⁰ Vertragliche Hindernisse für die Datenweitergabe sollen weitgehend ausgeschaltet werden. Dazu zählt auch lit. d zur Einschränkung der Kündigungsrechte des anderen Vertragspartners, auch wenn im Wortlaut – anders als bei lit. b, c, e-g – dieser Bezug nicht unmittelbar zum Ausdruck

57 Umfassend dazu *Wienhaus*, Haftungsfreizeichnungsklauseln, 2003; zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen *Bruns*, Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung, 2003, S.165 ff.

58 Ebenso zu § 309 Nr. 7 lit. b BGB BGH NJW 2013, 2502 (2503).

59 Insbesondere Erwägungsgründe 2, 4 und 5 DA.

60 Kritisch zur hinreichenden Konturenschärfe *Hennemann/Steinrötter*, NJW 2022, 1481 (1485).

kommt. Als Folge davon sind die datenrechtlichen Zielsetzungen des Data Act sowohl in die Auslegung des Tatbestands von lit. b-g als auch in die Widerlegung der Vermutung der Missbräuchlichkeit zentral einzubeziehen. Zwar unterliegen Art. 13 Abs. 4 und Abs. 5 lit. a DA ebenfalls dieser übergreifenden Zielsetzung. Dennoch schützen diese Klauselverbote im Schwerpunkt das vertragliche Äquivalenzverhältnis und die gegenseitigen Rechte bei Leistungsstörungen, während Art. 13 Abs. 5 lit. b-g DA eine spezifisch datenrechtliche Ausrichtung innewohnt.

6. Generalklausel (Art. 13 Abs. 3 DA)

a) Verhältnis zu den Verbotskatalogen

Auf die Generalklausel aus Art. 13 Abs. 3 DA kann erst dann subsidiär zurückgegriffen werden, wenn kein vorrangiger Spezialtatbestand aus Art. 13 Abs. 4-5 DA erfüllt ist. Beide Listen dienen sodann als Auslegungsmaßstab für die Generalklausel.⁶¹ Daraus folgt zum einen, dass die mit den Verbotslisten verfolgten Zielsetzungen auch für die Generalklausel von Bedeutung sind. Als besonders schützenswert gelten damit namentlich die beiderseitigen Rechte und Pflichten bei Leistungsstörungen (vgl. Art. 13 Abs. 4 und Abs. 5 lit. a DA). Weiterhin liegt eine Missbräuchlichkeit umso näher, je intensiver die datenrechtliche Zielsetzung zur Erleichterung der Datenweitergabe ohne rechtfertigenden Grund eingeschränkt wird (vgl. Art. 13 Abs. 5 lit. b-g DA).

b) Vorrang der Vertragsfreiheit

Einzubeziehen ist jedoch ebenfalls, dass anders als im Anwendungsbereich der Klauselrichtlinie der unternehmerische Rechtsverkehr betroffen ist. Daher betonen die Erwägungsgründe 59 und 61 DA die Vertragsfreiheit und den ultima-ratio-Charakter der Klauselkontrolle besonders. Erst eine „grobe Abweichung“⁶² von der guten Geschäftspraxis vermag das Verdikt der Missbräuchlichkeit zu tragen. Insofern liegt die tatbestandliche Hürde höher als bei § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB.

61 Erwägungsgrund 62 DA.

62 Erwägungsgrund 61 DA.

c) Bedeutung der Mustervertragsklauseln

Nicht zweifelsfrei äußert sich der Data Act zur Bedeutung der Mustervertragsklauseln, welche die Kommission nach Art. 41 DA erstellt, für die Durchführung der Klauselkontrolle. Nach Art. 41 DA kommt ihnen lediglich eine unterstützende Funktion zu.⁶³ Auch Erwägungsgrund 62 DA sieht die Mustervertragsklauseln als „hilfreich“ bei der Vertragsabfassung an. Die Mustervertragsklauseln werden zudem als unverbindlich eingeordnet. Daraus leitet sich zunächst ab, dass die Nichtverwendung der Mustervertragsklauseln keine negativen Auswirkungen auf die Missbräuchlichkeitsprüfung hat. Den Parteien steht es in Ausübung ihrer Vertragsfreiheit offen, ob und in welchem Umfang sie auf die Mustervertragsklauseln der Kommission zurückgreifen.

Sofern sie von den Mustervertragsklauseln jedoch Gebrauch machen, sind sie damit nicht automatisch vor einer Klauselkontrolle geschützt. Zwar dürfte Art. 41 DA die Erwartung des unionalen Gesetzgebers zugrunde liegen, die Kommission werde rechtskonforme Klauseln entwerfen. Allerdings verzichtet der Data Act ausdrücklich auf die Anordnung, die Mustervertragsklauseln seien einer Klauselkontrolle entzogen und generell als nicht missbräuchlich einzuordnen. Die Letztentscheidungskompetenz kommt insofern dem Europäischen Gerichtshof bei der Auslegung und Anwendung von Art. 13 DA zu. Allerdings verpflichtet Art. 41 DA die Kommission zur Abfassung von „fairen, angemessenen und nichtdiskriminierenden“ Klauseln. Die Einhaltung dieser Vorgaben führte dazu, dass auch eine Missbräuchlichkeit i.S.d. Art. 13 DA abzulehnen wäre. Daher kann jedenfalls von einer Indizwirkung ausgegangen werden: Die Verwendung von Mustervertragsklauseln indiziert die Konformität mit Art. 13 DA. Dennoch bleiben diese Vertragsklauseln der Klauselkontrolle unterworfen, da insbesondere Umstände des Einzelfalls wie namentlich die vertragliche Risikoverteilung und besondere Vertragszwecke eine Missbräuchlichkeit begründen können.

VI. Rechtsfolgen der Missbräuchlichkeit

1. Nichtigkeit (Art. 13 Abs. 1 DA)

Die Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel hat zwingend zur Folge, dass sie für die andere Vertragspartei „nicht bindend“ (Art. 13 Abs. 1 DA) ist. In-

63 Ähnlich *Hennemann/Steinrötter*, NJW 2022, 1481 Rn. 27.

sofern lehnt sich der Wortlaut an Art. 6 Abs. 1 Halbsatz 1 KlauselRL an, der ebenfalls von einer Unverbindlichkeit spricht. In beiden Fällen kommt den Mitgliedstaaten ein gewisser Spielraum zu, wie sie in ihren Privatrechtsordnungen diese Unverbindlichkeit rechtstechnisch erreichen. Wegen des offenen Wortlauts von Art. 13 Abs. 1 DA steht insofern nicht entgegen, dass der Data Act als Verordnung keiner Umsetzung bedarf. Für das deutsche Privatrecht liegt eine Übernahme der Rechtsfolgen nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB nahe, so dass eine Unwirksamkeit eintritt. Methodisch wäre eine Analogie zu § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB zu ziehen, da die Vorschrift unmittelbar im Anwendungsbereich von Art. 13 DA systematisch gesperrt ist.

2. Abtrennbarkeit (Art. 13 Abs. 7 DA)

Die Unwirksamkeit einer Vertragsklausel berührt die Wirksamkeit des übrigen Vertrags nicht, sofern die betroffene Klausel von den übrigen Vertragsbestandteilen abtrennbar ist. Das Erfordernis der Abtrennbarkeit findet sich sowohl in Art. 13 Abs. 7 DA als auch in Erwägungsgrund 62 DA. Wann eine solche Abtrennbarkeit besteht, legt der Data Act nicht im Einzelnen fest. Auch Art. 6 Abs. 1 Halbsatz 2 KlauselRL ordnet einen Fortbestand des übrigen Vertrags an, sofern ein solcher ohne die missbräuchliche Klausel möglich ist. Die von Art. 13 Abs. 7 DA explizit zugelassene Klauselabgrenzung ist auch im Anwendungsbereich der KlauselRL zulässig.⁶⁴ Insofern verfolgen beide Vorschriften einen vergleichbaren Regelungszweck: Den nicht missbräuchlichen Teil des Vertragswerks nach Möglichkeit zu erhalten, um der Privatautonomie der Parteien umfänglich Rechnung zu tragen. Hierzu muss eine voneinander unabhängige Überprüfbarkeit der missbräuchlichen Vertragsklausel und des restlichen Vertragswerks vorgenommen werden können. Insofern kann im Grundsatz auf die Auslegung von § 306 Abs. 1 BGB zurückgegriffen werden, die zwischen einer sachlichen und personalen Abtrennbarkeit/Teilbarkeit unterscheidet.⁶⁵ Damit steht auch der Blue-pencil-Test in engem Zusammenhang, der aus dem englischen Recht stammt und unzulässige Teile einer Klausel abspaltet,

64 BeckOGK BGB/*Bonin*, Stand: 1.3.2024, § 306 Rn. 15 f.; Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht/*Pfeiffer*, 7. Aufl. 2020, RL 93/13 EWG Art. 6 Rn. 11.

65 Grundlegend BGH NJW 1982, 178 (181); eingehend dazu BeckOGK BGB/*Bonin*, Stand: 1.3.2024, § 306 Rn. 16 ff. m.w.N.

sofern sie sprachlich abtrennbar sind.⁶⁶ In Abgrenzung zur Auslegung der KlauselRL sind jedoch die wirksamkeits- und privatautonomiefreundlichen Erwägungsgründe zu Art. 13 DA und der auf den unternehmerischen Verkehr zugeschnittene Anwendungsbereich einzubeziehen. Daher ist im Zweifel von einer Abtrennbarkeit auszugehen.

3. Geltungserhaltende Reduktion

Nicht mit der durch Art. 13 Abs. 7 DA adressierten Abtrennbarkeit identisch ist die Frage nach der Zulässigkeit einer geltungserhaltenden Reduktion.⁶⁷ Durch die gesetzliche Zulassung der Abtrennung von missbräuchlichen Klauselbestandteilen hat die geltungserhaltende Reduktion zwar einen Teil ihrer rechtspraktischen Bedeutung verloren. Auch konnte der EuGH bislang allenfalls im Anwendungsbereich der KlauselRL ein Verbot der geltungserhaltenden Reduktion bindend vorgeben.⁶⁸ Dennoch nimmt die deutsche Rechtsprechung ein Verbot der geltungserhaltenden Reduktion auch jenseits der KlauselRL im unternehmerischen Verkehr an.⁶⁹

Ebenso wie im Anwendungsbereich der KlauselRL⁷⁰ lässt sich dem Wortlaut keine eindeutige Vorgabe zur geltungserhaltenden Reduktion entnehmen. Die für ein solches Verbot vorgebrachte generalpräventive Teleologie (Abschreckungswirkung)⁷¹ hingegen könnte auch eine Erstreckung auf Art. 13 DA tragen. Allerdings gilt es die besondere Betonung der Vertragsfreiheit für die Klauselkontrolle nach dem Data Act und deren Einordnung als ultima ratio zu beachten. Zudem kennt Art. 13 DA anders als die KlauselRL keine Transparenzkontrolle, so dass die Begründung⁷² mit Unklarheiten über den genauen Umfang der Aufrechterhaltung beim anderen Vertragspartner insofern nicht tragen kann. Auch besteht angesichts der systematischen Eigenständigkeit von Art. 13 DA keine Anbindung an die

66 MünchKomm BGB/*Fornasier*, 9. Aufl. 2022, § 306 Rn. 22; *Zimmermann*, Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?, 1979, S. 79 f.; *Dedual*, Geltungserhaltende Reduktion, 2017, S. 59 f.

67 Zu den beiden Möglichkeiten einer geltungserhaltenden Reduktion siehe *Uffman*, Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, 2010, S. 225 ff.

68 EuGH 26.3.2019 – C-70/17, C-179/17, ECLI:EU:C:2019:250, Rn. 53 f. – *Abanca Corporación Bancaria* m.w.N.

69 BGH NJW-RR 2004, 1498; 2018, 1811 (1812); 2007, 3421 (3422).

70 Dazu stellvertretend EuGH 3.3.2020 – C125/18, ECLI:EU:C:2020:138, Rn. 59 – *Gómez del Moral Guasch*.

71 Dazu EuGH 25.11.2020 – C-269/19, ECLI:EU:C:2020:954, Rn. 38 – *Banca B*.

72 BGHZ 143, 103 (119).

Auslegung der KlauselRL und des nationalen AGB-Rechts. Der Data Act hat einen Sondertatbestand aufgestellt, der nicht nur auf den unternehmerischen Verkehr beschränkt ist, sondern ausweislich der Erwägungsgründe auch eine wirksamkeitsfreundliche Grundstruktur erhalten hat.

Im Ergebnis kann das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion auch auf Art. 13 DA übertragen werden. Tragend erscheint insofern die Abschreckungsfunktion für den Vertragspartner, der die Klausel einseitig auferlegt hat. Insofern bestehen keine durchgreifenden Unterschiede zwischen Art. 13 DA und der KlauselRL. Den Bedenken gegen ein Verbot der geltungserhaltenden Reduktion sollte im Anwendungsbereich von Art. 13 DA durch eine wirksamkeitsfreundliche Anwendung von Art. 13 Abs. 7 DA und eine deutlich weitreichendere Befugnis zur Lückenfüllung als nach der KlauselRL Rechnung getragen werden. Die Grundlage bilden namentlich die Erwägungsgründe 59 und 61 DA.

4. Lückenfüllung

Jenseits der Anordnung einer fehlenden Bindungswirkung von missbräuchlichen Vertragsklauseln für den anderen Vertragspartner (Art. 13 Abs. 1 DA) äußert sich der Data Act nicht gesondert zu den Folgen der Missbräuchlichkeit von Vertragsklauseln. Insofern unterscheidet er sich schon in Wortlaut und Systematik deutlich von der KlauselRL. Insbesondere kennt der Data Act keine Parallelvorschrift zu Art. 7 KlauselRL, auf den der EuGH⁷³ seine einschränkende Rechtsprechung zur Lückenfüllung bei unwirksamen AGB-Klauseln maßgeblich stützt. Ganz im Gegenteil betont Erwägungsgrund 59 DA die Bedeutung der Vertragsfreiheit als „wesentliches Konzept in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen“. Daher grenzt sich Art. 13 DA deutlich von der Lückenfüllung nach der KlauselRL ab und unterliegt einer eigenständigen Auslegung. Zudem bleibt zu beachten, dass auch die KlauselRL grundsätzlich eine Lückenfüllung durch ergänzende Vertragsauslegung zulässt.⁷⁴

Daher können durch die Unwirksamkeit von missbräuchlichen Vertragsklauseln nach Art. 13 Abs. 1 DA entstandene Lücken im Vertrag durch eine ergänzende Vertragsauslegung geschlossen werden. Anders als nach der

73 EuGH 27.1.2021 – C-229/19, C-289/19, ECLI:EU:C:2021:68, Rn. 64 – Dexia Nederland BV m.w.N.

74 Omlor, WM 2023, 1994 (1998) m.w.N. zum Streitstand.

KlauselRL kennt der Data Act keine Einschränkungen auf Konstellationen, in denen eine Gesamtnichtigkeit besonders nachteilige Folgen für den anderen Vertragspartner hätte.⁷⁵ Auch hieran zeigt sich, dass Art. 13 DA keine Verbraucherschutzvorschrift darstellt.

VII. Zusammenfassung

1. Zu den gesetzgeberischen Zielen der DA-Klauselkontrolle zählt der Ausgleich eines wirtschaftlichen Machtgefälles. Allerdings wird dabei die „rationale Ignoranz“ von Vertragsparteien unzureichend gewichtet, die zu einem Marktversagen durch ein Informations- und vor allem Motivationsgefälle führt; darin liegt ebenfalls eine rechtspolitische Rechtfertigung des mit Art. 13 DA bewirkten Eingriffs in die Vertragsfreiheit.
2. Die KlauselRL und der Data Act stehen angesichts unterschiedlicher persönlicher Anwendungsbereiche weitgehend unberührt nebeneinander. Gegenüber dem nationalen AGB-Recht hingegen stellt Art. 13 DA eine abschließende Sonderregelung auf, soweit eine Vertragsklausel i.S.d. Art. 13 Abs. 1 DA betroffen ist.
3. Im Vergleich zur KlauselRL ist der sachliche Anwendungsbereich von Art. 13 DA durch das Erfordernis des einseitigen Auferlegens deutlich eingeschränkt. Soweit eine Klausel ansonsten den Tatbestand des Art. 13 Abs. 1 DA erfüllt, aber lediglich nicht einseitig auferlegt ist, unterliegt sie zudem keiner Kontrolle nach der KlauselRL und dem nationalen AGB-Recht.
4. Die DA-Klauselkontrolle findet auch dann Anwendung, wenn ein Dritter Vertragspartner ist.
5. Wegen der Beschränkung auf den B2B-Bereich lässt die DA-Klauselkontrolle erheblich mehr Spielräume als die KlauselRL. Überdies verzichtet der Data Act auf eine gesonderte Transparenzkontrolle.
6. Die DA-Klauselkontrolle folgt einem dreistufigen Prüfungsaufbau, der mit den konkreten Verbotskatalogen in einer „schwarzen Liste“ (Art. 13 Abs. 4 DA) und einer „grauen Liste“ (Art. 13 Abs. 5 DA) beginnt, sodann erst subsidiär zur Generalklausel (Art. 13 Abs. 3 DA) übergeht.

⁷⁵ Zur KlauselRL diesbezüglich vgl. EuGH 11.09.2019 - C-143/1, ECLI:EU:C:2019:701 - Dzuibak; 31.03.2022 - C-472/20, ECLI:EU:C:2022:242 - Lombard Lizing; 08.09.2022 - C-80/21, C-81/21, C-82/21, ECLI:I:EU:C:2022:646 - D.B.P. (Crédit hypothécaire libellé en devises étrangères) u.a.

7. Im Fall einer Missbräuchlichkeit einer Klausel wird der übrige Vertrag davon nicht berührt, sofern die Regelungen abtrennbar sind, wovon im Zweifel auszugehen ist.
8. Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion gilt auch bei der DA-Klauselkontrolle.
9. Durch eine unwirksame Klausel entstandene Vertragslücken können durch eine ergänzende Vertragsauslegung gefüllt werden.

Genealogie und Datenschutz

Kai von Lewinski

Ahnen- und Familienforschung ist etwas für die alten Onkels oder Großväter und deshalb eigentlich ungeeignet für Festschriftbeiträge. Doch ist sie reizvoll und immer noch von Bedeutung: Die akademische Genealogie hat sich zwar mit dem Ende der Monarchie – eigentlich auch schon vorher – aus den Vorlesungsverzeichnissen der Kameralistik und der Staatslehre verabschiedet, spielt aber im Bereich der Forensik immer noch eine Rolle,¹ die Sozialgeschichte arbeitet schon lange mit Längsschnitten entlang Familien, speziell die Prosopographie (Personenkunde) erforscht einen lebensstatistisch bestimmten Personenkreis. Für konkret die vorliegende Festschrift eignet sich dieses Thema auch: *Georgios Gounalakis* hat sich schon früh mit Familienzusammenhängen im Medioumfeld beschäftigt.² Gerade der von so vielen Kultureinflüssen durchwobene östliche Mittelmeerraum ist in dieser Hinsicht besonders interessant und herausfordernd.³ Ferner ist es ein festschrifttaugliches Paradox, dass die Genealogie der Privatheit schon nachgezeichnet worden ist,⁴ noch nicht aber die der Privatheit in der Genealogie. Und die vorliegenden Überlegungen enden, als besondere Verbeugung vor dem Jubilar, mit einem medienrechtlichen Schlenker (s.u. IV.5.).

-
- 1 *D. Dervanović*, Data Protection Implications of Forensic Genealogy: A Close Look at the Use of Forensic Genealogy in Solving a Double Murder in Sweden, in: M. C. Compagnucci/M. L. Wilson/M. Fenwick/N. Forgó/T. Bärnighausen (Hrsg.), *AI in ehealth*, 2022, S. 401–422.
 - 2 *G. Gounalakis/C. Klein*, Rosenkrieg im Web 2.0, *Forum Familienrecht* 2011, 487–493; *G. Gounalakis/L. Rhode*, Der virtuelle Rosenkrieg, Persönlichkeitsverletzungen im Internet und ihre familienrechtlichen Implikationen, *Forum Familien- und Erbrecht* 2002, 202–206.
 - 3 Vgl. *O. Katsiardi-Hering*, Historische Familienforschung in Südosteuropa. Pluralität der Forschungstendenzen im internationalen Kontext, *Historische Anthropologie* 5/1 (1997), 139–155.
 - 4 Besonders sinnfällig der Titel des Büchleins von *R. Geuss*, *Privatheit. Eine Genealogie*, 2002 (im englischen Original freilich „Public goods, private goods“ [2001]).

I. Die drei ??? und der Stammbaum

Vor allem aber birgt das Thema drei datenschutzrechtliche Großfragen, an denen schon Generationen von Datenschützern und Datenschutzrechtlern herumdoktern: der Mehrfachbezug von Daten (1.), die (Nicht-)Anwendbarkeit des Datenschutzrechts auf Tote (2.) und die Reichweite der sog. „Haushaltsausnahme“ (3.).

1. Mehrfachbezug von personenbezogenen Daten

Der Doppel- oder Mehrfachbezug von personenbezogenen Daten ist eines der ganz großen ungelösten Probleme des Datenschutzrechts. Vor allem in Bezug auf das Genom steht man vor dem Befund, dass das eigene Genom zur Hälfte immer auch das der Eltern und der eigenen Kinder enthält⁵ und so auch über Geschwister, Großeltern und Enkel Aussagen gemacht werden können. Das Konzept der informationellen Selbstbestimmung (s.u. III.3.) versagt, wenn es nicht nur um eine Person selbst geht, sondern mehrere ihre Selbstbestimmung in unterschiedliche Richtungen ausüben – der eine einwilligt und der andere widerspricht. Die allgemeine Datenschutzrechtswissenschaft hat bei der Suche nach einer Antwort resigniert aufgegeben,⁶ die Praxis behilft sich pragmatisch.⁷ Lediglich im Bereich des medizinischen und Medizinforschungsdatenschutzes beschäftigt man sich – soweit ersichtlich – noch intensiver mit dieser Frage.⁸

2. Anwendbarkeit auf Tote

Die Frage des Mehrfachbezugs ist mit der Frage der Verstorbenen im Datenschutz verwandt. Dass das Datenschutzrecht auf Tote nicht anwendbar ist (s.u. IV.1.b) u. c)), ist gesetzlich (Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO) so klar geregelt wie in seinen Auswirkungen auf die Nachkommen uneindeu-

5 Th. Petri, in: S. Simitis/G. Hornung/I. Spiecker, Datenschutzrecht, 2019, Art. 4 Nr. 13 DSGVO, Rn. 10.

6 (Fundamental-)Kritik bei S. Behrendt, Entzauberung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, 2023, S. 55 f. et pass., s.a. S. 369 ff.

7 Vgl. U. Dammann, in: S. Simitis, BDSG, 8. Aufl. 2014, § 3 Rn. 141–156a, der sich in zahlreichen Fallgruppen verliert.

8 Z.B. U. Söns, Biobanken im Spannungsfeld von Persönlichkeitsrecht und Forschungsfreiheit, 2008, S. 164 f.

tig. In den Gesetzen ist zwar eindeutig bestimmt, dass sie sich nur auf lebende natürliche Personen beziehen. Aber ebenso offensichtlich ist, dass man die Verstorbenen informationell nicht ohne rechtlichen Schutz lassen will; die Strafbarkeit der Verunglimpfung Verstorbener (§ 189 StGB) ist nur ein Beleg hierfür, die Existenz des postmortalen Persönlichkeitsrechts ein anderer.⁹ Insoweit vermittelt der personale Anwendungsbereich des Datenschutzrechts hier nur eine Scheinexaktheit. Tatsächlich hatte überschießender Datenschutz selbst die Steuerakte *Adolf Hitlers* erst einmal der Forschung entzogen¹⁰.

Zwischen dem jeweiligen Individuum (passivisch-datenschutzrechtlich: „betroffene Person“) und seinen Vorfahren gibt es keine klare datenschutzrechtliche Scheidewand in dem Sinne, dass die Toten jenseits des Anwendungsbereichs des Datenschutzrechts ruhen, sondern jeder Mensch wurzelt in genetischer Hinsicht wie auch hinsichtlich der die seine Persönlichkeit prägenden Faktoren den Stammbaum zu seinen Vorvätern zurück. Die Zeitgeschichte lässt sich nicht von der Geschichte trennen.

3. Reichweite der Ausnahme für private und familiäre Zwecke

Und die dritte der drei datenschutzrechtlichen Großfragen ist die nach der sog. Haushaltsausnahme (Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO), der Herausnahme von familiären und privaten Datenverarbeitungen aus dem sachlichen Anwendungsbereich des Datenschutzrechts. Dieser Aspekt scheint auf den ersten Blick zwar nicht bedeutend, geht es doch scheinbar nur um das Heimchen am Herd, die Telefonliste und das Tagebuch. Tatsächlich aber betrifft dies ganz generell die Reichweite und Grenze des bürokratisch konzipierten Datenschutzes gegenüber anderen Konzepten des informationellen Privatsphärenschutzes.¹¹ Dabei ist bemerkenswert, dass das Datenschutzrecht ausgerechnet im persönlichen Nahbereich, in dem die gravie-

9 Zum Überschneidungsbereich von postmortalem Persönlichkeitsschutz und Datenschutz *B. Spilker*, DÖV 2015, 54 ff.; zum postmortalen Datenschutzrecht *M. Gülker*, Datenschutz für Imhotep, in: J. Taeger (Hrsg.), KI und Daten: Digitalregulierung auf dem Höhepunkt? (DSRI-Tagungsband 2024) (i.E.).

10 *R. Heydenreuter*, CR 1988, 241 (242); zu Datenschutz für den *Schinderhannes* (1788–1803) *LG Frankenthal*, NJW 1985, 2539 ff.; weitere heute kaum mehr nachvollziehbare Beispielsfälle bei *S. Simitis*, in: FS W: Zeidler, 1987, S. 1475 (1475 f.).

11 Zur Entwicklung *K. v. Lewinski*, Die Matrix des Datenschutzes, 2014, S. 10 f.

rendsten Persönlichkeitskränkungen stattfinden, seine eigene Anwendbarkeit ausschließt.¹²

4. Familienforschung als Datenschutz(rechts)problem

Diese drei Großthemen, die ihren Aufhänger an jeweils unterschiedlichen Stellen des Datenschutzrechts haben, überschneiden sich bei der Frage der Familienforschung und der Genealogie. Sie lassen sich in dogmatischer Hinsicht nicht auf einen Schlag lösen (wie man auch Familienprobleme nicht mit einen Handstreich lösen kann). Zur jedenfalls Verklarung soll hier eine Art Familienaufstellung angeboten werden, indem zunächst die betroffenen Interessen und Bedürfnisse (s.u. II.) in den Blick genommen werden, um dann die konzeptionellen Antworten des Datenschutzes (s.u. III.) und eine passende Übersetzung in das Datenschutzrecht (s.u. IV.) zu betrachten. Es wird sich zeigen, dass die Rechtslage rund um den Stammbaum reichlich verästelt ist, aber doch eine recht abgerundete Krone bildet.

II. Familiäre Herkunft als berechtigtes und schutzwürdiges Interesse

Da das Recht – auch das Datenschutzrecht – um der Menschen willen da ist, ist zunächst nach den betroffenen Interessen und Bedürfnissen zu schauen. Auf dieser Grundlage lässt sich beurteilen, wie weit diese vom Konzept des Datenschutzes (s.u. III.) berücksichtigt werden, und es lassen sich wichtige Auslegungsgesichtspunkte für die unbestimmten offenen Tatbestandsmerkmale und die (notorischen) Abwägungsklauseln des Datenschutzrechts (s.u. IV.) finden.

Familienforschung ist angetrieben von und fördert Identitätsbildung, hat von der Warte des Individuums aber zwei Seiten: Die herkunftsvermittelte Gruppenidentität ist nicht nur die Basis für die eigene individuelle Identität, sondern begrenzt auch deren autonome Definition. Die Prägung der einen Seite der Identitäts-Münze schlägt auf die andere durch. Die Auseinandersetzung mit der Bedeutung der Familie für die individuelle

12 K. v. Lewinski, in: H. Auernhammer, DSGVO/BDSG, 8. Aufl. 2024, § 1 BDSG, Rn. 10. – Daran kann man die (hier nicht zu verhandelnde) Frage anschließen, ob das Konzept des Datenschutzrecht überhaupt richtig gewählt ist, wenn es für die Grundkonstellation menschlichen Zusammenlebens, die Familie, offensichtlich keine passende Antwort zu bieten hat.

Identität haben wir alle in unserer Pubertät durchgemacht, sie zieht sich aber auch weiter durch das ganze Leben. Das führt zu manch interessanter Entdeckung im eigenen Stammbaum, im deutschen Kontext regelmäßig auch zu Verschwiegenem aus nationalsozialistischer Zeit. Es ist sogar wahrscheinlicher, bei einer Familienforschung unter dem Teppich eher Schmutz als Gold zu finden. Gerade das aber ist ein Beleg für die Berechtigung des Interesses an der Erkundung der eigenen Wurzeln im Dienste der Identitätsbildung.

„Abstammung[,] Heimat und Herkunft“ sind verfassungsrechtlich anerkannt (Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG), allerdings nur als absolutes Diskriminierungsverbot. Damit sind nicht so sehr Abstammung und Herkunft als solche geschützt, sondern es ist (dem Staat) untersagt, sie zur Kenntnis zu nehmen und als Unterscheidungsmerkmal zu verwenden. Wichtiger als diese Diskriminierungsverbote ist aber wohl, dass das Grundgesetz, abgeleitet aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (Allgemeines Persönlichkeitsrecht), in seiner klassisch liberal-individualistischen Sichtweise vor allem den Einzelnen in seiner Persönlichkeit im Blick hat und schützen will. Aus dieser individualrechtlichen Perspektive ist die (Möglichkeit und Freiheit zur) innere(n) Selbstdefinition noch wichtiger als der Schutz vor Fremdzuschreibung.¹³

Die Faktoren und Bausteine, aus denen die eigene Identität sich zusammensetzt (oder von der sie sich absetzt), möchte man aber häufig nicht in der Öffentlichkeit verhandelt wissen, manches sogar auch vor fremden Augen überhaupt verbergen. Deshalb sind Personendaten, auch wenn sie als Personen(stands)daten nicht geheim sein können und auch nicht geheim sind, doch nicht ohne Schutz. Dies ist die Kernaufgabe des Datenschutzes, der in Bezug auf Abstammungsdaten auch noch einige weitere und spezifische Ausprägungen kennt.¹⁴

Es zeigt sich also, dass (familiäre) Herkunft – in überkommener deutscher datenschutzrechtlicher Terminologie¹⁵ – sowohl einen berechtigten Zweck für den Familienforscher in eigener Sache darstellt als auch ein schutzwürdiges Interesse für den Familienangehörigen sein kann. Das

13 Umfassend A. Kieck, Der Schutz individueller Identität als verfassungsrechtliche Aufgabe, 2019.

14 Für ein „Recht auf Vertraulichkeit von Abstammungsinformationen“ K. Engelbrecht, DÖV 2017, 393 ff.

15 Vgl. Th. Hoeren, in: A. Roßnagel, Handbuch Datenschutzrecht, 2003, Kap. 4.6 Rn. 31–33.

Grundgesetz anerkennt diese Belange, nimmt aber keine abschließende und vor allem keine kategorisch-einseitige Wertung vor. Es ist also die Aufgabe des einfachen Rechts, die hier angesprochenen Aspekte und Interessen zu einem Ausgleich zu bringen; im Verfassungsrecht wird dieser Ausgleich, der allen Positionen zu einer bestmöglichen Geltung verhilft, „praktische Konkordanz“ genannt.¹⁶

III. Antworten des Datenschutzes

Der „Datenschutz“, wie das dem Datenschutzrecht zugrundeliegende Konzept informationellen Privatheitsschutzes heißt, denkt in guter alter liberaler Grundrechtsperspektive vom Schutz des Einzelnen gegenüber dem Staat her. Dies hat nicht nur zu einer starken Konstitutionalisierung der datenschutzrechtlichen Fachdebatten geführt. Auch gelingt es dem „einfachen kybernetischen Modell“¹⁷, das dem (deutschen und damit dann auch dem europäischen) Datenschutzrecht zugrundeliegt, nicht, komplexere informationelle Konstellationen zu erfassen. Weil der Datenschutz in seiner konzeptionellen Schlichtheit die Fragen von Datenmacht und Wissen aus einer bipolaren Mikroperspektive erfassen will, geraten die Makro- und wohl auch schon die Mesoebene aus dem Blick. Mit einem Schlaglicht: Der einzelne Cookie wird abgewehrt, die Datenmacht der amerikanischen Digitalkonzerne wächst derweil weiter. Allerdings ist die dogmatische und legistische Pfadabhängigkeit des Datenschutzes als Konzept so groß, dass sich sowohl Kritik wie auch die Diskussion um konzeptionelle Alternativen ganz auf Academia beschränken.¹⁸

Jedenfalls gehen das Richtigkeitsgebot (1.), das Ideal der Anonymität (2.), das Konzept der informationellen Selbstbestimmung (3.) und das Verhindern von Datenmacht (4.) allesamt an der zentralen Fragestellung der Familienforschung – dem Identität(bildungs)schutz – vorbei.

16 K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 317 f.

17 G. Herzog, StUR [Staat und Recht] 1968, 781 ff., auf den sich W. Steinmüller et al., BT-Drs. 6/3826, 86 ff. bezogen; dazu S. L. Gräwe, Die Entstehung der Rechtsinformatik, 2011, S. 94 ff.; kritisch zur Position Steinmüllers auch P. K. Donos, Datenschutz – Prinzipien und Ziele, 1998, S. 28 f.

18 Zuletzt und grundsätzlich S. Behrendt, Entzauberung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, 2023.

1. Bedeutung der Richtigkeit von Daten

Wichtig ist dem Datenschutz die Richtigkeit von Daten, was mit der Wahrheitssuche und Faktenbasierung von Wissenschaft und (Familien-)Forschung scheinbar gut zusammengeht. Doch können historische Richtigkeit und informatische Richtigkeit durchaus auseinanderfallen,¹⁹ etwa bei gefälschten Urkunden, deren Inhalt „falsch“ ist, die aber als geschichtliches Dokument „wahr“ sind. Auch kann „richtiger“ Datenschutz dazu führen, dass empirische Untersuchungen falsch werden, wenn nämlich datenschutzrechtliche Anforderungen – und seien es nur solche an die Einwilligung – die Untersuchungsgruppe verzeichnen.²⁰

2. Anonymität

Noch problematischer ist das Verhältnis von dem Forschungsinteresse an Personendaten einerseits und dem Ideal des Datenschutzes von Anonymität andererseits – wo kein Personenbezug vorhanden ist, muss der Datenschutz gar nicht aufgerufen werden. Ob dieses Leitbild einer anonymen Massengesellschaft, in der der Einzelne untertauchen soll, überhaupt sympathisch ist, kann man durchaus mit einem Fragezeichen versehen. Ob es im Zeitalter der „redaktionellen Gesellschaft“²¹ und vernetzter Individualkommunikation über Soziale Netzwerke und andere Plattformen noch zeitgemäß und praktikabel ist, sollte ebenfalls bedacht werden. Jedenfalls steht das datenschutzrechtliche Idealbild der Anonymität in diametralem Gegensatz zu Datenerhebungs- und -verarbeitungskontexten, in denen es gerade um Personenbezug geht, wie es bei der Familienforschung der Fall ist. Speziell dort, wo die Vollständigkeit von Stammbäumen und Familienkonstellationen zentral ist, gibt es auch keine „Gnade des Vergessens“²². In persönlichen und familiären Näheverhältnissen kann ein Vergessen ohnehin nicht rechtlich angeordnet werden. Vor allem würde ein solches Vergessen immer auch den Verlust eines Teils der eigenen Identität bedeuten. In vielen

19 Vgl. aber S. *Simitis*, in: FS W. Zeidler, 1987, S. 1475 (1486 f.) zur unterschiedlichen Richtigkeitsperspektive.

20 Hierzu auch schon S. *Simitis*, in: FS W. Zeidler, 1987, S. 1475 (1476).

21 Dazu B. *Pörksen*, *Die große Gereiztheit*, 2019, S. 189 ff.

22 Der Begriff der „Gnade des Vergessens“ ist älter als die entsprechend benannten Entscheidungen des EuGH (NJW 2014, 2257 ff. – Google Spain), auch des EGMR (ZEuP 2022, 660 ff. – Hurbain v. Belgien) und des BVerfG (NJW 2020, 300 ff. – Recht auf Vergessen I; NJW 2020, 314 ff. – Recht auf Vergessen II).

Konstellationen wäre so etwas auch gar nicht möglich, weil informatisch die Verbindung zwischen vorangehenden und nachfolgenden Generationen in den Genen fest codiert ist und nur ein totalitärer Staat überhaupt die Weitergabe von Wissen von Generation zu Generation kontrollieren und kanalisieren können wollte.

3. Informationelle Selbstbestimmung

Dies leitet über zum Mehrfachbezug von Daten (s.o. I.1.), wie er bei einer gemeinsamen familiären Herkunft notwendigerweise vorhanden ist – ich bin notwendigerweise der Neffe meiner Tante. Das Konzept informationeller Selbstbestimmung jedoch hat das bipolare Verhältnis zwischen demjenigen, der personenbezogene Daten verarbeitet, und dem, den diese Daten betreffen, einen absoluten Ausgangspunkt. Es postuliert ein Selbstbestimmungsrecht der „betroffenen Person“, jedenfalls auf den ersten Blick. Allerdings kann es in einer Welt des sozialen Miteinanders und in einem Familienkontext eine solche ausschließliche Zuweisung kommunikativer Positionen nicht geben – ich bleibe der Neffe meiner Tante, worüber weder meine Tante noch ich disponieren können. Deshalb bleibt das Datenschutzrecht auch Antworten schuldig, wenn es um mehrfachbezügliche Daten geht. Denn es kann aus dem Konzept der „informationellen Selbstbestimmung“ nicht abgeleitet werden, wessen Selbstbestimmung den Vorrang haben soll; es ist (zu) einseitig aus der Abwehrperspektive in der Staat–Bürger-Beziehung der Großrechnerwelt der 1960er und 1970er Jahre her gedacht.

4. Datenmacht

Denn der eigentliche Zweck des Datenschutzes war einmal die Abwehr und Verhinderung des „Großen Bruders“ gewesen. In den Rechenzentren der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts sah man Wiedergänger aus *George Orwells* „1984“. Diese ursprüngliche Zielsetzung des Datenschutzes kann man heute nur noch in ganz alten Textschichten des Datenschutzrechts erkennen.²³ Eine „Macht der Vergangenheit“, über die im Zusammenhang

23 Z.B. § 1 Abs. 1 BDSG 1977: Missbrauchsverhinderung; § 13 Abs. 3 hessLDSIG: „Verschiebung in der Gewaltenteilung“; Art. 12 Abs. 1 BremLVerf.: „Der Mensch steht höher als Technik und Maschine.“

mit Familienforschung einzig gesprochen werden könnte, behandelt das Datenschutzrecht allerdings gar nicht. Sie ist, wenn sie überhaupt rechtlich adressiert werden soll, eher eine Frage der Erinnerungspolitik und von Wahrheitskommissionen²⁴ als von Datenschutzbeauftragten.

IV. Antworten des Datenschutzrechts

Aufgrund der konzeptionellen Prämissen des Datenschutzes findet auch das darauf basierende Datenschutzrecht keine konzeptionelle Antwort für die im Zusammenhang mit Familienforschung aufgeworfenen Fragen. In der Zusammenschau der Regelungen einzelner Konstellationen kommt man dann aber freilich doch zu einer angemessenen Antwort.

1. Keine Differenzierung beim sachlichen Anwendungsbereich

Genealogie ist per definitionem Verarbeitung personenbezogener Daten (vgl. ErwGr. 160 S.1 DSGVO) – und damit ist dann auch in den meisten Zusammenhängen der sachliche Anwendungsbereich des Datenschutzrechts eröffnet.

a) Familienforschung als Datenverarbeitung

Heute wird man davon ausgehen können, dass ein Großteil der Familienforschung mit der Hilfe von PCs stattfindet, was dann eine automatisierte Datenverarbeitung i.S.d. Art. 2 Abs.1 DSGVO darstellt.²⁵ Und schon der Zettelkasten, der bei manchem alten Ahnenforscher noch auf dem Schreibtisch steht, stellt den Grenzfall für die Anwendbarkeit des Datenschutzrechts dar, wenn hier personenbezogene Daten nach mehreren Kriterien zugreifbar sind.²⁶

Freilich bleibt aber die Grundform von Familienüberlieferung außerhalb des Anwendungsbereichs. Nicht erfasst vom Datenschutzrecht sind

24 Vgl. J. Brunner/D. Stahl (Hrsg.), Recht auf Wahrheit, 2016; H. Burkard, Versöhnung durch Wahrheit?, 2022.

25 P. Gola/N. Lepperhoff, ZD 2016, 9 (10): „Verwandteninformationssystem“.

26 Vgl. K. v. Lewinski, in: H. Auernhammer, DSGVO/BDSG, 8. Aufl. 2024, Art. 2 DSGVO, Rn. 7–9.

nämlich mündliche Erzählungen alter Tanten und des Großvaters, weil die „Datenverarbeitung im Kopf“ und „Oral History“ nicht der DSGVO unterfällt, sondern nur automatisierte oder in Dateisystemen (Art. 2 Abs. 1 DSGVO). Ebenfalls nicht in den Anwendungsbereich fällt das Zeichnen von Stammbäumen auf Papier²⁷ und auch nicht das händische Ausfüllen von Ahnentafeln.

b) Familiendaten als personenbezogene Daten

Familienforschung arbeitet mit personenbezogenen Daten. Name, Geburt, Taufe, Heirat und Tod sind die Grunddaten eines jeden Familienforschungsprojekts. Als Anhalt dafür, welche Datenarten im genealogischen Kontext verarbeitet werden, ist ein Blick auf das in diesem Bereich gängigste Daten(austausch)format, nämlich GEDCOM (*GE*nealogical *DA*ta *CO*munication),²⁸ hilfreich.

Das Datenschutzrecht schützt allerdings nur Daten natürlicher Personen (Art. 4 Nr. 1 DSGVO). Damit ist im Ausgangspunkt Familienforschung vom Datenschutzrecht voll erfasst. Freilich kommt es den Genealogen insoweit entgegen, als das Datenschutzrecht Verstorbene grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich des Datenschutzrechts fallen lässt (ErwGr. 160 S. 2 DSGVO). Datenschutzrechtliche Beschränkungen für Familienforschung können sich überhaupt nur im Hinblick auf die noch lebenden Generationen ergeben. Im Ausgangspunkt ist deshalb das Hinabsteigen in den Stammbaum datenschutzrechtlich unproblematisch. Es werden inzwischen gerichtlicherseits keine Einwände erhoben, wenn Familienforscher Einsicht in vor 1876 geführte Zivilstandsbücher bekommen wollten, auch um flächendeckend verwandtschaftliche Beziehungen zu untersuchen.²⁹ Wer nicht nur in den Staub gesunken ist, sondern in der Geschichte aufgegangen, für den gilt auch kein postmortales Persönlichkeitsrecht mehr.³⁰

27 Noch zum BDSG a.F. *W. Däubler*, Gläserne Belegschaften?, 6. Aufl. 2015, Rn. 57.

28 Dieses Format wurde ursprünglich von den Mormonen entwickelt, die dieses Projekt aber seit einigen Jahren verlassen haben. Wegen seiner weiten Verbreitung handelt es sich um einen Quasistandard, dessen weiterer Fortgang im Moment allerdings etwas fraglich ist.

29 OLG Zweibrücken, NJW 2003, 2757 ff.; s.a. oben bei Fn. 10.

30 Vgl. OLG Zweibrücken, NJW 2003, 2757 (2757) m. Verw. u. a. auf BGH, NJW 1990, 1986 (1988) – Emil Nolde.

c) Mehrfachbezug (durch Verwandtschaftsbeziehungen)

Die Unterscheidung zwischen den Lebenden und den Toten wird aber dann durch den Mehrfachbezug von Familiendaten verwischt, wenn es um das Fortwirken eines gemeinsamen Vorfahren geht. Ein typischer Fall ist die Untersuchung der Nachkommenschaft bedeutender Personen, sei es von *Leonardo da Vinci*,³¹ von *Martin Luther*³² oder von *Karl dem Großen*. Denn diese gemeinsame Nachkommenschaft ist etwas, was alle Nachkommen verbindet und was sie gemeinsam haben (und worüber sie deshalb auch nicht „informationell selbst bestimmen“ können).

Und so wird dann der Mehrfachbezug unter den Lebenden zu einem Problem (s.o. I.1.). Personenbezogene Daten mit Bezug auch zu einem anderen (gemeinsamer Ahnherr; Verwandtschaft und Verschwägerung) sind datenschutzrechtlich in erster Linie (jeweils) Daten der betroffenen Person, die diese dann informationell selbstbestimmend auch verarbeiten (lassen) darf.³³ Das stark individualistische Konzept der informationellen Selbstbestimmung gibt hier demjenigen, der Daten verarbeitet bzw. dies gestattet, den Vorrang – es gibt also für Familienangehörige ein Prä für die eigene Familienforschung. Das könnte man für eine bewusste Wertentscheidung des Gesetzgebers halten, was sie aber wohl nicht ist. Und ob sie in Zeiten von genealogischen Gendatenbanken wie „23andMe“³⁴ richtig ist, wäre eine Überlegung wert.

Das deutsche und europäische Datenschutzrecht hat entsprechend der auf den Einzelnen bezogenen Schutzrichtung westlich-liberaler Grundrechte, ausschließlich das Individuum im Blick. Dabei sind kollektive und kommunitaristische Privatheitskonzepte (Network Privacy, Kollektivdatenschutz) nicht nur denkbar, sondern auch existent, wie etwa in Afrika³⁵ und Asien. Dass diese durch einen „umgekehrten Brussels effect“ Eingang in die DSGVO finden, ist einstweilen allerdings nicht zu erwarten.³⁶ Wenn man Datenschutz und Privatheit kollektiv denken würde, dann wäre das nicht nur mit einer Erweiterung des Anwendungs- und Schutzbe-

31 <https://www.spiegel.de/wissenschaft/mensch/leonardo-da-vinci-forscher-finden-lebende-nachkommen-a-1087461.html>.

32 Zur eherechtlichen Irrelevanz der Lutherideneigenschaft *M. Otto*, in: BeckOGK, Stand Okt. 2022, § 1314 BGB, Rn. 22.1.

33 *Th. Weichert*, DuD 2019, 149 (150 f.).

34 <https://www.23andme.com>.

35 *B. Mutiro*, EDPL 2023, 411 (411 f., 414 ff.).

36 Begriff von *B. Mutiro*, EDPL 2023, 411 (414), dort auch die Einschätzung, dass eine solche Erweiterung des Anwendungsbereichs des europäischen Datenschutzrechts utopisch sei.

reichs des Datenschutzrechts verbunden, sondern hätte auch Rückwirkungen für die informationellen Beziehungen zwischen den Gruppenzugehörigen. Denn ein Schutz der gemeinsamen Daten bzw. und genauer: des in einem Datum abgebildeten gemeinsamen Gruppenmerkmals würde zu einen bedeuten, dass innerhalb der Gruppe über dieses Merkmal, das ja gruppenkonstitutiv ist, kommuniziert werden darf. Und auch die Entscheidung über die Offenbarung und Weitergabe des Gruppendatums an Dritte müsste das Kollektiv entscheiden, jedenfalls aber müssten die Gruppeninteressen mit denen des Individuums ausbalanciert werden – wofür das überkommene deutsche und europäische Datenschutzrecht keine Antwort bereithält. Bezogen auf Familiendaten wäre bei einem solchen Konzept zu klären, wie gegensätzliche Interessen von Gruppe und Gruppenmitglied sich zueinander verhalten (Einwilligung aller? Mehrheitsentscheidung? Gruppenspezifische Entscheidungsverfahren, z.B. Maßgeblichkeit der Familienältesten?).

2. (Keine) Differenzierung nach Datenart

Das Datenschutzrecht erfasst alle personenbezogenen Daten unterschiedslos – das ist jedenfalls der Ausgangspunkt des deutschen Datenschutzrechts. Dies geht auf die Sentenz im Volkszählung-Urteil des Bundesverfassungsgerichts von 1983 zurück, dass es „keine belanglosen Daten“ gebe.³⁷ Daran ist richtig, dass es keine personenbezogenen Daten gibt, die bezogen auf das Schutzgut des Datenschutzes von vornherein ohne Belang wären. Vielmehr kommt es immer auf den Kontext an; jedenfalls fallen alle personenbezogenen Daten erst einmal in den Anwendungsbereich. Insoweit ist es für die Familienforschung ohne Belang, dass es sich bei den Personenstandsdaten, die jedenfalls das genealogische Grundgerüst bilden, um recht unspektakuläre Daten handelt (vgl. § 28 Abs. 2 S. 1 lit. b BDSG 1990).

Aus dem französischen Datenschutzrecht floss in das europäische der Gedanke ein, dass bestimmte Arten von personenbezogenen Daten besonders sensitiv seien.³⁸ Unabhängig von ihrem Verwendungskontext dürfen deshalb nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO bestimmte „besondere Kategorien personenbezogener Daten“ nur unter zusätzlichen Voraussetzungen verarbeitet werden. Der dortige Katalog kann Familienforscher durchaus Kopfzerbrechen bereiten: Die „rassische oder ethnische Herkunft“ ist oft gerade Gegenstand von Familienforschung, „genetische Daten“, wenn auch nicht in für Biologen lesbarer Form, spielen bei der Familienforschung ebenfalls

37 BVerfGE 65, 1 (45) – Volkszählung.

38 Th. Weichert, in: J. Kühling/B. Buchner, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 9 DSGVO, Rn. 1.

eine Rolle, Ahnenbilder können die Grundlage „biometrischer Identifizierung“ bilden, die „religiöse Überzeugung“ ist bei Ortsgeschichten wie beim „christlichen Adel deutscher Nation“ ein relevanter Datenpunkt, bei der Taufe ohnehin, und die Todesursache (z.B. „gefallen“, „X“) ist ein (letztes) Gesundheitsdatum. Nach einer Änderung des Geschlechts darf der frühere Vorname nicht mehr „ausgeforscht“ werden (§ 13 Abs. 1 S. 1 SBGG). Und jedes Geburtsdatum eines Kindes enthält implizit Angaben zum „Sexualleben“ der Eltern neun Monate zuvor. Wenn man das noch für unproblematisch hält, dann ist es das jedenfalls nicht mehr, wenn die Eltern Geschwister waren, es also um Nachkommen aus einer Inzestverbindung geht.³⁹

Soweit Familienforschung mit diesen Daten zu tun hat, wird häufig aber als Rückausnahme zu Art. 9 Abs. 1 DSGVO Art. 9 Abs. 2 lit. d oder jedenfalls lit. e DSGVO einschlägig sein. Vielleicht kann man schon teleologisch die „politisch, weltanschaulich, religiös oder weltanschaulich ausgerichtete Stiftung, Vereinigung oder sonstige Organisation“ auf Familienverbände (s.u. 3.b)) erweitern. Wem diese Auslegung zu kühn ist, der wird in der Ausnahmenvorschrift des Buchstaben e Rettung finden, der die besonderen Regelungen für sensitive Daten für nicht anwendbar erklärt, wenn diese vom Betroffenen offensichtlich öffentlich gemacht wurden. Das ist (durch die vertretungsberechtigten Eltern) bei Geburt und Taufe sowie die Heirat und dann (durch die Erben, Trauermittelungen und die Todesanzeige) beim Tod allgemein der Fall, ebenso hinsichtlich der (unmittelbaren) Verwandtschaftsbeziehungen – jedenfalls nach der ersten Ausfahrt mit dem Kinderwagen. „Familiengeheimnisse“ freilich bleiben sensitiv i.S.d. Datenschutzrechts.

3. Differenzierung beim personalen Anwendungsbereich

Das Datenschutzrecht hat auch personal einen sehr umfassenden Anwendungsbereich. Nicht nur „Große Brüder“ wie der Staat (öffentliche Stellen) und Unternehmen unterfallen ihm als „Verantwortliche“ (früher: verantwortliche Stellen), sondern grundsätzlich alle und jeder (vgl. Art. 4 Nr. 7 DSGVO). Allerdings erfährt der (weite) personale Anwendungsbereich sachliche Einschränkungen, von denen eine wichtige und hier einschlägige die sog. „Haushaltsausnahme“ (Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO) ist, die Datenverarbeitungen „durch natürliche Personen zur Ausübung ausschließ-

39 Mitgeteilt bei S. Facht, RDV 1996, 19 (23 Fn. 35).

lich persönlicher und familiärer Tätigkeiten“ vom Anwendungsbereich der DSGVO ausnimmt, was § 1 Abs. 1 S. 2 a.E. BDSG auf die außerhalb des Unionsrechts liegenden Rechtsbereiche⁴⁰ erstreckt.

a) Persönliche Familienforschung

Im Sinne bester deutscher dogmatischer Wortlautauslegung kann man darüber nachdenken, ob Familienforschung eine „private“ oder eine „familiäre“ Tätigkeit⁴¹ ist. Und diese genaue Betrachtung führt dann tatsächlich auch zu sachgerechten Differenzierungen:

Zunächst einmal bleibt die Beschäftigung mit der eigenen Familie als „familiäre Tätigkeit“ im eigentlichen Sinne außerhalb des Datenschutzrechts, wenn sie aus der Familie und für die Familie betrieben wird.⁴² Dabei gilt ein autonom europa- und datenschutzrechtlicher Familienbegriff, der weit auszulegen ist und jedenfalls nicht mit dem bürgerlichrechtlichen oder personenstandsrechtlichen zusammenfällt.⁴³ Eine solche Familienverbundenheit kann durchaus Jahrhunderte zurückgehen, wie das Beispiel der Lutheriden (s.o. Fn. 32), der Nachfahren *Martin Luthers*, zeigt. Es muss sich allerdings um eine reale geschichtliche Person handeln. Fiktive Personen oder aus früher einmal dynastischen Gründen zusammenkonstruierte Abstammung, etwa zu *Karl dem Großen*, reichen nicht hin. So kann auch nicht, was bei Familienforschung vielleicht naheläge, Rückbezug auf *Adam* und *Eva* genommen werden oder auf den Stammvater *Abraham*. Insoweit ist das gigantische Stammbaumprojekt der Mormonen⁴⁴ keine „familiäre Tätigkeit“ mehr; anders mag es aber in Island sein, wo man wegen der lange recht isoliert gelebt habenden Bevölkerung zur Verhinderung von

40 Gerade Ortsgeschichte mag mangels eines grenzüberschreitenden Binnenmarktbezugs nicht unter die DSGVO fallen (*Deutscher Bundestag* (Fachbereich Europa), Auswirkungen der Datenschutz-Grundverordnung auf private Ahnenforscher, PE 5 – 3000 – 109/16 v. 11.7.2016, S. 4).

41 Vgl. *L. Bergmann/R. Möhrle/A. Herb*, Datenschutzrecht, 52. ErgLfg. 2017, Art. 2 DSGVO, Rn. 23.

42 *H.G. Abel*, Praxiskommentar BDSG, 6. Aufl. 2012, § 1 BDSG, (1); *K. v. Lewinski*, in: *H. Auernhammer*, DSGVO/BDSG, 8. Aufl. 2024, Art. 2 DSGVO, Rn. 31, § 1 BDSG, Rn. 17; für eine umfassende Herausnahme dieses Bereiches *A. Roßnagel*, in: *S. Simitis/G. Hornung/I. Spiecker*, Datenschutzrecht, 2019, Art. 2 DSGVO Rn. 27.

43 *St. Ernst*, in: *B. Paal/D. A. Pauly*, Datenschutz-Grundverordnung, 3. Aufl. 2021, Art. 2 DSGVO, Rn. 18.

44 <https://www.familysearch.org/>.

Inzest weit zurückreichende und die ganze Insel umfassende Stammbäume pflegt, die bis zu dem „Buch der Isländer“ („Íslendingabók“) zurückgehen.

Wer sich „privat“, mit Genealogie beschäftigt, also diese als Hobby betreibt, unterfällt ebenfalls nicht dem Datenschutzrecht,⁴⁵ selbst wenn er sich mit anderen als seiner eigenen Familie beschäftigt. Dies ergibt ein Rückschluss aus ErwGr. 18 DSGVO,⁴⁶ der von Datenverarbeitung „ohne Bezug zu einer beruflichen oder wirtschaftlichen Tätigkeit“ spricht. Genealogische Datenbanken fallen nicht unter das BDSG, solange sie nicht gewerblich geführt werden.⁴⁷ Als Indiz wird man hierfür das Kriterium der Entgeltlichkeit heranziehen können,⁴⁸ was jedenfalls ein besser handhabbares Kriterium ist als darauf abzustellen, dass „umfassende“ Familienforschung nicht mehr unter die Haushaltsausnahme fiele.⁴⁹ Soweit ersichtlich noch unentschieden ist die Frage der Anwendbarkeit der DSGVO auf gemischt persönlich-gewerbliche Daten und Tätigkeiten.⁵⁰

(Auch) zur privaten und familiären Familienforschung gehört an sich die Veröffentlichung von Erkenntnissen; die Publikation von Erkenntnissen ist der Forschung immanent, auch wenn bei Hobbygenealogen oft auch Familienstolz und Eitelkeit eine Rolle spielen. Doch wird mit der Veröffentlichung von Familienforschungsergebnissen die familiäre bzw. private Sphäre in Richtung (allgemeine wie Fach-)Öffentlichkeit verlassen.⁵¹ Und weil die Haushaltsausnahme nur für „ausschließlich“ private und familiäre Tätigkeiten gilt, sind Veröffentlichungen (Homepage mit Stammbaum, ge-

45 K. v. Lewinski, in: H. Auernhammer, DSGVO/BDSG, 8. Aufl. 2024, § 1 BDSG, Rn. 17, 25.

46 Insoweit präzisiert gegenüber ErwGr. 12 DSRL.

47 B. Schmidt, in: Taeger/Gabel, DSGVO/BDSG/TTDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 2 DSGVO, Rn. 19.

48 H.G. Abel, Praxiskommentar BDSG, 6. Aufl. 2012, § 1 BDSG, (1) (noch zum BDSG a.F.).

49 Th. Weichert, in: W. Däubler/P. Wedde/Th. Weichert/I. Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 2 DSGVO, Rn. 18.

50 Vgl. P. Gola/N. Lepperhoff, ZD 2016, 9 (10), die den Schwerpunkt entscheiden lassen wollen; a.A., nämlich im Zweifel für eine Anwendbarkeit des Datenschutzrechts, L. Bergmann/R. Möhrle/A. Herb, Datenschutzrecht, 52. ErgLfg. 2017 Art. 2 DSGVO, Rn. 24.

51 Th. Weichert, in: W. Däubler/P. Wedde/Th. Weichert/I. Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 2 DSGVO, Rn. 28 m.Verw.a. EuGH, JZ 2004, 242 ff. – Lindqvist.

nealogische Handbücher usw.) nicht mehr gedeckt⁵² (zur Veröffentlichung von genealogischen Erkenntnissen s.u. 5.).

b) Familienforschung in einem Verband

Häufig wird Familienforschung in Ortsgeschichtsvereinen, heraldischen Vereinigungen oder Familienverbänden betrieben. Auch in diesem Rahmen kann Genealogie der datenschutzrechtlichen Haushaltsausnahme unterfallen, denn Vereinsdatenverarbeitung unterfällt nicht per se dem Datenschutzrecht, obwohl der Wortlaut „durch natürliche Personen“ es auf den ersten Blick nahelegt. Entgegen der freilich inhaltlich meist nicht näher begründeten h.M. ist hier keine formale Betrachtungsweise geboten, sondern eine materielle mit Blick auf die jeweilige Vereinstätigkeit.⁵³ Und wenn im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO der Vereinszweck die „familiäre“ Erforschung der eigenen Familie ist oder die „private“ die der eigenen dörflichen Gemeinschaft, ist es datenschutzrechtlich unschädlich, hierfür einen e.V. gegründet zu haben.

Bei Vereinen allgemein ist die Übermittlung von Personendaten von Vereinsmitgliedern untereinander regelmäßig gerechtfertigt, sowohl im Rahmen einer Interessenabwägung (Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO) wie auch durch den (vertraglichen) Vereinszweck (Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b DSGVO).⁵⁴ Eine spezielle und zusätzliche Einwilligung braucht es hierfür nicht; die Erlaubnistatbestände des Art. 6 Abs. 1 stehen insoweit gleichberechtigt nebeneinander.

Familienangehörige oder Ortsansässige, die nicht Mitglied eines solchen Vereins oder Verbands sind, können einer Verarbeitung der sie betreffenden Daten durch ihre Verwandtschaft nicht mit Verweis auf ihre „informationelle Selbstbestimmung“ verhindern, wenn eben diese Verwandtschaft die Tatsache der Verwandtschaft in Ausübung ihrer eigenen informationellen Selbstbestimmung zum Gegenstand einer Datenverarbeitung macht. Und selbst wenn bei einem „Gleichstand“ der „informationellen Selbstbestimmungen“ etwas den Ausschlag geben müsste (Interessenabwägung nach

52 VG Wiesbaden, Urt. v. 21.5.2021 – 6 K 330/21.WI (Juris); P. Gola/N. Lepperhoff, ZD 2016, 9 (11).

53 S. Derfler, RDV 2020, 128 (130 f.); K. v. Lewinski, in: H. Auernhammer, DSGVO/BDSG, 8. Aufl. 2024, § 1 BDSG, Rn. 17 f.

54 OLG Hamm, ZD 2023, 684 (684 ff., 686 f.).

Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO), dann ist Ahnenforschung jedenfalls ein berechtigtes Interesse.⁵⁵

Bei Vereinen mit familiengeschichtlicher Zweckbestimmung ist also die Verarbeitung der Daten von Vereinsmitgliedern, auch solche mit Drittbezug, unproblematisch möglich, was nach Maßgabe des Vereinszwecks auch die Veröffentlichung und Weitergabe, z.B. an genealogische Datenbanken oder Institute, einschließt.

c) Wissenschaftliche Familienforschung

Wissenschaft, wie sie vor allem an Hochschulen betrieben wird, ist nicht wie private und familiäre Tätigkeit vom Datenschutzrecht ausgenommen, sondern lediglich privilegiert (vgl. Art. 89 DSGVO mit ErwGr. 160).⁵⁶ Art. 89 Abs. 2 u. 3 DSGVO eröffnen die Möglichkeit abweichender Regelungen durch mitgliedstaatliches Recht, was in Deutschland in § 27 BDSG umgesetzt worden ist. Hierdurch wird der „Problematik anonymisierter Geschichtsschreibung“⁵⁷ Rechnung getragen, dass insbesondere (sozial-)geschichtliche Forschung v.a. auf der Grundlage von Familiendaten betrieben wird, weil ein (im wesentlichen) umfassendes Bild erforderlich ist. Dabei geht es nicht nur um die kulturgeschichtliche Bedeutung des Adels und anderer spezifischer Personengruppen, z.B. hamburgische Kaufmannsfamilien oder westfälische Bauern. Sondern soziologische Milieustudien und die regionale Geographie (insb. Höfe- und Wirtsforschung sowie die Onomastik), die Zeitgeschichte, die Geschlechterstudien und viele andere empirische Wissenschaften sind genealogisch, mikrodemographisch, sozio-ökonomisch usw. nur personenbezogen überhaupt sinnvoll.

Und so nimmt die DSGVO an vielen Stellen Rücksicht auf die Notwendigkeit, personenbezogen forschen zu können: die Zweckbindung kann gelockert werden (Art. 5 Abs. 1 lit. b Hs. 2 DSGVO), sensitive Daten dürfen in weitem Umfang verarbeitet werden (Art. 9 Abs. 2 lit. j DSGVO), Begrenzungen der Speicherdauer entfallen (Art. 5 Abs. 1 lit. e DSGVO), von Lösch-

55 S. Facht, RDV 1996, 19 (23); Th. Schwabenbauer, in: K. Engelbrecht/Th. Schwabenbauer, Bundesmeldegesetz, 2022, § 45 BMG, Rn. 13.

56 D.A. Pauly, in: B. Paal/D. A. Pauly, Datenschutz-Grundverordnung 3. Aufl. 2021, Art. 89 DSGVO, Rn. 7.

57 So die Zwischenüberschrift bei R. Morsey, Einschränkung historischer Forschung durch Datenschutz?, in: J. Weber, Datenschutz und Forschungsfreiheit (Akademiebeiträge zur politischen Bildung, Bd. 15), 1986, S. 61 (68).

pfllichten bestehen Ausnahmen (Art. 17 Abs. 3 lit. d DSGVO), ebenso von Informationspflichten (Art. 14 Abs. 5 lit. b DSGVO), und ein Widerspruch des Betroffenen hat weniger Wirkung (Art. 21 Abs. 6 DSGVO).

d) Kommerzielle Familienforschung

Gewerbsmäßige (und ebenso freiberufliche) Genealogie (Erbensucher)⁵⁸ und Biographik unterfallen dagegen uneingeschränkt dem Datenschutzrecht.⁵⁹ Gleiches gilt für Gendatenbanken. Die Ausnahme für „familiäre Tätigkeiten“ (Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO) gilt nur für Tätigkeiten der Familie selbst, nicht für die Beschäftigung mit Familien als solchen.

e) Familienforschung der Öffentlichen Hand

Familienforschung als etwas per se privates scheint auf den ersten Blick keinen öffentlichen Zweck (Art. 6 Abs. 1 lit. e Var. 1 DSGVO) haben zu können. In nach-monarchischen republikanischen Zeiten kann die Frage der familiären Abstammung an sich keinen rechtlich relevanten öffentlichen Wert haben. Allerdings wirkt in kleinen Randbereichen des Rechts die frühere ständische Gesellschaft auch heute noch nach. So sollen adelig klingende Namen außerhalb von familienrechtlichen Statusvorgängen nicht stattfinden,⁶⁰ was voraussetzt, dass entsprechende Familiennamen und -verhältnisse bekannt sind. So etwa ist der „Gotha“, ein bis heute fortgeführter Hofkalender, der Angehörige des historischen Adels bis in die Gegenwart verzeichnet, ein Arbeitsmittel und Nachschlagewerk in der Verwaltung (Standesämter, Staatsanwaltschaften und Auswärtiges Amt). Und die gesetzlichen Regelungen zu den Fürstenvermögen aus der Weimarer Zeit müssen Tatbestandsmerkmale genealogisch ausfüllen („Mitglieder des vormaligen Königshauses [...], die bei fortdauernder Geltung der vor dem

58 Vgl. den Fall bei EGMR, NJW 2001, 1555 ff. – Erbensucher.

59 B. Schmidt, in: Taeger/Gabel, DSGVO/BDSG/TTDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 2 DSGVO, Rn. 19; K. v. Lewinski, in: H. Auernhammer, DSGVO/BDSG, 8. Aufl. 2024, § 1 BDSG, Rn. 17.

60 BGH, NJW-RR 2019, 321 ff.

8. November 1918 maßgebenden Bestimmungen Anspruch auf Leistungen des Staates hätten“, Art. 5 Abs. 1 bayerisches Ausgleichsfondsgesetz⁶¹).

Und auch wenn Genealogie ansonsten keinem unmittelbaren staatlichen Zweck dient, kann die Öffentliche Hand im Rahmen des Archivwesens und der Wissenschaftsunterstützung Familienforschung Privater und der Wissenschaft allgemein unterstützen. Sinnbildlich hierfür steht § 3 Abs. 1 sächs-ArchivG v. 17.5.1993: „Der Freistaat Sachsen unterhält für die Erfüllung aller staatlichen Archivaufgaben das Sächsische Staatsarchiv einschließlich der Deutschen Zentralstelle für Genealogie als Spezialarchiv für Personen- und Familiengeschichte.“

4. Differenzierung nach Quellen

So wie man beim personalen Anwendungsbereich eine zwar nicht im Normtext angelegte, bei der Normbetrachtung und -auslegung aber (von der Familie zum Gewerbe hin) abnehmende Privilegierung von genealogischen Tätigkeiten erkennt, kann etwas ähnliches für den Datenerhebungsmodus und damit für die Quellen gesagt werden.

a) Familienerzählungen und -erinnerungen

Der Ur- und Ausgangsstoff aller Familiengeschichten ist die Erzählung. Das meint nicht nur die Schnurren der Großmutter, auch nicht nur den mündlichen Austausch in der Familie, der als sozialer Kitt diesen Personenverband erst konstituiert und jedenfalls festigt. Er umfasst auch das Fachgespräch unter Genealogen, etwa auf Tagungen und anderen Treffen. Solch mündlicher Austausch und die intellektuelle Kenntnisnahme und Speicherung im Gedächtnis unterfällt nicht dem Datenschutzrecht (ex cont. Art. 2 Abs. 1 DSGVO).

b) Öffentliche Quelle

Soweit das Datenschutzrecht auf Familienforscher überhaupt anwendbar ist, also jenseits der Haushaltsausnahme (s.o. 3.a)), sind öffentlich zugäng-

61 Gesetz über die vermögensrechtliche Auseinandersetzung des Bayerischen Staates mit dem vormaligen Bayerischen Königshause v. 9.3.1923 (BayRS IV S. 687).

liche Quellen weitgehend auswertbar. Zwar kennt das europäische Datenschutzrecht der DSGVO keine ausdrückliche Privilegierung öffentlich zugänglicher Quellen, wie sie früher im deutschen Recht nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und § 29 Abs. 1 Nr. 2 BDSG 1990 bestanden hatte. Doch wird man die dortige und damalige Wertung in die Interessenabwägungsklausel des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO hineinlesen können, nämlich dass „Daten aus allgemein zugänglichen Quellen [verarbeitet werden dürfen], es sei denn, dass schutzwürdige Interessen des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung [...] offensichtlich überwiegen“.

Nach dieser Maßgabe können Geburts-, Hochzeits- und Todesanzeigen aus der Zeitung wie aus dem Internet ausgewertet werden, ebenso die Nachrichten von staatlichen Ehrungen und Auszeichnungen. Öffentlich zugängliche Personendatenbanken sowie genealogische Handbücher usw., Familienerinnerungen und Memoiren sind ebenfalls eine öffentlich zugängliche Quelle, wenn sie zumindest als Privatdruck an eine unbestimmte Zahl von Lesern gelangt sind. Kirchenbücher sind an sich keine öffentlichen Quellen, auch wenn sie teilweise öffentlich zugänglich gemacht worden sind; jedenfalls betreffen sie kaum noch heute lebende Personen.

c) Register, Archive

Der Zugang zu den in den Personenstandsregistern gespeicherten Daten ist fachgesetzlich beschränkt auf ein rechtliches Interesse (§ 61 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 62 Abs. 1 PStG);⁶² etwas abgesenkte Voraussetzungen gelten für Melderegisterdaten (§§ 44 ff. BMG), was für die Ortsforschung wichtiger ist als für die Familienforschung, weil wegen der Löschungsvorschriften (§§ 13 f. BMG) eher eine Momentaufnahme als ein zeitlicher Längsschnitt möglich ist.

Daten der Öffentlichen Hand, die keine Verwaltungsdaten mehr sind, werden, wenn sie nicht gelöscht werden, an das Archiv abgegeben. Zugang zu Archivdaten ist nach Maßgabe der Archivgesetze des Bundes und v.a. der Länder möglich. Auch wenn das Datenschutzrecht und das Archivrecht mit

62 Hierzu M. Zilkens/D. Stoppelmann, StAZ 2011, 353 ff.; allgemein aus grundrechtlicher Perspektive M. Fillbrandt, StAZ 2000, 260 ff.; zur früheren Rechtslage M. Sachse, StAZ 1977, 125 ff.

seinen Sperr- und Schutzfristen usw. nicht ganz synchron laufen,⁶³ sichern Regelungen wie § 11 Abs. 2 BArchG den Datenschutz für noch lebende Personen.

5. Familiengeschichtliche Veröffentlichungen und Medienprivileg

Die Veröffentlichung ihrer Ergebnisse ist integraler Bestandteil von Wissenschaft, was dann auch für die (methodengerecht betriebene) Familienforschung gilt, selbst wenn sie außerhalb von Hochschulen und Gelehrtenstuben stattfindet. Allerdings fallen weite Teile der Privilegierung von tatsächlich stattfindender Familienforschung schon unter die Haushaltsausnahme. Doch ist, wie erwähnt (s.o. 3.a)), die „private“ und „familiäre“ Tätigkeit per se „öffentlichkeitsfeindlich“,⁶⁴ so dass die Haushaltsausnahme eine Veröffentlichung nicht deckt.

Die (Auf-)Lösung hierfür ist in Art. 85 DSGVO zu finden. Diese Vorschrift statuiert eine Bereichsausnahme bzw. eine weitgehende Öffnungsklausel nicht nur zugunsten „journalistischer Zwecke“, sondern überhaupt „zu wissenschaftlichen, künstlerischen und literarischen Zwecken“. Die EU-Mitgliedstaaten können und müssen für diesen Bereich angepasste und angemessene (bereichs-)spezifische Regelungen schaffen. Dabei greift die landläufige Bezeichnung als „Medienprivileg“ zu kurz. Durch die Bestimmung des Art. 85 DSGVO sollen nicht nur die institutionalisierten Medien eine sachangemessene Regelung und Behandlung erfahren, sondern überhaupt sollen alle mit der Meinungsäußerungsfreiheit und dem künstlerischen Ausdruck versehenen Veröffentlichungen aus dem Bereich des ja doch sehr verfahrensorientierten und damit bürokratischen allgemeinen Datenschutzrechts herausgenommen werden. Das Medienprivileg gilt auch für wissenschaftliche Publikationen und damit für genealogische Handbücher und Ahnentafeln, Ortssippenbücher,⁶⁵ den „Gotha“ und andere Hofkalender in den noch bestehenden (europäischen) Monarchien⁶⁶ sowie

63 H. Berger, Die Anwendbarkeit der Datenschutz-Grundverordnung in öffentlichen Archiven, RDV 2018, 201 ff.

64 Dies erscheint mit Blick auf die EuGH-Rechtsprechung zu privaten Internetauftritten durchaus konsistent (Th. Weichert, in: W. Däubler/P. Wedde/Th. Weichert/I. Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 2 DSGVO, Rn. 28 m.Verw.a. EuGH, JZ 2004, 242 ff. – Lindqvist).

65 Dazu S. Facht, RDV 1996, 19 (23 f.).

66 Z.B. „Burke’s Peerage, Baronetage & Knightage“ (seit 1826).

Zeitschriften zur Familienforschung einschließlich entsprechender Onlineformate.

Allerdings führt das datenschutzrechtliche Medienprivileg auch für genealogische Veröffentlichungen nicht zu einem Freibrief. Da spezifisches Fachrecht in Deutschland fehlt, wird man die das Medienrecht insoweit prägenden deliktischen und (quasi-)negatorischen Generalklauseln der § 823 und § 1004 (analog) BGB⁶⁷ in ihrer grundrechtlichen Aufladung als deutsche Ausgestaltungsgesetzgebung nehmen müssen.⁶⁸ Hier fehlt bislang noch konturierende Rechtsprechung;⁶⁹ einstweilen wird man sich deshalb an Wertungen früherer Gesetze orientieren können: Ob man dabei die früher im deutschen Recht enthaltene Vorgabe des § 29 Abs. 3 BDSG 2001⁷⁰, dass die Aufnahme in Telefonbücher, Branchenverzeichnisse usw. gegen den erkennbaren Willen des Betroffenen zu unterbleiben hat, auf Familien- und Adressdaten übertragen werden kann, ist allerdings zweifelhaft. Denn bei den allgemeinen Adressverzeichnissen usw. handelt es sich nicht um Daten mit Mehrfachbezug auch zu einem Veröffentlichungswilligen. Zudem unterfällt das Telefonbuch nicht dem Medienprivileg, durchaus aber genealogische Veröffentlichungen. Bei den allfälligen Abwägungen wird man sicherlich u.a. danach differenzieren können, ob Personendaten im Kontext mit anderen Personen (Stammbaum, Ahnentafel) veröffentlicht werden oder als Profil („Lebensbild“, Lexikonartikel [Lemma]), insb. in biographischen Verzeichnissen.

V. Verästelungen des überkommenen Datenschutzes

Blut ist dicker als die Wasser des Datenschutzes. Es zeigt sich aus den verschiedenen Perspektiven jeweils ein strukturell ähnliches Bild im Datenschutz, dass nicht-kommerzielle Genealogie weitgehend möglich ist: Familienforschung für und in der Familie hat ohnehin wegen der Haushaltsausnahme seit jeher außerhalb des Datenschutzrechts gelegen. Daran ändert sich auch nichts, wenn man dies (in gut deutscher Tradition) in einem Verein oder Verband tut. Ferner können sich die akademische

67 K. v. Lewinski, Medienrecht, 2020, § 26 Rn. 4 et pass.

68 J. Stender-Vorwachs/A. Lauber-Rönsberg, in: H.A. Wolff/St. Brink, Datenschutzrecht, 2. Aufl. 2022, Art. 85 DSGVO, Rn. 41.

69 Aktuell, aber auch nur punktuell OLG Zweibrücken, GRUR-RS 2023, 42297.

70 Heute in ähnlicher Form, aber mit ausdrücklichem Antragsfordernis § 17 Abs. 1 TDDDG (bis Mitte 2024: TTDSG).

Forschung in diesem Bereich sowie die Veröffentlichung genealogischer Erkenntnisse und Daten auf diese und jene spezifische Öffnungsklausel des Datenschutzrechts stützen. Lediglich die professionelle und gewerbliche Ahnenforschung ist, abhängig vom konkreten Einzelfall, datenschutzrechtlich etwas schwieriger zu gerechtfertigen. Aber auch hier sollte man nicht den aus Gerichtsentscheidungen bekannten Erbensucher als das eigentliche datenschutzrechtliche Feindbild nehmen, sondern wirkliche Datenmacht aufbauende Konzerne aus den Bereichen der Gentechnik oder der Personendatenbanken sind die eigentliche Gefahr.

Und die eigentliche Lehre sollte sein, dass die Lösung von datenschutzrechtlichen Fragen häufig nicht innerhalb der Dogmatik des Datenschutzrechts liegt, sondern an den Rändern seines sachlichen Anwendungsbereichs. Vor allem aber zeigt sich, dass man mit dem deutschen und europäischen Datenschutzrecht den putzigen Dorfgemeinschaftsvereinen und Personenstandsämtern das Leben auf der Mikroebene schwer macht, während die Mormonen, 23andme und womöglich irgendwann auch die ganz großen Datenkonzerne außerhalb der territorialen Durchsetzbarkeit des europäischen Datenschutzrechts nicht nur auf den Ästen einzelner Stammbäume herumklettern, sondern den Wald aller Stammbäume gepachtet haben.

Datenschutzrecht und Justiz.

Eine Bestandsaufnahme unter besonderer Berücksichtigung der Zuständigkeitsgrenzen der Aufsichtsbehörden gem. Art. 55 Abs. 3 DSGVO bei der Aufsicht über Rechtspfleger

Elmar J. Mand

I. Einleitung und Problemstellung

Das Datenschutzrecht ist inzwischen auch bei den Gerichten mit Wucht angekommen. Dies gilt zum einen in ihrer Grundfunktion als Judikative, d.h. bei der Klärung, was im Bereich des Datenschutzes „Recht“ ist. So sehen sich derzeit vor allem die Zivil- und Arbeitsgerichte mit einer Flut von Klagen konfrontiert. Meist geht es dabei um Ansprüche aus der EU-Datenschutzgrundverordnung 2016/679 (im Folgenden DS-GVO), oft gerichtet auf Schadensersatz gem. Art. 82 DS-GVO und um die Geltendmachung ergänzender Auskunft- sowie Löschanträge gem. Art. 15 ff. DS-GVO. Die Klagewelle gegen den Facebook Mutterkonzern im Zusammenhang mit dem 2021 bekannt gewordenen Datenleck nach einer sogen. Scraping Attacke¹ und die unzähligen Klagen wegen angeblicher Datenschutzverstöße im Zusammenhang mit Schufa-Einträgen und Schufa-Scores² sind nur zwei besonders prominente Beispiele.

Zum anderen verarbeiten Gerichte im Zuge der Ausübung ihrer rechtssprechenden Tätigkeit aber auch selbst in vielfältiger Weise Daten – sowohl

-
- 1 OLG Hamm, Urt. v. 15.8.2023 – 7 U 19/23, GRUR 2023, 1791; OLG Dresden, Urt. v. 5.12.2023 – 4 U 709/23, GRUR-RS 2023, 36707; OLG Köln, u.a. Urt. v. 7.12.2023 – 15 U 67/23, GRUR-RS 2023, 37347; OLG Stuttgart Urt. v. 2.11.2023 – 4 U 20/23, GRUR-RS 2023, 32883; vgl. auch EuGH (Große Kammer), Urt. v. 4.7.2023 – C-252/21, GRUR 2023, 1133 - Meta Platforms Inc. u.a./Bundeskartellamt; EuGH (Dritte Kammer), Urt. v. 28.4.2022 – C-319/20, GRUR 2022, 920 - Meta Platforms Ireland Limited, vormals Facebook Ireland Limited/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.
 - 2 EuGH (Erste Kammer) Urt. v. 7.12.2023 – C-634/21, NZA 2024, 45; OLG Brandenburg, Urt. v. 3.7.2023 – 1 U 8/22, ZD 2023, 748; OLG Stuttgart, Urt. v. 10.8.2022 – 9 U 24/22, ZD 2022, 691; OLG Koblenz, Urt. v. 23.1.2023 – 12 U 2194/21, ZD 2024, 41; OLG Köln, Urt. v. 27.1.2022 – 15 U 153/21, ZD 2022, 233.

von Verfahrensbeteiligten und Dritten als auch von den Beschäftigten in der Justiz. Dies macht die Gerichte bzw. deren Präsidenten und Direktoren als Verantwortliche im Sinne des Datenschutzes (Art. 4 Nr. 7 DS-GVO)³ selbst zum Adressaten von datenschutzrechtlichen Ansprüchen und Klagen, aber auch von aufsichtsrechtlichen Maßnahmen. Die Spanne der damit angesprochenen datenschutzrelevanten Tätigkeiten der Gerichte außerhalb der Rechtsprechung im engeren Sinne ist sehr weit. Sie reicht von der Beschaffung der Sachmittel und dem Personalwesen über die Gewährung von Akteneinsicht und die Erteilung von Auskünften an Verfahrensbeteiligte, öffentliche Stellen, die Presse und sonstige Dritte bis hin zur Registerführung und der (nachträglichen) Veröffentlichung von Gerichtsurteilen.

Obgleich auch die zuletzt genannten Tätigkeiten mehr oder weniger direkt der Rechtsprechung dienen und mit ihr in direktem Zusammenhang stehen, sind sie aus datenschutzrechtlicher Hinsicht von besonderem Interesse. Denn hierbei steht nicht das Handeln der Gerichte als Rechtsschutz gewährende, sondern datenverarbeitende und möglicherweise Rechte verletzende öffentliche Stellen in Rede, was zugleich die Frage der datenschutzrechtlichen Aufsicht aufwirft. Diesem Aspekt widmet sich der nachfolgende Beitrag.

Anlass hierfür bietet nicht nur eine aktuelle Entscheidung des EuGH über Presseinformationen der Gerichte⁴. Vielmehr haben sich die zuständi-

3 In praktisch allen von Gerichten bereitgestellten Informationen zur Datenverarbeitung gem. Art. 12 DS-GVO werden die Verwaltungsleiter der Gerichte als Verantwortliche im Sinne des Datenschutzes genannt. Inwieweit dies allerdings auch für Schadensersatzklagen gem. Art. 82 DS-GVO richtig ist, die an Datenschutzverstöße der Gerichte selbst anknüpfen, erscheint aufgrund der fehlenden Rechtspersönlichkeit und des fehlenden „Haftungssubstrats“ der Gerichte höchst zweifelhaft. Vgl. zur Frage der Rechtsfähigkeit des Verantwortlichen i. S. d. Datenschutzrechts auch EuGH (3. Kammer) Urt. v. 11.1.2024 – C-231/22, NJW 2024, 641 Rn. 36, 44 ff. – Etat belge/Autorité de protection des données.

4 Der EuGH, Urt. v. 24.3.2022 – C-245/20, NVwZ 2022, 625 hatte sich mit der niederländischen Praxis zu beschäftigten, dass die Abteilung für Verwaltungsstreitsachen des Raad van State (Staatsrat) die Medien im Vorfeld der bei ihr stattfindenden mündlichen Verhandlungen mit bestimmten Informationen über laufende Verfahren versorgt. Dazu stellt der Rat anwesenden Journalisten am Tag der Sitzung Unterlagen zum Verfahren (Kopien des verfahrenseinleitenden Schriftsatzes, der Erwiderung der Gegenseite und ggf. der angefochtenen Gerichtsentscheidung) zur Verfügung, um es ihnen zu ermöglichen, der Sitzung zu folgen. Am Ende des Tages werden diese Dokumente vernichtet. Ein als Partei am Verfahren Beteiligter und sein Rechtsanwalt erfuhren anlässlich einer mündlichen Verhandlung von einem anwesenden Journalisten, dass dieser über Unterlagen aus der Verfahrensakte verfügte, die personenbezogene Daten über sie enthielten. Sie sahen darin einen Verstoß des Staatsrats gegen die DS-GVO

gen Aufsichtsbehörden für Datenschutz in vielen Ländern zuletzt auch sehr offensiv zur Reichweite ihrer Aufsicht über die vom Land getragenen Gerichte, d.h. praktisch die gesamte Justiz mit Ausnahme der Bundesgerichte gem. Art. 95 Abs. 1 GG, geäußert. In Nordrhein-Westfalen beanstandete die Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit (LDI NRW) als gem. Art. 51, 55 DS-GVO zuständige Aufsichtsbehörde etwa eine Entscheidung eines Rechtspflegers, Vermächtnisnehmern in einem Nachlassverfahren umfassende Einsicht in das Testament zu gewähren. Einer der Erben war der Ansicht, die Bekanntgabe sämtlicher Vermächtnisnehmer und der jeweils vermachten Geldbeträge verletze das Datenschutzrecht, weshalb er die nach dem FamFG getroffene Entscheidung des Rechtspflegers beanstandete. Im Anschluss schaltete sich die Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit in NRW ein und wies das zuständige Amtsgericht ebenfalls auf einen (angeblichen) Datenschutzverstoß nach der DS-GVO hin.

Natürlich erkennen auch die Aufsichtsbehörden an, dass Gerichte als Justizbehörden und Organe der Rechtspflege den Anspruch haben, das Vertrauen der Bürger zur Einhaltung des geltenden Datenschutzrechts ihrerseits nicht zu enttäuschen. Die Aufsichtsbehörden handeln indes nach der Maxime: Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser. Effektiver Datenschutz setze voraus, dass Stellen existieren, deren Aufgabe es ist, die Einhaltung der Vorgaben der DS-GVO zu überwachen, und dass sie selbst diese Aufgabe – auch gegenüber Gerichten – gewissenhaft ausfüllen. Die in Art. 55 Abs. 3 DS-GVO vorgesehene Ausnahme von der Aufsichtszuständigkeit für „justizielle Tätigkeiten“ sei deshalb eng auszulegen und auf den Kernbereich unabhängiger spruchrichterlicher Tätigkeit i. S. d. Art. 97 Abs. 1 GG zu begrenzen. Darunter falle die Tätigkeit von Rechtspflegern per se nicht. Letztere zähle vielmehr zum Bereich der Verwaltung der Gerichte, über die die Datenschutzbeauftragten Aufsicht zu führen hätten. Auch die einfachgesetzlich in § 9 RPflG normierte sachliche Unabhängigkeit der Rechtspfleger schließe die Kontrollzuständigkeit der LDI in datenschutzrechtlicher Hinsicht nicht aus.

Diese Haltung hat in der Justiz für einige Aufruhr gesorgt, nicht zuletzt, weil sie die unabhängige Entscheidungsfindung durch Rechtspfleger grundsätzlich in Frage stellt – eine Kompetenz, mit der die Justiz auch um den leider dringend benötigten Rechtspfleger-Nachwuchs wirbt. Vor

und beantragten bei der nationalen Datenschutzaufsichtsbehörde die Vornahme von Maßnahmen zur Durchsetzung der DS-GVO gegen den Staatsrat.

diesem Hintergrund soll im folgenden Beitrag versucht werden, die Reichweite der datenschutzrechtlichen Aufsicht über die Gerichte im Grenzbereich zwischen Rechtsprechung und Justizverwaltung unter besonderer Berücksichtigung der Tätigkeit von Rechtspflegern herauszuarbeiten. Dazu sollen zunächst die relevanten Datenschutzregelungen vorgestellt und ihr Anwendungsbereich auf die Tätigkeit der Justiz aufgezeigt werden. Auf dieser Grundlage sollen die Grenzen der Aufsicht gem. Art. 55, 58 DS-GVO behandelt und dabei beispielhaft vor allem die Tätigkeit der Rechtspfleger in den Blick genommen werden. Soweit es auf Datenschutzbestimmungen auf Landesebene ankommt, konzentriert sich der Beitrag auf die Rechtslage im bevölkerungsreichsten Bundesland NRW. Der Beitrag schließt mit einer Zusammenfassung in Thesenform.

II. Anwendungsbereich des Datenschutzrechts auf die Tätigkeit der Justiz

1. Anwendbare Bestimmungen

a) DS-GVO

Als unmittelbar anwendbare europäische Verordnung bildet die DS-GVO den zentralen Ankerpunkt des Datenschutzrechts. Sie geht dem nationalen Recht einschließlich des Verfassungsrechts vor.⁵ Entsprechend regelt § 1 Abs. 5 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), dass die Vorschriften des BDSG nur dann anzuwenden sind, wenn nicht die DS-GVO unmittelbar gilt.

Die DS-GVO findet grundsätzlich auch auf die Justiz Anwendung; eine allgemeine Öffnungsklausel für eine eigenständige mitgliedstaatliche Regelung des Datenschutzrechts im Bereich der Gerichte besteht entgegen einer vereinzelt vertretenen Ansicht⁶ nicht.⁷ Der prinzipielle Geltungsanspruch

5 Str. Rspr. des EuGH, grundlegend EuGH, Urt. v. 15.7.1964 - Rs 6/64, Slg. 1964, 1251, 1269 - Costa/ENEL; Urt. v. 9.3.1978 - Rs 106/77, Slg. 1978, 629 Rn. 17 f. - Simmenthal II. Vgl. zur Rücknahme der verfassungsrechtlichen Kontrolle durch das BVerfG auch BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 - 2 BvE 2/08, NJW 2009, 2267 - Lissabon.

6 Kühling/ Martini, Die Datenschutzgrundverordnung und das nationale Recht: Erste Überlegungen zum innerstaatlichen Regelungsbedarf, 2016, S. 20; Kühling/ Raab in Kühling/ Buchner, DS-GVO/BDSG, 4. Aufl. 2024, Art. 2 DS-GVO Rn. 30.

7 EuGH (I. Kammer), Urt. v. 24.3.2022 - C-245/20, NVwZ 2022, 625 Rn. 25- X ua/Autorität Persoonsgegevens; Selmayr in Ehmann/ Selmayr, DS-GVO, 3. Aufl. 2024, Art. 55 Rn. 16; Körffler in Paal/ Pauly, DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 55 DS-GVO Rn. 5;

der DS-GVO im Justizsektor folgt bereits aus Erwägungsgrund (EG) 20.⁸ Im Übrigen ergibt er sich zwingend aus dem Umkehrschluss zu den Ausnahmen in Art. 9 Abs. 2 lit. f, 23 Abs. 1 lit. f, 37 Abs. 1 lit. a und Art. 55 Abs. 3 DS-GVO. Die dort geregelten punktuellen Ausnahmen bzw. Öffnungsklauseln im Bereich der „justiziellen Tätigkeit“ ergäben keinen Sinn, wenn die DS-GVO im Übrigen keine Geltung beanspruchte. Der Geltungsanspruch der DS-GVO auch im Bereich der Justiz steht überdies im Einklang mit der umfassenden, nicht auf die Binnenmarktregulierung beschränkten Regelungskompetenz der EU in Datenschutzfragen gem. Art. 16 Abs. 2 AEUV.⁹

b) Sonderregelung in der EU-Richtlinie 2016/680 für Polizei und Strafverfolgungsbehörden

Gemäß Art. 2 Abs. 2 lit. d DS-GVO ist die DS-GVO allerdings nicht anwendbar in Bezug auf die Datenverarbeitung durch Justiz und Polizei zum Zwecke der Verhütung und Verfolgung von Straftaten. Auch für diesen klassischerweise in der Kompetenz der Mitgliedstaaten liegenden Bereich hat die EU auf eine Harmonisierung aber nicht verzichtet. Komplementär zur DS-GVO harmonisiert die EU-Richtlinie 2016/680 für Justiz und Inneres (sogen. II-Richtlinie) das Datenschutzrecht – abgesehen von einzelnen Öffnungsklauseln – vollständig.

Wie alle Richtlinien gilt die EU-Richtlinie 2016/680 nicht unmittelbar, sondern ist gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV von den Mitgliedstaaten in nationa-

Bieresborn, DRIZ 2019, 18; Ory/ Weth, NJW 2018, 2829, 2830; Wiebe/ Eichfeld, NJW 2019, 2734, 2734; Schemmer/ Lange, ZGI 2024, 56, 56 f.

- 8 Erwägungsgrund 20 lautet: „Diese Verordnung gilt zwar unter anderem für die Tätigkeiten der Gerichte und anderer Justizbehörden, doch könnte im Unionsrecht oder im Recht der Mitgliedstaaten festgelegt werden, wie die Verarbeitungsvorgänge und Verarbeitungsverfahren bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch Gerichte und andere Justizbehörden im Einzelnen auszusehen haben. Damit die Unabhängigkeit der Justiz bei der Ausübung ihrer gerichtlichen Aufgaben einschließlich ihrer Beschlussfassung unangetastet bleibt, sollten die Aufsichtsbehörden nicht für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Gerichte im Rahmen ihrer justiziellen Tätigkeit zuständig sein. Mit der Aufsicht über diese Datenverarbeitungsvorgänge sollten besondere Stellen im Justizsystem des Mitgliedstaats betraut werden können, die insbesondere die Einhaltung der Vorschriften dieser Verordnung sicherstellen, Richter und Staatsanwälte besser für ihre Pflichten aus dieser Verordnung sensibilisieren und Beschwerden in Bezug auf derartige Datenverarbeitungsvorgänge bearbeiten sollten“ (Herv. nur hier).
- 9 Vgl. Lewinski in Auernhammer, DS-GVO – BDSG, 8. Aufl. 2024, Art. 2 DS-GVO Rn. 16 f.

les Recht umzusetzen. Die Umsetzung erfolgte in Deutschland – sieht man von einigen Spezialnormen in der StPO ab – in erster Linie in den §§ 45 ff. Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), auf die § 500 Abs. 1 StPO verweist, sowie ergänzend in den Landesdatenschutzgesetzen der Länder, in NRW in den §§ 35 ff. DSG-NRW, teilweise in Spezialvorschriften.

Die Strafgerichtsbarkeit wird insoweit ebenso wie die Staatsanwaltschaften nicht von der DS-GVO erfasst, soweit eine Datenverarbeitung im Rahmen eines Strafverfahrens stattfindet.¹⁰ Vielmehr gelten die – gegebenenfalls richtlinienkonform auszulegenden – Umsetzungsnormen in § 500 Abs. 1 StPO i. V. m. den §§ 45 ff. BDSG, sowie ergänzend die Vorgaben in den jeweiligen Landesdatenschutzgesetzen bzw. in den bereichsspezifischen Datenschutzvorschriften.

c) Bundesdatenschutzgesetz und Landesdatenschutzgesetz NRW

Die nationalen Regelungen im BDSG, das jeweilige Landesdatenschutzgesetz und vor allem die zahllosen bereichsspezifischen Datenschutzvorschriften, die als *leges speciales* einschlägig sein können, gelten auch jenseits von Strafverfahren in Ergänzung zur DS-GVO. Bedeutung entfalten die Vorschriften vor allem dort, wo die DS-GVO abweichende oder konkretisierende nationale Regelungen ausdrücklich zulässt oder erfordert.¹¹

Was die Abgrenzung des Anwendungsbereiches des BDSG zu den allgemeinen Landesdatenschutzgesetzen angeht, trifft § 1 Abs. 1 BDSG eine wichtige Unterscheidung für den Bereich der Justiz, der datenschutzrechtlich zu den sogen. „öffentlichen Stellen“ zählt: Das BDSG ist danach für die Bundesgerichte zuständig. Für alle sonstigen in Trägerschaft der Länder stehenden Gerichte ist das BDSG nur anwendbar, wenn es an einer Landesregelung fehlt und soweit die Gerichte „als Organe der Rechtspflege tätig werden und es sich nicht um Verwaltungsangelegenheiten handelt“. Diese

10 Kröffer in Paal/Pauly, 3. Aufl. 2021, DS-GVO/BDSG, Art. 55 DS-GVO Rn. 5; BeckOK DatenschutzR/ Bäcker, 47. Ed. 01.02.2024, DS-GVO Art. 2 Rn. 26, 30; a.A. Engeler im Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 2019, Kap 22 Rn. 10. Teilweise wird bzgl. der Strafgerichte auch je nach Zweckrichtung der Datenverarbeitung differenziert, vgl. Wiebe/ Eichfeld, NJW 2019, 2734, 2735 m.w.N.

11 Zur Befugnis und gegebenenfalls auch Pflicht der Mitgliedstaaten, allgemeine Vorgaben des Unionsrechts unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH im nationalen Recht zu konkretisieren Mand in Prütting (Hrsg.), Medizinrecht, Einl. HWG Rn. 47 ff.

Regelung greift § 5 Abs. 4 DSG-NRW auf, wonach das Landesdatenschutzgesetz für Gerichte und die Behörden der Staatsanwaltschaft dann, aber auch nur dann gilt, „soweit sie Verwaltungsaufgaben wahrnehmen“.¹² Im Übrigen, d.h. jenseits der Verwaltungstätigkeit, verzichtet das DSG-NRW auf eine eigene Regelung für Gerichte. Für Staatsanwaltschaften, Polizei, Strafvollstreckungs- und Justizvollzugsbehörden in NRW gelten zwar gem. § 35 DSG-NRW an sich die §§ 36 ff. DSG-NRW. Indes sind, wie dargelegt, über § 500 Abs. 1 StPO insoweit die Normen des Teil 3 des Bundesdatenschutzgesetzes jedenfalls vorrangig, richtigerweise aber abschließend anzuwenden. § 35 DSG-NRW ist daher - mit Ausnahme des Ordnungswidrigkeitenverfahrens - weitgehend gegenstandslos.¹³

d) Spezialregelungen insbesondere in den Prozessordnungen

Vorrangig vor den allgemeinen Datenschutzgesetzen sind über § 1 Abs. 2 BDSG die besonderen Datenschutzvorschriften des Bundes anzuwenden. Entsprechendes folgt innerhalb des Landesrechts aus § 5 Abs. 5 DSG-NRW sowie auch aus dem allgemeinen Grundsatz *lex specialis derogat legi generali*. Im Justizsektor finden sich datenschützende Regelungen insbesondere in den einschlägigen Prozessordnungen, etwa die Regelungen zur Beiziehung von Akten (§ 273 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, § 99 VwGO, § 86 FGO) oder zur Möglichkeit der Akteneinsicht (§ 299 ZPO, § 100 VwGO).¹⁴ Inwieweit es sich um abschließende Sondervorschriften handelt, welche das allgemeine Datenschutzrecht des Bundes und der Länder¹⁵ verdrängen¹⁶ oder ob die allgemeinen Datenschutzgesetze zumindest ergänzend gelten,¹⁷ hängt letztlich davon ab, ob in Bezug auf die dort geregelte Datenverarbeitung Aspekte wie verschiedene Verarbeitungsphasen und Betroffenenrechte berücksichtigt wurden, d.h. eine sogenannte Tatbestandskongruenz gegeben

12 Zur teilweise unscharfen Regelung in anderen Ländern *Wiebe/ Eichfeld*, NJW 2019, 2734, 2735.

13 Kritisch hierzu HK-LDSG NRW/Heinz-Joachim Pabst, 1. Aufl. 2020, DSG-NRW § 35 Rn. 18.

14 Vgl. zum Charakter als (auch) datenschützende Norm *Bieresborn*, DRiZ 2019, 18.

15 Es gilt die allgemeine Regel des Art. 31 GG, dass Bundesrecht Landesrecht bricht.

16 So Bundesregierung in BT-Drs. 19/4671 v. 1.10.2018, S. 49 ff.; *Bieresborn/ Giesberts-Kaminski*, SGB 2018, 449, 451; *Bieresborn*, DRiZ 2019, 18, 21 f.

17 So Stellungnahme des Bundesrats in BT-Drs. 18/11655 v. 23.3.2017, Nr. 6, S. 4; *Ory/Weth*, NJW 2018, 2829, 2832 f.; *Wiebe/ Eichfeld*, NJW 2019, 2734, 2735.

ist.¹⁸ Mangels Auseinandersetzung mit etwaigen Betroffenenrechten und einer Regelung entsprechender Ausnahmetatbestände spricht einiges gegen eine (volle) Tatbestandskongruenz und für eine ergänzende Anwendung des allgemeinen Datenschutzrechts. Nicht zuletzt hieraus erklärt sich die verbreitete Forderung nach einer legislativen Klärung und Ergänzung der jeweiligen Prozessordnungen¹⁹.

2. Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich der allgemeinen Datenschutzregeln in der DS-GVO und dem BDSG bzw. den LDSG ist bereits dann eröffnet, wenn eine Verarbeitung von personenbezogenen Daten vorgenommen wird und die Verarbeitung ganz oder teilweise automatisiert oder jedenfalls mithilfe eines Dateisystems erfolgt, vgl. Art. 2 Abs. 1 DS-GVO. Nach Art. 4 Nr. 6 DS-GVO ist ein Dateisystem „jede strukturierte Sammlung personenbezogener Daten, die nach bestimmten Kriterien zugänglich sind“. Weil juristische Akten in aller Regel zumindest nach bestimmten Kriterien geordnet sind, führt dieser durch Erwägungsgrund 15 DS-GVO²⁰ bekräftigte, extensive Ansatz dazu, dass regelmäßig auch analoge Akten, Aktensammlungen und ihre Deckblätter erfasst werden.²¹ Im Falle von elektronischen Akten liegt ohnehin eine automatisierte Datenverarbeitung vor. Damit ist der sachliche Anwendungsbereich des allgemeinen Datenschutzrechts, d.h.

18 BT-Drs. 18/11325, S. 79 f. Vgl. dazu auch BeckOK DatenschutzR, Gusy/ Eichenhofer, 47. Ed. 1.11.2021, BDSG § 1 Rn. 80 f.

19 Vgl. Leopold, DRiZ 2018, 423; Ory/ Weth, NJW 2018, 2829, 2833; Wiebe/ Eichfeld, NJW 2019, 2734, 2735.

20 Erwägungsgrund 15: „Um ein ernsthaftes Risiko einer Umgehung der Vorschriften zu vermeiden, sollte der Schutz natürlicher Personen technologieneutral sein und nicht von den verwendeten Techniken abhängen. Der Schutz natürlicher Personen sollte für die automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten ebenso gelten wie für die manuelle Verarbeitung von personenbezogenen Daten, wenn die personenbezogenen Daten in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen. Akten oder Aktensammlungen sowie ihre Deckblätter, die *nicht* nach bestimmten Kriterien geordnet sind, sollten nicht in den Anwendungsbereich dieser Verordnung fallen.“ (Herv. nur hier).

21 Grafenstein in Gierschmann/ Schlender/ Stenzel/ Veil, DS-GVO, 2017, Art. 2 Rn. 24; Schmidt in Taeger/ Gabel, DS-GVO – BDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 2 DS-GVO Rn. 10; Wiebe/ Eichfeld, NJW 2019, 2734, 2734; Ory/ Weth, NJW 2018, 2829, 2830. Die engere Auslegung der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG durch den BGH, NJW 2017, 800, 803, dürfte damit unter der Geltung des neuen Datenschutzrechts für die Justiz keine signifikanten Einschränkungen mit sich bringen.

der DS-GVO sowie des BDSG bzw. DSG-NRW, im Bereich der Justiz regelmäßig eröffnet. Eine weitreichende Zuständigkeit der allgemeinen Aufsichtsbehörden gem. Art. 51, 55 DS-GVO für die datenschutzrechtliche Kontrolle der Tätigkeit von Rechtspflegern kommt demnach in Betracht.

III. Datenschutzaufsicht im Bereich der Justiz

Die allgemeine Kontrolle des Datenschutzrechts beruht auf zwei Säulen: der Einrichtung unabhängiger (externer) datenschutzrechtlicher Aufsichtsbehörden gem. Art. 51, 55 DS-GVO und der Bestellung eines internen Datenschutzbeauftragten als Instrument der regulierten *Selbstkontrolle* des Verantwortlichen.

1. Aufsicht im Bereich öffentlicher Stellen

Nach Art. 51 DS-GVO hat jeder Mitgliedstaat unabhängige datenschutzrechtliche Aufsichtsbehörden einzurichten. Art. 58 Abs. 2 DS-GVO verleiht diesen Aufsichtsbehörden im Vergleich zum bisher geltenden nationalen Recht grundsätzlich erheblich umfangreichere Befugnisse auch und gerade gegenüber öffentlichen Stellen. Die Aufsichtsbehörde kann insbesondere Verwarnungen nach Art. 58 Abs. 2 lit. b DS-GVO aussprechen, Anweisungen im Einzelfall nach lit. c bis e erteilen, Verarbeitungsverbote aussprechen nach lit. f, Berichtigungen und Löschungen verlangen nach lit. g und zusätzlich Geldbußen verhängen gem. lit. i. Allein für Bußgelder enthält Art. 83 Abs. 7 DS-GVO eine Öffnungsklausel, die abweichende nationale Regelungen gestattet. Der deutsche Gesetzgeber hat von der Öffnungsklausel Gebrauch gemacht und sich gegen Geldbußen gegen Behörden und öffentliche Stellen ausgesprochen (§ 43 Abs. 3 BDSG, BT-Drs. 18/11325, 39, § 32 Abs. 1 DSG-NRW).

Gem. Art. 37 Abs. 1 DS-GVO müssen Behörden und öffentliche Stellen zudem prinzipiell einen eigenen Datenschutzbeauftragten bestellen. Ausweislich der Aufgabenbeschreibung des Datenschutzbeauftragten in Art. 39 DS-GVO arbeitet dieser eng mit den Aufsichtsbehörden zusammen (Art. 39 Abs. 1 lit. d DS-GVO).

2. Ausnahmen für „justizielle Tätigkeiten“

a) Einschränkungen und Öffnungsklauseln der DS-GVO

Gemäß Art. 55 Abs. 3 DS-GVO besteht jedoch keine externe Aufsicht über die von Gerichten im Rahmen ihrer justiziellen Tätigkeit vorgenommenen Verarbeitungen. Über Art. 37 Abs. 1 lit. a DS-GVO entfällt in diesen Fällen auch die Pflicht zur Benennung eines internen Datenschutzbeauftragten. Stattdessen sieht Erwägungsgrund 20 DS-GVO die Möglichkeit vor, besondere Stellen im Justizsystem mit der Aufsicht über die Datenverarbeitungsvorgänge zu betrauen. Neben dem speziellen Erlaubnistatbestand für die Verarbeitung besonderer Kategorien von personenbezogenen Daten im Gerichtsverfahren in Art. 9 Abs. 2 lit. f DS-GVO und der durch Art. 23 Abs. 1 lit. f DS-GVO eröffneten Möglichkeit, im Gerichtsverfahren die Rechte der betroffenen Personen einzuschränken, handelt es sich bei den beschriebenen Einschränkungen der internen und externen datenschutzrechtlichen Kontrolle um die zentralen Einschränkungen im Anwendungsbereich der DS-GVO für den Bereich der Justiz.²² Klarstellend ist aber nochmals zu betonen, dass jenseits dieser begrenzten Ausnahmen die sonstigen Vorgaben der DS-GVO für den Datenschutz mangels einer umfassenden Bereichsausnahme für die Justiz auch für die justizielle Tätigkeit maßgebend sind.

b) Regelung im nationalen Recht

aa) Allgemeine Aufsichtsbehörden

Im nationalen Recht hat der Gesetzgeber in § 9 Abs. 2 BDSG für die Bundesgerichte die Kompetenz des/ der Datenschutzbeauftragten des Bundes entsprechend begrenzt und die von den Gerichten „im Rahmen ihrer

22 Inwieweit die Ausnahmen für die interne und externe datenschutzrechtliche Kontrolle justizieller Tätigkeit eine negative Vollharmonisierung bezwecken, d.h. den Mitgliedstaaten auch verbieten, kraft nationaler Regelung die Vorschriften über die Bestellung interner Datenschutzbeauftragter und über die Aufsichtsbehörden im Rahmen der verfassungsrechtlichen Grenzen für entsprechend anwendbar zu erklären, ist bisher nicht abschließend geklärt. Es bedarf für Deutschland aber keiner abschließenden Entscheidung. Denn die Datenschutzgesetze des Bundes und der Länder tragen den Ausnahmen in Art. 37 und 55 DS-GVO umfassend Rechnung. Vgl. dazu im Folgenden sub II.

justiziellen Tätigkeiten vorgenommenen Verarbeitungen“ von der Aufsicht ausgenommen.

Der Landesgesetzgeber für NRW hat in den §§ 26 S. 1, 36 Nr. 20 DSG-NRW die in Trägerschaft des Landes stehenden „Organe der Rechtspflege“ der Aufsicht des/ der Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit grundsätzlich unterstellt. Der Anwendungsbereich des DSG-NRW, insbes. dessen die Aufsicht regelnder Teil 2, erstreckt sich nach § 5 Abs. 4 DSG-NRW auf Gerichte und die Behörden der Staatsanwaltschaft jedoch nur, „soweit sie Verwaltungsaufgaben wahrnehmen“. Die Regelung weicht damit sprachlich von der DS-GVO ab, indem justizielle Tätigkeiten nicht ausgenommen werden, sondern – entsprechend dem hergebrachten deutschen Verständnis – lediglich die klassisch verwaltenden Tätigkeiten der Gerichte in den Anwendungsbereich des DSG-NRW und damit in die Aufgabenzuweisung an den/ die LDI *einbezogen* werden. Traditionell wird der Bereich der verwaltenden Tätigkeiten der Gerichte eng gezogen. Darunter fallen insbesondere diejenigen Tätigkeiten der Gerichtsverwaltungen und der Staatsanwaltschaften bspw. auf dem Gebiet der Personalführung, der Haushaltsführung, aber auch des juristischen Prüfungswesens.²³ Ausgenommen ist hingegen in einem weiten Sinne jede auf Verfahrensbeendigung angelegte Entscheidungstätigkeit der Gerichte einschließlich der Wahrnehmung richterlicher Aufgaben durch Rechtspfleger und nicht lediglich der Kernbereich der verfassungsrechtlich garantierten unabhängigen spruchrichterlichen Tätigkeit von Richtern.²⁴ Sollte diese Regelung inhaltlich von der DS-GVO abweichen,²⁵ stellt sich die Frage einer unionsrechtskonform erweiternden Auslegung des Begriffs „Verwaltung“ in § 5 Abs. 4 DSG-NRW. Hierauf ist nach der Klärung des Begriffs „justizielle Tätigkeit“ in der DS-GVO zurückzukommen.²⁶

Für den Bereich der Strafverfolgungstätigkeit durch Polizei und Justiz, der aus dem Anwendungsbereich der DS-GVO ausgenommen und durch die sogen. JI-Richtlinie EU/2016/680 für Justiz und Inneres geregelt ist,

23 Pabst in Schwartmann/ Pabst, LDSG-NRW, 1. Aufl. 2020, § 5 Rn. 41 f.; vgl. auch VG Mainz, Urt. v. 22.7.2020 – 1 K 473/19.MZ, BeckRS 2020, 20778.

24 Vgl. Kröffner in Paal/ Pauly, DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 55 DSG-VO Rn. 5. Ebenso wohl auch VG Mainz, Urt. v. 22.7.2020 – 1 K 473/19.MZ, BeckRS 2020, 20778: Tätigkeiten ausgenommen, „die mit der gerichtlichen Entscheidungsfindung in Zusammenhang stehen.“

25 So wohl Kröffner in Paal/ Pauly, DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 55 DSG-VO Rn. 5. Unklar Pabst in Schwartmann/ Pabst, LDSG-NRW, 1. Aufl. 2020, § 26 Rn. 5.

26 Unten Gliederungspunkt C III.

normiert § 60 DSG-NRW die Zuständigkeit des LDI. § 60 S. 2 DSG-NRW verweist u.a. auf Art. 55 Abs. 3 DS-GVO, weshalb insoweit eine Ausnahme für die Aufsichtszuständigkeit jedenfalls nur für „justizielle Tätigkeiten“ gilt.

bb) „Besondere Stellen“ zur Aufsichtsführung in der Justiz

Von der in Erwägungsgrund 20 DS-GVO angesprochenen Möglichkeit, besondere Stellen im Justizsystem mit der Aufsicht über die Datenverarbeitungsvorgänge zu betrauen, hat der deutsche Gesetzgeber bisher keinen Gebrauch gemacht. Weder auf Bundesebene für die Bundesgerichte noch auf Landesebene existieren normative Vorgaben über die Einrichtung und Gestaltung entsprechender Stellen. Da die allgemeinen Aufsichtsbehörden, wie dargelegt, im Bereich der „justiziellen Tätigkeiten“ bzw. außerhalb der „Verwaltungstätigkeit“ nicht zuständig sind, besteht insofern momentan de facto jedenfalls in Teilbereichen der Gerichtstätigkeit keine (verbindliche) Datenschutzaufsicht. Dieser viel kritisierte Zustand²⁷ dürfte auf Dauer kaum mit den Anforderungen von Art. 8 Abs. 3 GRCh vereinbar sein, wonach die Einhaltung der zentralen Vorschriften des Datenschutzrechts von einer unabhängigen Stelle überwacht werden muss. Die Implementierung entsprechender Stellen bei den Gerichten ist indessen nicht einfach, zumal auch internen Aufsichtsstellen aufgrund der durch Art. 97 GG garantierten Unabhängigkeit der Richter wohl nur eine beratende Funktion zukommen kann. Zu erwägen wäre, die zu behördlichen Datenschutzbeauftragten i. S. d. Art. 37 Abs. 1 lit. a DS-GVO ernannten Personen auch als Kontrollstelle i. S. d. Erwägungsgrundes 20 der DS-GVO zu bestimmen.²⁸

27 Schemmer/ Lange, ZGI 2024, 56, 61 ff.; Brink/ Bäßler, NVwZ 2022, 625, 67, 628 f. Weniger kritisch demgegenüber Generalanwalt M Bobek, Schlussanträge v. 6.10.2021 – C-245/20 Rn. 148 ff., der die Überlegung anstellt, der Einrichtung der besonderen Stellen im Justizsystem bedürfe es womöglich gar nicht, da eine Vermutung bestehe, dass von Gerichten vorgenommene Verarbeitungsvorgänge rechtmäßig seien, die nationalen Verfahrensordnungen detaillierte Vorgaben zum Umgang mit personenbezogenen Daten enthielten und bereits „Sanktionen“ gegen die Entscheidungen selbst und die Möglichkeit eines Disziplinarverfahrens bestünden.

28 Kritisch demgegenüber Schemmer/ Lange, ZGI 2024, 56, 62 mit dem eher zweifelhaften Argument, eine Aufgabenwahrnehmung in Personalunion führe zwangsläufig zu Abgrenzungsschwierigkeiten. Die Abgrenzungsschwierigkeiten dürften indes nicht geringer werden, wenn unterschiedliche Stellen mit der Aufsicht betraut sind.

IV. Justizielle Tätigkeit

Für die Aufsicht der allgemeinen Aufsichtsbehörden gem. Art. 51, 55 Abs. 1 DS-GVO über die Rechtspflegerinnen und Rechtspfleger kommt es demnach entscheidend darauf an, inwieweit diese „justizielle“ oder „verwaltende Tätigkeiten“ ausüben.

1. Fehlende Definition im Unionsrecht und keine abschließende Klärung durch den EuGH

Eine Definition des Begriffs der justiziellen Tätigkeit findet sich in der DS-GVO nicht. Eine abschließende Definition durch den Europäischen Gerichtshof steht ebenfalls noch aus. Der EuGH hat allerdings klargestellt, dass der Begriff der justiziellen Tätigkeit der Gerichte mit Blick auf die Schutzrichtung des Art. 55 Abs. 3 DS-GVO – die Wahrung der Unabhängigkeit der Justiz – weit auszulegen ist.²⁹ Der Begriff der Unabhängigkeit der Justiz setze voraus, dass die betreffende Einrichtung ihre richterlichen Funktionen in völliger Autonomie ausübt, ohne mit irgendeiner Stelle hierarchisch verbunden oder ihr untergeordnet zu sein und ohne von irgendeiner Stelle Anordnungen oder Anweisungen zu erhalten, und dass sie auf diese Weise vor Interventionen oder Druck von außen geschützt ist, die die Unabhängigkeit des Urteils ihrer Mitglieder gefährden und deren Entscheidungen beeinflussen könnten.³⁰ Die Ausnahme der Gerichte von der allgemeinen Datenschutzaufsicht gem. Art. 55 DS-GVO sei deshalb nicht auf die Verarbeitung personenbezogener Daten zu beschränken, die von den Gerichten im Rahmen konkreter Rechtssachen durchgeführt wird, sondern erfasse in weiterem Sinne alle Verarbeitungsvorgänge, die von den Gerichten im Rahmen ihrer justiziellen Tätigkeiten vorgenommen werden, sodass Verarbeitungsvorgänge von der Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde ausgeschlossen seien, deren Kontrolle durch diese Behörde mittelbar oder unmittelbar die Unabhängigkeit der Mitglieder oder der Entscheidungen der Gerichte beeinflussen könnte.³¹

29 EuGH, Urt. v. 24.3.2022 – C-245/20, NVwZ 2022, 625 Rn. 28 ff.- X ua/Autoriteit Persoonsgegevens.

30 EuGH, Urt. v. 24.3.2022 – C-245/20, NVwZ 2022, 625 Rn. 33 unter Hinweis auf seine umfassende Rechtsprechung.

31 EuGH, Urt. v. 24.3.2022 – C-245/20, NVwZ 2022, 625 Rn. 34.

Leider gibt der EuGH jedoch nicht zu erkennen, welche Tätigkeiten eines Gerichts nicht als justizielle Tätigkeiten anzusehen sind, wo also die Grenze zwischen justiziellen und nicht-justiziellen Tätigkeiten zu ziehen ist. Der Hinweis, der Begriff der justiziellen Tätigkeit sei nicht auf die Verarbeitung personenbezogener Daten beschränkt, die von den Gerichten im Rahmen konkreter Rechtssachen durchgeführt werde, sondern erfasse im weiteren Sinne alle Verarbeitungsvorgänge, die von den Gerichten im Rahmen ihrer justiziellen Tätigkeiten vorgenommen würden, ist schlicht zirkulär.³² Lediglich der nachfolgende Halbsatz zur Gefahr einer unmittelbaren oder mittelbaren Beeinflussung der Unabhängigkeit der Justiz verleiht ihm eine gewisse, wenn auch vage Kontur.³³ Die Relevanz dieses wertenden Kriteriums bleibt angesichts der apodiktischen Äußerung des EuGH vier Randnummern weiter, der in Rede stehende Datenverarbeitungsvorgang der Presseinformation über laufende Verfahren stehe „klar in Verbindung“ mit der justiziellen Tätigkeit der Gerichte, zudem weitgehend im Dunkeln.³⁴

Für die Frage, ob auch Entscheidungen der Rechtspfleger unter den Begriff der justiziellen Tätigkeit fallen, erweist sich die EuGH-Entscheidung daher nur sehr begrenzt als hilfreich, weshalb ein erheblicher Teil des Schrifttums in Deutschland insoweit an der zuvor vertretenen Position einer Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden festhält.³⁵ Bis zu einer klärenden Entscheidung des EuGH, der für die Auslegung des Unionsrechts die Letztentscheidungsbefugnis besitzt (Art. 267 Abs. 3 AEUV), bleibt daher nur, unmittelbar auf die normativen Vorgaben der DS-GVO, insbes. in Erwägungsgrund 20 S. 2 DS-GVO abzustellen. Nach diesem Erwägungsgrund umfasst die justizielle Tätigkeit von Gerichten jede Verarbeitung von personenbezogenen Daten, die im Rahmen der „Unabhängigkeit der Justiz bei der Ausübung der gerichtlichen Aufgaben einschließlich ihrer Beschlussfassung“ erfolgt. In diesem Fall sollen nach Erwägungsgrund 20 S. 3 DS-GVO anstelle der Datenschutzbehörden „besondere Stellen im Justizsystem des Mitgliedstaats (...) insbesondere die Einhaltung der Vorschriften dieser Verordnung sicherstellen, Richter und Staatsanwälte besser für ihre Pflichten aus dieser Verordnung sensibilisieren und Beschwerden in Bezug auf derartige Datenverarbeitungsvorgänge bearbeiten.“

32 Brink/ Bäßler, NVwZ 2022, 627, 628.

33 Schemmer/ Lange, ZGI 2024, 56, 60.

34 Zutreffend Schemmer/ Lange, ZGI 2024, 56, 60 f.

35 Beispielfhaft Selmayr in Ehmann/ Selmayr, DS-GVO, 3. Aufl. 2024, Art. 55 Rn. 16; näher im Folgenden unter Gliederungspunkt II.

2. Anknüpfung an die verfassungsrechtlich garantierte richterliche Unabhängigkeit gem. Art. 92, 97 GG im deutschen Schrifttum

Die datenschutzrechtliche Literatur in Deutschland knüpft zur Konkretisierung des Begriffs „justizielle Tätigkeit“ an die in Erwägungsgrund 20 genannte richterliche Unabhängigkeit an.³⁶ Fehle dieser Bezug zur richterlichen Unabhängigkeit, scheide eine justizielle Tätigkeit im Sinne der DS-GVO von vornherein aus, da es an einer Rechtfertigung für die damit verbundenen Privilegierungen fehle. Im Ergebnis erfolgt die Abgrenzung hiernach in erster Linie anhand der verfassungsrechtlich garantierten Unabhängigkeit der Richter gem. Art. 92, 97 GG.³⁷

Die Reichweite der Ausnahme wird bei Richtern dabei zumeist weit gefasst. Deren Unabhängigkeit erstreckte sich auf sämtliche Tätigkeiten, die mit der Entscheidungsfindung im Zusammenhang stehen. Dazu gehören insbes. alle vorbereitenden und der Durchführung dienenden Handlungen.³⁸ Entsprechendes gelte folglich auch für die Freiheit von der aufsichtsbehördlichen Kontrolle.³⁹

Die Tätigkeiten der Rechtspfleger fallen hingegen – auch wenn sie aufgrund ihrer Besonderheiten dogmatisch schwer zu greifen sind⁴⁰ – nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung nicht unter den Bereich der verfas-

36 Kröffner in Paal/ Pauly, 3. Aufl. 2021, DS-GVO/BDSG, Art. 55 DS-GVO Rn. 5. Ergänzend wird auch auf den Grundsatz der Gewaltenteilung gem. Art. 20 Abs. 2 GG verwiesen, der Einbrüche der Exekutive in die Judikative verbiete, vgl. Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 3. Auflage 2022, Art. 55 Rn. 17.

37 Kröffner in Paal/ Pauly, 3. Aufl. 2021, DS-GVO/BDSG, Art. 55 DS-GVO Rn. 5; Kugelmann/ Römer in Heidelberger Kommentar, DS-GVO, 2. Aufl. 2020, Art. 55 Rn. 67 ff.; Engeler, NJOZ 2019, 593, 594.

38 St. Rspr. Vgl. BGH – DienstG des Bundes, Urt. v. 17.4.2008 - RiZ(R) 3/07, NJW-RR 2008, 1660 Rn. 16: „Nach § 26 DRiG untersteht der Richter einer Dienstaufsicht nur, soweit nicht seine richterliche Unabhängigkeit beeinträchtigt wird. Im Interesse eines wirksamen Schutzes der richterlichen Unabhängigkeit ist nicht nur die eigentliche Rechtsfindung der Dienstaufsicht entzogen, sondern zugleich alle ihr auch nur mittelbar dienenden – sie vorbereitenden oder ihr nachfolgenden – Sach- und Verfahrensentscheidungen“ m.w.N.

39 Kröffner in Paal/ Pauly, 3. Aufl. 2021, DS-GVO/BDSG, Art. 55 DS-GVO Rn. 5; Wiebe/ Eichfeld, NJW 2019, 2734, 2737 f.; wohl auch Engeler, NJOZ 2019, 593 f.; enger bzgl. Hilfstätigkeiten Kugelmann/ Römer in Heidelberger Kommentar, DSGVO, 2. Aufl. 2020, Art. 55 Rn. 70 ff.

40 Paradigmatisch bezeichnet das BVerfG (Beschl. v. 30.4.2003 - 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395, 406) den Rechtspfleger zunächst als eine „nicht zur Exekutive gehörende (...) Instanz“, ordnet ihn dann aber doch als einen „Träger der vollziehenden Gewalt“ ein (407).

sungsrechtlich garantierten unabhängigen Rechtsprechung durch Richter i. S. d. Art. 92, 97 GG.⁴¹ Dementsprechend unterliegen ihre Entscheidungen der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG und nicht den Vorgaben von Art. 103 GG.⁴² Hieraus wird im datenschutzrechtlichen Schrifttum verbreitet abgeleitet, dass Tätigkeiten der Rechtspflege generell auch nicht unter den Begriff der justiziellen Tätigkeit i. S. d. DS-GVO und damit nicht unter die Ausnahme von der datenschutzrechtlichen Aufsicht gem. Art. 55 Abs. 3 DS-GVO fallen.⁴³

Im Ergebnis erfolgt die nähere Eingrenzung der justiziellen Tätigkeit im datenschutzrechtlichen Schrifttum in Deutschland vor allem unter personellen Gesichtspunkten:⁴⁴ Handlungen der Richter seien in der Regel aufsichtsfrei, Entscheidungen der Rechtspfleger generell der Aufsicht unterworfen.

Unberücksichtigt bleibt dabei jedoch, dass die Gerichte nicht nur im engeren Sinne des Art. 92 GG Recht sprechen. Der Gesetzgeber hat in den gerichtlichen Verfahrensordnungen in unterschiedlichem Umfang Materien geschaffen, die zwar nicht zur Rechtsprechung im (materiellen) Sinne des Art. 92 GG⁴⁵ zählen und deshalb zwingend durch unabhängige Gerichte wahrzunehmen sind, die sich durch die Zuweisung an Richter aber als „Rechtsprechung im weiteren, einfach-gesetzlichen Sinne“⁴⁶ darstellen.⁴⁷

41 BVerfG, Beschl. v. 18.1.2000 - 1 BvR 321/96, NJW 2000, 1709, 1709 f.; BVerwG, Urt. v. 30.3.2006 - 2 C 41/04, NVwZ 2006, 1074, 1075 zur fehlenden Freistellung von Arbeitszeitregelungen für Beamte.

42 BVerfG, Beschl. v. 18.1.2000 - 1 BvR 321/96, NJW 2000, 1709, 1710 ff.

43 Kröffer in Paal/ Pauly, 3. Aufl. 2021, DS-GVO/BDSG, Art. 55 DSGVO Rn. 5; Selmayr in Ehmann/ Selmayr, 3. Aufl. 2024, DS-GVO, Art. 55 Rn. 16; Grittmann in Taeger/ Gabel, DS-GVO, 4. Aufl. 2022, Art. 55 Rn. 12; Kugelmann/ Röhmer in Heidelberger Kommentar, DSGVO, 2. Aufl. 2020, Art. 55 Rn. 68; Wiebe/ Eichfeld, NJW 2019, 2734, 2734, 2737 f.; Bieresborn, DRiZ 2019, 18, 20.

44 Explizit hierfür aufgrund „pragmatischer Erwägungen“ Wiebe/ Eichfeld, NJW 2019, 2734, 2738. Vgl. auch Polenz in Simitis/ Hornung/ Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 1. Auflage 2019, Art. 55 DSGVO, Rn. 20. Kritisch Kugelmann/ Röhmer in Heidelberger Kommentar, DSGVO, 2. Aufl. 2020, Art. 55 Rn. 70. A.A. offenbar Grifmann in Taeger/ Gabel, DSGVO, BDSG, 4. Aufl. 2022 der maßgeblich auf die gerichtliche Entscheidungsfindung abstellt; ebenso Hullen in Plath, DSGVO/BDSG, 2. Aufl. 2016, Art. 55 DSGVO Rn. 3.

45 Vgl. dazu BVerfG, Urt. v. 6.6.1967 - 2 BvR 375, 53/60 u.a., BVerfGE 22, 49, 74 ff., 78.

46 So Wenzel, Der Rechtspfleger aus der Perspektive des öffentlichen Rechts, 2019, S. 21.

47 Vgl. dazu BVerfG, Urt. v. 6.6.1967 - 2 BvR 375, 53/60 u.a., BVerfGE 22, 49, 78: Jedoch nicht alles, was zurzeit zu den Aufgaben der Gerichte gehört, ist materielle Rechtsprechung, die nach Art. 92 GG den Richtern vorzubehalten ist. (...) der Gesetzgeber [kann] in gewissem Umfang den Bereich der materiellen Rechtsprechung

Für einen Teil dieser Aufgaben hat das RPfLG die funktionelle Zuständigkeit vom Richter einfachgesetzlich auf den Rechtspfleger übertragen. Zugleich hat es in diesen Fällen dem Rechtspfleger eine ganz ähnliche Funktion zugewiesen wie dem Richter: Der Rechtspfleger soll anstelle des Richters gem. § 9 RPfLG sachlich unabhängig und unparteilich ein gerichtliches Verfahren nach Maßgabe der gerichtlichen Verfahrensordnungen leiten. Zudem bezieht das RPfLG die abschließende Entscheidung des Rechtspflegers gem. § 11 RPfLG in den gerichtlichen Instanzenzug ein. Es fragt sich deshalb, ob die Tätigkeit des Rechtspflegers in den Fällen, in denen diesem die „vom Richter wahrzunehmenden Geschäfte des Amtsgerichts“ (§ 3 Nr. 1 und Nr. 2 RPfLG) funktionell zugewiesen sind, nicht ebenfalls unter den Begriff der „justiziellen Tätigkeit“ i. S. d. DS-GVO zu subsumieren sind.

3. Autonome Auslegung des Unionsrechts

Die herrschende enge Auslegung des Begriffs justizieller Tätigkeit in der datenschutzrechtlichen Literatur in Deutschland knüpft an das deutsche Verfassungsrecht und seine Interpretation durch das BVerfG an. Die Verbürgungen des GG und deren Auslegung durch das BVerfG können jedoch die Auslegung des Unionsrechts nicht anleiten. Unionsrechtliche Begriffe sind nach ständiger Rechtsprechung des EuGH nicht in Anlehnung an eine oder mehrere nationale Rechtsordnungen zu definieren, sofern dies nicht ausdrücklich vorgesehen ist.⁴⁸ Das ist im Bereich von Art. 55 DS-GVO nicht der Fall, zumal die Ausgestaltung der „richterlichen Unabhängigkeit“ in den verschiedenen Mitgliedstaaten und ihre Regelung im jeweiligen Verfassungsrecht bzw. einfachen Richterrecht höchst unterschiedlich ausgeprägt sind. Ob auch Entscheidungen der Rechtspfleger, die diese gem. § 9

dadurch verändern, dass er beispielsweise die Materie Strafrecht reduziert oder in einer rechtspolitisch anderen Wertung des Unrechtsgehalts bisherige Straftatbestände ersetzt durch die Qualifizierung einer Verhaltensweise als bloße Ordnungswidrigkeit. Hat sich der Gesetzgeber jedoch entschlossen, eine gerichtliche Zuständigkeit zu begründen, so muss das Verfahren mit allen verfassungsrechtlichen Garantien des gerichtlichen Verfahrens ausgestattet sein. Art. 92 garantiert deshalb in jedem vom Gesetzgeber als Rechtsprechung eingeführten Verfahren, auch wenn der Gesetzgeber zur Zuweisung gerade dieser Materie zur rechtsprechenden Gewalt verfassungsrechtlich nicht verpflichtet gewesen wäre, den gesetzlichen und unabhängigen Richter und das rechtsstaatliche Gerichtsverfahren des IX. Abschnitts des Grundgesetzes.

48 Vgl. EuGH, Urt. v. 14.1.1982 - Rs C-64/81, ECLI:EU:C:1982:5 Rn. 8 - Hauptzollamt Gronau; EuGH, Urt. v. 2.4.1998 - C-296/95, BeckRS 2004, 76104 Rn. 30 - The Queen m.w.N.

RPfG unabhängig und weisungsfrei und nach § 11 RPFg im Instanzenzug anfechtbar treffen, dem Bereich justizieller Tätigkeiten zuzuordnen sind, ist deshalb anhand des konkreten Zusammenhangs zu beantworten, in dem dieser Begriff in der DS-GVO verwendet wird,⁴⁹ nicht anhand der Art. 92, 97 GG.⁵⁰

a) Grundsatz der engen Auslegung von Ausnahmebestimmungen

Die DS-GVO bezweckt in Art. 37, 55 eine grundsätzlich umfassende Selbst- und Fremdkontrolle auch datenverarbeitender öffentlicher Stellen. Dies könnte dafür sprechen, die Ausnahmen in Art. 37 Nr. 1 und Art. 55 Abs. 3 DS-GVO für justizielle Tätigkeiten im Einklang mit dem Grundsatz, dass Ausnahmebestimmungen im Zweifel eng auszulegen sind,⁵¹ ebenfalls möglichst eingrenzend auszulegen. Allerdings ist die enge Auslegung von Ausnahmebestimmungen kein Selbstzweck. Maßgebend sind vielmehr die konkrete Fassung und insbesondere die Funktion der jeweiligen Ausnahmegesetzvorschrift. Dies kann im Einzelfall auch zu einer weiteren Auslegung führen. Wie der EuGH inzwischen klargestellt hat, ist von einer solch weiten Auslegung bei der Ausnahme des Art. 55 Abs. 3 DS-GVO auszugehen, da nur so die Unabhängigkeit der Justiz in gebotener Weise geschützt werden kann.⁵²

b) Erwägungsgrund 20 DS-GVO

In der Rechtsprechung des EuGH kommt der teleologischen Auslegung im Zweifel herausragende Bedeutung für die Auslegung des Unionsrechts zu.⁵³ Besondere Beachtung bei der Ermittlung von Sinn und Zweck einer

49 Hierauf verweisend auch EuGH, Urt. v. 24.3.2022 – C-245/20, NVwZ 2022, 625 Rn. 28.

50 Vgl. zum Gerichtsbegriff i.S.d. Art. 267 AEUV EuGH, Urt. v. 9.7.2020 – C-272/19, ECLI:EU:C:2020:535 Rn. 43, 46 – VQ: „Rein unionsrechtliche Frage“.

51 EuGH, Urt. v. 17.6.2010 – C-492/08, Kommission/Frankreich, BeckRS 2010, 90753 Rn. 35 m.w.N.

52 EuGH Urt. v. 24.3.2022 – C-245/20, NVwZ 2022, 625 Rn. 28, 34, zustimmend *Schemmer/ Lange*, ZGI 2024, 56, 59 f.; s., wenngleich zurückhaltender, auch *Brink/ Bäßler*, NVwZ 2022, 625, 67, 628 f.

53 Vgl. nur *Groeben v. der* in *Schwarze/ Gaitanides*, 7. Aufl. 2015, EUV Art. 19 Rn. 42, 44 m.w.N.

Vorschrift verdienen dabei die Erwägungsgründe, die Bestandteil unionsrechtlicher Rechtsakte sind und in geraffter Form Aufschluss über die Zielorientierung und die Hintergründe des Rechtssetzungsvorhabens geben.⁵⁴ Einen wesentlichen Anhalt für die Auslegung der Ausnahmen in Art. 55 Abs. 3 DS-GVO auch in Bezug auf die Rechtspflege liefert dementsprechend Erwägungsgrund 20 DS-GVO, der den Anwendungswillen der DS-GVO für die Tätigkeit der mitgliedstaatlichen Gerichte beschreibt und die Einschränkung der Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden für justizielle Tätigkeiten erläutert.

S. 1 von Erwägungsgrund 20 bezieht sich auf die Ausnahmen in Art. 9 und Art. 23 DS-GVO und erlaubt mitgliedstaatliche Regelungen zur Datenverarbeitungspraxis der Gerichte.

S. 2 von Erwägungsgrund 20 betrifft die beschränkte Aufsicht durch die allgemeinen Aufsichtsbehörden. Die Ausnahme schütze „die Unabhängigkeit der Justiz bei der Ausübung ihrer gerichtlichen Aufgaben einschließlich ihrer Beschlussfassung.“ Der im ersten Teil von S. 2 umschriebene Zweck des Schutzes der Unabhängigkeit der Aufgabenerfüllung ist letztlich auf die unionsrechtlichen Vorgaben zur Unabhängigkeit der Justiz gemünzt, die sich in Art. 47 der Grundrechtecharta (GRCh) und Art. 6 EMRK finden.⁵⁵ Der zweite Teil von S. 2, der die Reichweite der Ausnahme konkretisiert, deutet auf eine grundsätzlich weite Auslegung hin. So ist allgemein von Aufgabenerfüllung die Rede. Die Wendung „einschließlich Beschlüssen“ verdeutlicht zudem, dass die Entscheidungsform für die Ausnahme keine tragende Rolle spielt, sondern eine weitreichende Einschränkung der Zuständigkeit der datenschutzrechtlichen Aufsichtsbehörden bei „justiziellen Tätigkeiten“ angestrebt wird.⁵⁶

Dass das Tatbestandsmerkmal „justizielle Tätigkeiten“ als Begriff des Unionsrechts autonom auszulegen ist und die Vorgaben des deutschen Grundgesetzes in Art. 92, 97 GG die Auslegung der DS-GVO nicht determinieren, bestätigt S. 3 von Erwägungsgrund 20. Danach sollen besondere Stellen in der Justiz Richter aber auch Staatsanwälte für ihre Pflichten aus dieser Verordnung sensibilisieren und etwaige Beschwerden bearbeiten. Gerade die Bezugnahme auf Staatsanwälte, die in den meisten EU-Mitgliedstaaten – anders als in Deutschland – ebenfalls über eine zumindest eingeschränkte Unabhängigkeit verfügen, verdeutlicht, dass die in der deut-

54 *Calliess/ Ruffert/ Wegener*, 6. Aufl. 2022, EU-Vertrag (Lissabon), Art. 19 Rn. 32.

55 Dazu im Folgenden 3.

56 Ebenso EuGH, Urt. v. 24.3.2022 – C-245/20, NVwZ 2022, 625 Rn. 28 ff.

schen datenschutzrechtlichen Literatur praktisch durchgängig befürwortete Anknüpfung an den Begriff der unabhängigen Rechtsprechung und die formale Stellung der Richter i. S. d. Art. 92, 97 GG für die Auslegung des Begriffs „justizielle Tätigkeit“ unerheblich sind. Vielmehr fasst die DS-GVO ganz offenbar auch die verantwortliche Tätigkeit weiterer Personen, die – wie z.B. Staatsanwälte in vielen Mitgliedstaaten – unabhängig und weisungsfrei entscheiden, darunter.⁵⁷ Auch Rechtspfleger können mit Blick auf ihre Einbindung in den gerichtlichen Entscheidungsprozess und Instanzenzug sowie die dabei gewährleistete Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit bei Entscheidungen nach den §§ 3 Nr. 1 bis 3, 9 RPflG folglich „justizielle Tätigkeiten“ i. S. d. DS-GVO ausüben.

c) Art. 47 GRCh, Art. 6 EMRK und der unionsrechtliche Gerichtsbeginn

Die Unabhängigkeit gerichtlicher Tätigkeit, auf die Erwägungsgrund 20 Bezug nimmt, ist unionsrechtlich in Art. 47 Abs. 2 CRCh und Art. 6 EMRK verankert.

Art. 47 Abs. 2 GRCh lautet: „Jede Person hat ein Recht darauf, dass ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird.“

Praktisch gleichlautend heißt es in Art. 6 S. 1 EMRK: „Jede Person hat ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird.“

Die in den genannten Bestimmungen geforderte Unabhängigkeit der Gerichte bezieht sich nach allgemeiner Auffassung auf die *Stellung gegenüber anderen Stellen* der Union und der Mitgliedstaaten. Bestandteil dieser Verbürgung ist insbesondere, dass Gerichte nicht von der *Exekutive* abhängig

57 Wenn teilweise die Bezugnahme auf Staatsanwälte im Erwägungsgrund 20 DS-GVO aufgrund der angeblich fehlenden Erwähnung in Art. 55 Abs. 3 DS-GVO für unbeachtlich angesehen wird, vgl. *Kugelmann/ Römer* in Heidelberg Kommentar, DSG-VO, 2. Aufl. 2020, Art. 55 Rn. 62, wird schlicht verkannt, dass der Begriff der justiziellen Tätigkeit gerade nicht national, sondern unionsrechtlich zu deuten ist.

sein dürfen. Auch eine Rechenschaftspflicht ist ausgeschlossen.⁵⁸ Möglich ist lediglich eine Überprüfung durch ein anderes Gericht. Wie Erwägungsgrund 20 DS-GVO verdeutlicht, liegt hierin der tragende Grund auch für die Einschränkung der datenschutzrechtlichen Aufsicht in Art. 55 Abs. 3 DS-GVO.⁵⁹

Darüber hinaus hat jüngst auch der EuGH zur Konkretisierung des unionsrechtlichen Gerichtsbegriffs in Art. 267 AEUV auf Art. 47 GRCh Bezug genommen und entschieden, dass es für den unionsrechtlichen Gerichtsbegriff u.a. auf die gesetzliche Grundlage der Einrichtung, ihren ständigen Charakter, die obligatorische Gerichtsbarkeit, das streitige Verfahren, die Anwendung von Rechtsnormen durch die Einrichtung sowie insbesondere ihre Unabhängigkeit ankomme.⁶⁰ Dementsprechend ist auch für die Konkretisierung „justizieller Tätigkeiten“ i. S. d. DS-GVO hieran anzuknüpfen. Für die Gewährleistung der Unabhängigkeit, die sich auf das Gericht als Ganzes wie auf deren Mitglieder bezieht,⁶¹ sind vor allem die Garantien gegen äußere Beeinflussungen, aber auch die Art und Weise der Berufung der Mitglieder des Gerichts und ihre Amtsdauer wesentlich sowie das äußere Erscheinungsbild. Diese Kriterien sprechen dafür, die Entscheidungstätigkeit der Rechtspfleger ebenfalls als „unabhängige Gerichtstätigkeit“ und damit als „justizielle Tätigkeit“ i. S. d. DS-GVO einzustufen.

aa) Sachliche Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit der Rechtspfleger

Kern der unionsrechtlich verlangten Unabhängigkeit der Gerichte ist die sachliche Weisungsfreiheit des Gerichts und des konkreten Entscheiders im Einzelfall.⁶² Eine solche sachliche Unabhängigkeit garantiert unstreitig auch § 9 RPflG, soweit der Rechtspfleger keine Geschäfte der sogen. Rechtspflegeverwaltung gem. § 3 Nr. 4 RPflG führt.⁶³ Der Inhalt der rechts-

58 Jarass in GrCh, 4. Aufl. 2021, Art. 47 Rn. 26 m.w.N.

59 EuGH, Urt. v. 24.3.2022 – C-245/20, NVwZ 2022, 625 Rn. 28 ff.

60 EuGH, Urt. v. 9.7.2020 – C-272/19, ECLI:EU:C:2020:535 Rn 43 – VQ; Urt. v. 21.1.2020, – C-274/14, EU:C:2020:17, Rn. 51 – Banco de Santander m.w.N.

61 Jarass in GrCh, 4. Aufl. 2021, Art. 47 Rn. 25 m.w.N.

62 Jarass in GrCh, 4. Aufl. 2021, Art. 47 Rn. 25 f.; Eser/ Kubiciel in Meyer/ Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union 5. Auflage 2019, Art. 47 Rn. 33 ff. m.w.N.

63 Wenzel, Der Rechtspfleger aus der Perspektive des öffentlichen Rechts, 2019, S. 96 m.w.N.

pflegerischen Unabhängigkeit gem. § 9 RPflG bei der Entscheidungsfindung wird in Anlehnung an die Unabhängigkeit des Richters bestimmt. Allgemein geht man von einer inhaltlichen Entsprechung von § 9 RPflG und § 25 DRiG bzw. § 1 GVG aus.⁶⁴ Tatsächlich dient die Unabhängigkeitsgewährleistung in § 9 RPflG weitgehend identischen Zwecken wie die des Richters: Sie sichert die unbeeinflusste Rechtspflege. Dies ist elementar, weil § 9 RPflG für alle Geschäfte gilt, die, wenn sie in der Zuständigkeit des Richters verblieben wären, auch vom Gewährleistungsgehalt des § 25 DRiG bzw. § 1 GVG erfasst wären. Dass der Rechtspfleger eine Rolle ausfüllt, die sich an der eines Richters orientiert, bestätigt auch die Einbindung des Rechtspflegers in den gerichtlichen Instanzenzug gem. § 11 RPflG: In einem durch die einschlägigen gerichtlichen Verfahrensordnungen näher ausgestalteten Verfahren hoheitlicher Streitbeilegung trifft der Rechtspfleger unabhängig potenziell verbindliche Entscheidungen.⁶⁵ D.h. der Gewährleistungsgehalt von § 9 RPflG kommt der sachlichen Unabhängigkeit des Richters konzeptionell praktisch gleich.⁶⁶ Zugleich nimmt der Rechtspfleger im Rahmen der Aufgabenzuweisungen gem. § 3 Nr. 1 bis 3 RPflG gerichtliche Aufgaben i. S. d. Rechtsprechung des EuGH wahr, was dafür spricht, seine unabhängigen, weisungsfreien Entscheidungen als „justizielle Tätigkeit“ i. S. d. Art. 55 Abs. 3 DS-GVO einzuordnen.

Der entscheidende Unterschied zur richterlichen Unabhängigkeit besteht in sachlicher Hinsicht in der fehlenden verfassungsrechtlichen Garantie der Unabhängigkeit des Rechtspflegers gem. § 9 RPflG. Dies hat zur Folge, dass der Gesetzgeber zur Ausgestaltung und gegebenenfalls Entziehung der rechtspflegerischen Unabhängigkeit nach herrschender Ansicht berechtigt bleibt.⁶⁷ Für den unionsrechtlichen Begriff der justiziellen Tätigkeit spielt dies richtigerweise jedoch keine Rolle. Erstens ist die Reichweite der ver-

64 Vgl. z.B. BGH, Urt. v. 05.10.2006 - III ZR 283/05 - juris Rn. 20; BGH, Urt. v. 16.10.2014 - IX ZR 190/13 - juris Rn. 20; *Dörndorfer*, RPflG, 2. Aufl. 2014, § 9 Rn. 7; *Wenzel*, Der Rechtspfleger aus der Perspektive des öffentlichen Rechts, 2019, S. 89 m.w.N.

65 Vgl. zur Definition der Rechtsprechung i.S.d. Art. 92 GG BVerfG, Urt. v. 8.2.2001 - 2 BvF 1/00 -, BVerfGE 103, 111-142, Rn. 97; BVerfG, Beschl. v. 23.6.1987 - 2 BvL 5/83 -, BVerfGE 76, 100, 106; BVerfG, Beschl. v. 20.4.1982 - 2 BvL 26/81 -, BVerfGE 60, 253, 269 f.

66 So explizit auch *Wenzel*, Der Rechtspfleger aus der Perspektive des öffentlichen Rechts, 2019, S. 94.

67 Zur Diskussion über eine (analoge) Anwendung von Art. 97 GG auf Rechtspfleger vgl. nur *Wenzel*, Der Rechtspfleger aus der Perspektive des öffentlichen Rechts, 2019, S. 339 ff. sowie 392 ff.

fassungsrechtlichen Garantien in den verschiedenen EU-Mitgliedstaaten höchst unterschiedlich, so dass von der verfassungsrechtlichen oder einfachgesetzlichen Garantie der Unabhängigkeit im jeweiligen Mitgliedstaat die Einordnung der Tätigkeit schwerlich abhängen kann. Auch verlangen Art. 47 GRCh und Art. 6 EMRK lediglich das Erfordernis gesetzlicher Regeln etwa für die Errichtung von Gerichten, hingegen keine verfassungsrechtlichen Garantien. Zweitens kommt es für die Einordnung als justizielle Tätigkeit entscheidend auf die aktuelle Ausgestaltung des konkreten Verfahrens vor einem Gericht an, nicht auf deren Abänderbarkeit durch den nationalen Gesetzgeber. In Bezug auf die Rechtspflegergeschäfte, die funktional richterliche Aufgaben betreffen, erscheint auch höchst zweifelhaft, ob bei einem Entzug der Unabhängigkeit die funktionale Zuständigkeit des Rechtspflegers fortbestehen könnte oder ob die Aufgabe (wieder) in den Zuständigkeitsbereich der Richter fallen müsste.

bb) Persönliche Unabhängigkeit und das Konzept des gesetzlichen Richters

Nur begrenzte Bedeutung kommt unionsrechtlich hingegen der für die deutsche Verfassung prägenden Garantie der persönlichen Unabhängigkeit zu,⁶⁸ die Rechtspflegern im Gegensatz zu Richtern nur in eingeschränktem Umfang zugebilligt wird.⁶⁹ Entsprechendes gilt auch für das in Deutschland besonders hochgehaltene und durch Art. 101 GG verbürgte Prinzip des „gesetzlichen Richters“, wonach nicht nur die Zuständigkeit des Gerichts

68 *Eser/ Kubiciel in Meyer/ Hölscheidt*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union 5. Auflage 2019, Art. 47 Rn. 35. Auch die gesetzliche Unabsetzbarkeit ist keine entscheidende Voraussetzung; es genügt eine tatsächliche Anerkennung, vgl. EGMR v. 28.6.1984 – 7819/77, 7878/77 Rn. 80 – *Campell and Fell* („It is true that the irremovability of judges by the executive during their term of office must in general be considered as a corollary of their independence and thus included in the guarantees of Article 6 para. 1 (art. 6-1). However, the absence of a formal recognition of this irremovability in the law does not in itself imply lack of independence provided that it is recognised in fact and that the other necessary guarantees are present). Die Anerkennung dieser prinzipiellen Unabsetzbarkeit entspricht der gelebten Praxis bei Rechtspflegern in Deutschland, vgl. *Habscheid*, RPflegler 2001, 209, 214. Vgl. auch EuGH, Urt. v. 9.7.2020 - C-272/19, ECLI:EU:C:2020:535 Rn 54 – VQ: Entscheidend ist, dass „der Betroffene nach seiner Ernennung keinerlei Druck ausgesetzt ist und bei der Ausübung seines Amtes keinen Weisungen unterliegt.“

69 BverwG, Urt. v. 30.3.2006 - 2 C 41/04, NVwZ 2006, 1074, 1075 mit Blick auf die Einhaltung gesetzlicher Dienststundenregelungen. Grundlegend *Wenzel*, Der Rechtspfleger aus der Perspektive des öffentlichen Rechts, 2019, S. 135 ff.

und dessen etwaiger Spruchkörper (unmittelbar oder mittelbar) auf der Grundlage eines Gesetzes bestimmt sein muss, sondern auch der zur Entscheidung berufene Richter im Voraus durch generelle, jeden möglichen Einzelfall erfassende Regelungen möglichst eindeutig festgelegt sein soll. Dieses Prinzip, auf das in der datenschutzrechtlichen Literatur oft verwiesen wird, wird in anderen Ländern – wegen anderer historischer Erfahrungen – nicht in gleicher Weise gehandhabt, wenn es überhaupt bekannt ist.⁷⁰ Es kann mangels Gewährleistung in Art. 47 GRCh und Art. 6 EMRK daher auch nicht zu tragenden Prinzipien unabhängiger Justiz im Sinne des Unionsrechts gezählt werden.

Insoweit ist es für die Frage, ob in Deutschland auch Entscheidungen der Rechtspfleger unter den Begriff der „justiziellen Tätigkeit“ fallen ohne Bedeutung, dass sich, wie der BGH entschieden hat,⁷¹ weder aus der Verfassung noch aus den Bestimmungen des RPflG ergibt, dass die Verteilung der von den Rechtspflegern zu erledigenden Geschäfte im Voraus nach einem abstrakt-generellen Maßstab bestimmt sein muss. Selbst die Übertragung bestimmter Geschäfte an den Rechtspfleger durch Anordnung im Einzelfall (ad hoc) sei zulässig.⁷² Eine entsprechende Anwendung von § 21 lit. e GVG lehnt der BGH ab. Diese Zuweisungsmöglichkeit stellt die Unabhängigkeit der Entscheidung des Rechtspflegers im unionsrechtlichen Sinne aber nicht in Frage.

Nach allem sprechen die besseren Argumente dafür, die unabhängige, weisungsfreie Wahrnehmung „richterlicher Aufgaben“ durch den Rechtspfleger (§ 3 Nr. 1 – 3 RPflG), die konzeptionell der richterlichen Tätigkeit entspricht, sich nach den jeweiligen Gerichtsordnungen vollzieht und vor allem in den jeweiligen gerichtlichen Instanzenzug eingebunden ist (§ 11 RPflG) unter den Begriff der „justiziellen Tätigkeit“ i. S. d. Art. 55 Abs. 3 DS-GVO zu subsumieren. Die nach herrschender Ansicht fehlende Anwendbarkeit der verfassungsrechtlichen Garantien unabhängiger Rechtssprechung gem. Art. 92, 97 GG auf die Tätigkeiten des Rechtspflegers und die lediglich einfachgesetzliche Absicherung seiner Unabhängigkeit stehen

70 Eser/ Kubiciel in Meyer/ Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union 5. Auflage 2019, Art. 47 Rn. 34 m.w.N.

71 BGH, Beschl. v. 10.12.2009 - V ZB III/09, FGPrax 2010, 100.

72 BGH, Beschl. v. 10.12.2009 - V ZB III/09, FGPrax 2010, 100 Rn. 17: „Die Rechtspfleger üben als Rechtspflegeorgane eigener Art gegenüber den Bürgern auch keine rechtssprechende Gewalt im Sinne des Art. 20 II 2, Art. 92 GG aus“ (so jedoch Habscheid, RpfBl 1974, 39/43; Lindacher, RpfBl 1976, 6/9; Huhn, RpfBl 1976, 12/14; Herrmann, Rpfleger 2007, 20/21).

dem ebenso wenig entgegen wie die Anwendbarkeit von Art. 19 Abs. 4 GG (statt Art. 103 GG) auf die Rechtspflegertätigkeit.

d) Einbindung des Rechtspflegers als unabhängiger quasi-richterlicher Entscheidungsakteur in den juristischen Aufgabenbereich

Selbst wenn man davon ausgeht, dass der Rechtspfleger aufgrund seiner eingeschränkten persönlichen Unabhängigkeit nicht sämtliche Anforderungen an den unionsrechtlichen Gerichtsbegriff i. S. d. Art. 47 GRCh bzw. Art. 6 Abs. 2 EMRK erfüllt, liegt es nahe, ihn aufgrund seiner engen Einbindung in die gerichtliche Aufgabenerfüllung und den gerichtlichen Instanzenzug gem. § 11 RPflG dennoch dem Bereich justizieller Tätigkeiten gem. Art. 55 Abs. 3 DS-GVO zuzuordnen. Denn der deutsche Rechtspfleger ist als echte erste gerichtliche Instanz konzipiert. Er wendet dieselben Verfahrensordnungen an wie Richter und entscheidet wie diese in vollständiger sachlicher Unabhängigkeit. Eine spruchrichterliche Entscheidung des Gerichts i. S. d. Art. 92, 97 GG wird im Verfahren erst und nur dann getroffen, wenn der Betroffene das Rechtspflegeverfahren durchlaufen hat und sodann auch noch einen Rechtsbehelf bzw. Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Rechtspflegers i. S. d. § 11 RPflG einlegt.

Diese Einbindung in den gerichtlichen Entscheidungsprozess und Instanzenzug führt nach ganz herrschender Ansicht dazu, die Betrauung des Rechtspflegers mit richterlichen Aufgaben der Rechtsprechung im weiteren Sinne in Deutschland ihrerseits selbst dann nicht als Konventions- bzw. Grundrechteverstoß gem. Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK bzw. Art. 47 GRCh zu werten, wenn man die Wahrnehmung von Aufgaben der Rechtspflege selbst nicht als unabhängige Gerichtstätigkeit i. S. d. genannten Vorschriften einordnet.⁷³ Die Zuständigkeit des Rechtspflegers, die der Entlastung des Richters durch eine spezialisierte Entscheidungsinstanz dient, effektiviert – selbst bei Qualifizierung der Entscheidungstätigkeit der Rechtspfleger als nichtgerichtliches Vor(schalt)verfahren eigener Art⁷⁴ – den Rechtsschutz, weil der Bürger mit dem Rechtspfleger dabei einen kompetenten, sachlich unabhängigen und unparteiischen Entscheider erhält und das Verfahren direkt in die Entscheidungszuständigkeit eines Richters überführen kann. D.h. gerade wegen der Ausgestaltung des Verfahrens und der Gewährleis-

73 Wenzel, Der Rechtspfleger aus der Perspektive des öffentlichen Rechts, 2019, S. 449 f. m.w.N.

74 So Dörndorfer, RPflG, 2. Aufl. 2014, § 1 Rn. 73 ff. m.w.N.

tung sachlicher Unabhängigkeit der Rechtspfleger stellt deren primäre Be-
trauung mit Rechtssprechungsaufgaben im weiteren Sinne keine i. S. d.
Art. 47 GRCh und Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK unzulässige Zugangsbarriere
zum (mit unabhängigen Richtern besetzten) Gericht dar.

Diese Konzeption und damit die Unionsrechtskonformität der Zuwei-
sung von richterlichen Aufgaben i. S. d. § 3 Nr. 1 bis Nr. 3 RPflG an den
Rechtspfleger wird jedoch in Frage gestellt, wenn eine Verwaltungsbehörde
– auch wenn diese wie die Datenschutzbeauftragten ihrerseits unabhängig
agiert – die Entscheidungstätigkeit des Rechtspflegers sachlich kontrolliert
und die angeblich falsche Anwendung u.a. der gerichtlichen Verfahrensord-
nungen durch den Rechtspfleger beanstanden kann. Im Ergebnis wird da-
mit nämlich der Verwaltung ein direkter Zugriff auf die gebotene unabhän-
gige Entscheidungstätigkeit der Gerichte eröffnet und die vorgesehene rich-
terliche Kontrolle im Instanzenzug (§ 11 RPflG) durch eine verwaltungs-
rechtliche ersetzt. Die spezifische Ausgestaltung des Rechtspflegeverfahrens
und dessen direkte An- und Einbindung in den gerichtlichen Instanzenzug
sprechen deshalb dafür, die unabhängigen Entscheidungen der Rechtspfle-
ger unter einen funktional erweiterten Begriff der „justiziellen Tätigkeiten“
zu fassen, selbst wenn man die Anforderungen an unabhängige Gerichte
i. S. d. Art. 47 Abs. 2 GRCh bzw. Art. 6 EMRK insoweit nicht als erfüllt
ansieht.

e) Effektive Aufgabenerfüllung der Gerichte und die Unabhängigkeit von Rechtspflegern sowie Richtern

Die vorstehenden Erwägungen werden unterstrichen durch das in Erwä-
gungsgrund 20 DS-GVO bekräftigte Ziel der Ausnahmegvorschrift des
Art. 55 Abs. 3 DS-GVO, die effektive, unabhängige gerichtliche Aufgabener-
füllung durch eine datenschutzrechtliche Kontrolle seitens der Exekutive
nicht zu behindern. Eine solche Beeinträchtigung droht indes im Falle
weitreichender Aufsichtsbefugnisse des/ der Datenschutzbeauftragten über
Rechtspfleger im Bereich ihrer durch § 9 RPflG geschützten unabhän-
gigen Verfahrensleitung und Entscheidungstätigkeit. Die generelle Beaufsich-
tigung der Rechtspfleger durch allgemeine Datenschutzbeauftragte droht
nicht nur deren Unabhängigkeit zu beeinträchtigen und ihre Aufgabener-
füllung zu erschweren. Vielmehr kann sie sich zumindest mittelbar auch
auf die eigentliche spruchrichterliche Tätigkeit auswirken und die verfas-

sungs- und unionsrechtlich gewährleistete richterliche Unabhängigkeit unterminieren.

aa) Rechtspfleger

Die Verantwortung für die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen sowohl nach dem BDSG und DSG-NRW als auch nach der DS-GVO liegt bei dem Gericht, d.h. den jeweiligen Behördenleitungen, die in ihrer Aufgabe von den örtlichen Datenschutzbeauftragten unterstützt werden. Nicht als Verantwortliche im Sinne des Datenschutzrechts anzusehen sind dagegen der Richter, der Spruchkörper oder die sonstigen Entscheidungsträger; vielmehr werden deren Entscheidungen dem Gericht zugerechnet.⁷⁵ Auch etwaige Beanstandungen der Aufsichtsbehörden im Hinblick auf Sach- und Verfahrensentscheidungen der Rechtspfleger sind also beim Gericht anzubringen. Bestünde insoweit eine generelle Aufsichtskompetenz der Datenschutzbehörden, berechnete bzw. verpflichtete dies die Behördenleitung zu einer umfassenden und regelhaften Kontrolle der Tätigkeiten des Rechtspflegers im Verwaltungswege der Dienstaufsicht im Lichte der Auffassung der Datenschutzbehörde. Eine engmaschige Kontrolle wäre insbesondere bei Entscheidungen erforderlich, die typischerweise datenschutzrechtliche Relevanz besitzen, etwa bei der Gewährung von Akteneinsicht (z.B. gem. § 13 Abs. 1, Abs. 7 FamFG). Bei (vermeintlichen) Fehlern in der Rechtsansicht des Rechtspflegers über die Bedeutung der DS-GVO müsste unter Umständen eine Meldung an die Landesbeauftragte oder sogar eine Mitteilung an die Parteien erfolgen. Ein solches Vorgehen konterkarierte nicht nur die in § 9 RPfLG gewährleistete sachliche Unabhängigkeit der Rechtspfleger. Sie wäre auch mit einem ganz erheblichen zusätzlichen Aufwand verbunden, der für die Sachbehandlung nicht förderlich wäre.

75 Hierfür spricht bereits der Wortlaut von Art. 9 Abs. 2 lit. f, 37 Abs. 1 lit. a und Art. 55 Abs. 3 DS-GVO, die ebenso wie die Erwägungsgründe 20, 97 DS-GVO explizit das Gericht benennen und nicht den Richter, Spruchkörper oder sonstigen Entscheidungsträger. Weiterhin können die Betroffenen ihre Rechte und die Aufsichtsbehörden – soweit ihre Befugnis reicht – etwaige aufsichtsrechtliche Maßnahmen gegen das Gericht als bündelnde Institution effektiver durchsetzen. Für eine alleinige datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit des Gerichts deshalb auch *Wiebe/ Eichfeld*, NJW 2019, 2734, 2735 f.

bb) Richter

Mittelbar wirkte sich die Kontrolle durch Datenschutzbehörden auch auf die richterliche Tätigkeit aus. Rechtspfleger und Richter haben dieselben Vorschriften der Verfahrensordnung anzuwenden. Dies gilt namentlich bei einer Überprüfung von Entscheidungen der Rechtspfleger im Verfahren gem. § 11 RPflG, aber auch bei der Wahrnehmung von Rechtspflegeraufgaben durch verfassungsrechtlich unabhängige Richter gem. § 8 RPflG. Nach dieser Vorschrift können Richter ein Geschäft, das dem Rechtspfleger übertragen ist, selbst wirksam wahrnehmen. Zwar ist § 8 Abs.1 RPflG kein Ausdruck einer gleichzeitigen Zuständigkeit des Rechtspflegers und des Richters. Vielmehr regelt die Vorschrift als Heilungsvorschrift im Interesse der Rechtssicherheit und der Effektivität des Verfahrens die Rechtsfolgen eines Verstoßens gegen die in § 3 RPflG angeordnete funktionelle Zuständigkeitsordnung.⁷⁶ Dennoch ermöglicht § 8 Abs. 1 RPflG die wirksame Entscheidungstätigkeit von Richtern im Bereich der Rechtspflege, die dann auch den Gewährleistungen von Art. 97 GG unterliegt. Zugleich verdeutlicht sie, wie eng die Wahrnehmung von Richteraufgaben durch Rechtspfleger und die spruchrichterliche Tätigkeit i. S. d. Art. 92, 97 GG miteinander verwoben sind. Faktisch bleiben etwaige Beanstandungen und Weisungen des/ der Datenschutzbeauftragten an Rechtspfleger zur Auslegung und Anwendung z.B. der gerichtlichen Verfahrensordnungen deshalb nicht auf die Tätigkeit der Rechtspfleger beschränkt, sondern wirken sich auch auf die richterlichen Entscheidungen über dieselben Normen aus.

f) Zwischenfazit

Im Ergebnis konfligiert eine sachliche Überprüfung der Rechtsanwendung von Rechtspflegern durch den/ die Datenschutzbeauftragte unter datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten mit der konzeptionellen Ausgestaltung des Rechtspflegeverfahrens in Deutschland, welche die primäre Entscheidung unparteiischen und unabhängigen, d.h. bei Sachentscheidungen inhaltlich nicht durch die Behördenleitungen kontrollierten Rechtspflegern überantwortet und eine wirksame Aufgabenübernahme durch Richter ermöglicht. Die Kontrolle ist mit einem erheblichen zusätzlichen Aufwand

76 Dörndorfer, RPflG, 2. Aufl. 2014, § 8 Rn. 5 m.w.N.

verbunden und droht die Unabhängigkeit von Rechtspflegern und letztlich auch Richtern zu beeinträchtigen.

Eine solche „Einmischung“ der Datenschutzbehörden in den gerichtlichen Verfahrensablauf möchte Art. 55 Abs. 3 DS-GVO, wie sich aus Erwägungsgrund 20 DS-GVO ergibt, so weit wie möglich verhindern. Auch dies bestätigt die hier vertretene Auffassung, die Wahrnehmung richterlicher Aufgaben gem. § 3 Nr. 1 bis Nr. 3 RPflG durch Rechtspfleger als justizielle Tätigkeiten i. S. d. DS-GVO einzuordnen und die Aufsicht durch Datenschutzbehörden auf die Übernahme klassischer Verwaltungsaufgaben etwa in Gestalt der Geschäfte der sogen. Rechtspflegeverwaltung nach § 3 Nr. 4 RPflG zu beschränken.

V. Länderspezifische Regelungen

Das DSG-NRW weist der LDI NRW eine Zuständigkeit für die Aufsicht über Gerichte als Organe der Rechtspflege nur insoweit zu, als diese „verwaltende Tätigkeiten“ ausüben.⁷⁷ Traditionell nicht zu den verwaltenden Tätigkeiten zählt die Entscheidungstätigkeit der Gerichte, auch soweit jene nicht unter den Bereich der verfassungsrechtlich garantierten Unabhängigkeit des Richters gem. Art. 97 GG fällt.⁷⁸

Keine klassische Verwaltungstätigkeiten sind, wie dargelegt, insbesondere unabhängige Entscheidungen der Rechtspfleger nach § 3 Nr. 1 und 2 RPflG. Hingegen unterliegen Rechtspfleger der Aufsicht des/ der LDI, wenn sie klassische Verwaltungsaufgaben wahrnehmen, etwa im Falle der sogen. Rechtspflegeverwaltung i. S. d. §§ 3 Nr. 4, 31 RPflG. Damit entspricht die Aufgabenzuweisung an den/ die LDI durch das DSG-NRW der hier befürworteten weiten Auslegung des Begriffs „justizielle Tätigkeiten“. Ganz offenbar geht auch der Landesgesetzgeber von einem solchen weiten Verständnis aus, weil anderenfalls eine nicht erklärbare, ausfüllungsbedürftige Lücke in der aufsichtsrechtlichen Zuständigkeit verbliebe.

Überlegungen, den Begriff der justiziellen Tätigkeit zum Zwecke eines effektiven Datenschutzes bis zur Schaffung der besonderen Stellen im Justizsystem enger als der EuGH und im hier dargelegten Sinne auszulegen

⁷⁷ Oben B I 3.

⁷⁸ Kröffer in Paal/ Pauly, DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 55 DSG-VO Rn. 5. Unklar Polenz in Simitis/ Hornung/ Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 1. Auflage 2019, Art. 55 DSG-VO, Rn. 19 f.: die Bereiche der justiziellen Tätigkeit und der Verwaltungsaangelegenheiten seien „(zumindest theoretisch) überschneidungsfrei“.

und in der Folge eine Zuständigkeit der Datenschutzaufsichtsbehörden und behördlichen Datenschutzbeauftragten anzunehmen, überzeugen demgegenüber nicht. Denn sie missachtet den umfassenden Schutz der Unabhängigkeit der Justiz, dem die Ausnahme des Art. 55 Abs. 3 DS-GVO zu dienen bestimmt ist.

VI. Zusammenfassung und Ausblick

1. Die Verarbeitung von personenbezogenen Daten durch die Justiz hat sich grundsätzlich am Maßstab der DS-GVO zu orientieren. Ausgenommen ist nur die Strafrechtspflege, insbes. durch Strafgerichte und Staatsanwaltschaften, aber auch durch weitere Stellen wie z.B. die Führungsaufsichtsstellen und die Bewährungshilfe bis hin zu Vollzugsanstalten. Insoweit wird die Datenverarbeitung durch die der DS-GVO nahestehende JI-Richtlinie EU/2016/680 reguliert. Anwendbar sind damit die nationalen, richtlinienkonform auszulegenden Umsetzungsnormen in § 500 Abs.1 StPO i. V. m. den §§ 45 ff. BDSG.

2. Das Merkmal der „justiziellen Tätigkeit“ ist von entscheidender Bedeutung für die Anwendbarkeit der die Justiz privilegierenden DS-GVO-Vorschriften, darunter die Freistellung von der Aufsicht durch die Datenschutzbeauftragten gem. Art. 55 Abs. 3 DS-GVO. Über Erwägungsgrund 20 wird ein Bezug zur gerichtlichen Unabhängigkeit und damit zum Begriff der Rechtsprechung hergestellt. Der unionsrechtliche Begriff „justizielle Tätigkeit“ ist jedoch autonom und weit auszulegen, weshalb die verfassungsrechtlichen Garantien der richterlichen Unabhängigkeit in Art. 92, 97 GG in Deutschland für die Auslegung nicht herangezogen werden können.

3. Das RPflG weist dem Rechtspfleger (viele vormals richterliche) Tätigkeiten zur Erledigung im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens als neutrale und unabhängige Entscheidungsinstanz zu (§ 9 RPflG). Die Geschäfte des Rechtspflegers sind daher keine klassische Verwaltungstätigkeit, sondern „Aufgaben der Rechtspflege“ (§ 1 RPflG), die nach den gerichtlichen Verfahrensordnungen durch das Gericht erledigt werden, wobei der Rechtspfleger in den gerichtlichen Instanzenzug eingebunden ist (§ 11 RPflG). Der Rechtspfleger entzieht sich damit einer klaren rechtsdogmatischen Einordnung. Er fungiert als besonderer – nicht richterlicher – „gerichtlicher Spruchkörper“, auch wenn er keine rechtssprechende Gewalt im verfassungsrechtlichen Sinne des Art. 92 GG ausübt. Die einfachgesetzliche Ge-

währleistung der Weisungsfreiheit und Unabhängigkeit des Rechtspflegers in § 9 RPflG entspricht aber sachlich der Unabhängigkeit des Richters gem. § 26 DRiG bzw. § 1 GVG.

4. Die besondere Stellung des Rechtspflegers im deutschen Recht, die zum Teil als echte erste gerichtliche Instanz konzipiert ist, rechtfertigt es, ihn bei der unabhängigen Wahrnehmung „richterlicher Aufgaben“ gem. § 3 Nr. 1, Nr. 2 RPflG und auch bei Tätigkeiten nach § 3 Nr. 3 RPflG als Gericht i. S. d. Art. 47 GRCh bzw. Art. 6 Abs. 2 EMRK einzuordnen. Jedenfalls erscheint es mit Blick auf die Weisungsfreiheit und Unabhängigkeit gem. § 9 RPflG und wegen der Einbindung in den Instanzenzug gem. § 11 RPflG geboten, seine Verfahrensführung und seine Entscheidungen dem Begriff der justiziellen Tätigkeiten i. S. d. Art. 55 Abs. 3 DS-GVO zuzuordnen.

5. Ziel der Ausnahmen von der Anwendung der DS-GVO und speziell der Begrenzung der Aufsicht in Art. 55 Abs. 3 DS-GVO ist es, dafür zu sorgen, die Entscheidungstätigkeit der Justiz – gleich in welcher Form – von einer behördlichen Kontrolle freizustellen, insbesondere diese nicht zu behindern oder gar zu lähmen. Diese Gefahr besteht jedoch bei einer Aufsicht der allgemeinen Datenschutzbehörden über die Rechtspfleger bei ihren unabhängigen Entscheidungen, insbes. wenn es um die Anwendung und Auslegung der anwendbaren gerichtlichen Verfahrensordnung geht, die Rechtspfleger und Richter u.a. im Rahmen von Rechtsbehelfen bzw. Rechtsmitteln nach § 11 RPflG oder im Falle einer wirksamen Aufgabenübernahme durch den Richter gem. § 8 Abs. 1 RPflG gleichermaßen anzuwenden haben. Auch deshalb erscheint es geboten, entgegen der herrschenden Gegenansicht im datenschutzrechtlichen Schrifttum in Deutschland die unabhängige Aufgabenerfüllung der Rechtspfleger i. S. d. § 3 Nr. 1 bis 3 RPflG als „justizielle Tätigkeit“ zu qualifizieren und damit gem. Art. 55 Abs. 3 DS-GVO aus der datenschutzrechtlichen Aufsicht auszunehmen.

6. Was die Zuständigkeit der LDI NRW zur Aufsicht über die vom Land getragenen Gerichte betrifft, ist die Regelung im DSG-NRW unklar. Nach § 5 Abs. 4 DSG-NRW gilt das Gesetz und damit an sich auch die Aufgabenzuweisung an die LDI in § 26 DSG-NRW im Bereich der Gerichte nur, soweit diese „Verwaltungsaufgaben wahrnehmen“. Unabhängige Rechtspflegerentscheidungen zählen dazu traditionell nicht. Eine weitere Auslegung der „Verwaltungsaufgaben“ überzeugt nicht. Die damit verbundene Übernahme der Aufsicht durch die Aufsichtsbehörden widerspräche den auch vom EuGH formulierten Anforderungen an eine unabhängige Justiz, deren

umfassender Schutz die Ausnahme von justiziellen Tätigkeiten aus der allgemeinen Aufsicht gem. Art. 55 Abs. 3 DS-GVO gerade bezweckt.

8.

Herausforderungen durch Künstliche Intelligenz

Die Anwendung von KI durch die öffentliche Gewalt und das Rechtsstaatsprinzip

Stephanie Schiedermaier

Georgios Gounalakis hat nicht nur das Medienrecht in Theorie und Praxis mitgeprägt, sondern auch die mit der Digitalisierung verbundenen vielfältigen Umwälzungen aufmerksam beobachtet und kritisch begleitet. Dabei war ihm auch die internationale Einbettung stets ein Anliegen. An diese Interessen knüpft die Autorin an, auf dass der vorliegende Beitrag dem Jubilar Freude bereiten möge.

Dem Beitrag ist ein Disclaimer voranzustellen: „Künstliche Intelligenz“ erweist sich als unscharfer Begriff, mit dem versucht wird, vielfältige technische Entwicklungen in den Bereichen Machine Learning, Natural Language Processing, Computer Vision und Robotik annähernd greifbar zu beschreiben.¹ Das Recht hinkt diesen technischen Entwicklungen zu-meist einen Schritt hinterher – die rechtliche Bewertung einer konkreten Anwendung kann erst erfolgen, wenn sich die KI in einer entsprechenden Anwendung manifestiert. Dabei kann der Weg zur konkreten Anwendung weit und beschwerlich sein, wie das Beispiel des automatisierten Fahrens anschaulich zeigt.² Um sich gleichwohl im Bereich des Seriösen zu bewegen, will der vorliegende Beitrag – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – einige grundlegende Ausprägungen von Rechtsstaatlichkeit aufzeigen, die ty-

1 Die Autorin dankt *Charlotte Langer*, wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Europa-, Völkerrecht, Öffentliches Recht (Universität Leipzig) und Doktorandin an der School of Embedded Composite Artificial Intelligence (SECAI) für ihre Anregungen bei der Erstellung dieses Artikels.

Kritisch zum Begriff Künstliche Intelligenz *T. Hoeren/S. Pinelli*, KI, Ethik und Recht: Herausforderungen und Perspektive, in: Dies. (Hrsg.), *Künstliche Intelligenz – Ethik und Recht*, München 2022, S. 2 (2 ff.); *T. Tzimas*, 'Artificial Intelligence and Human Rights: Their Role in the Evolution of AI', *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht* 2020, 533 (539 ff.); differenziert zu Machine Learning Algorithms *D. Lehr/P. Ohm*, *Playing with the Data: What Legal Scholars Should Learn About Machine Learning*, *University of California Davis Law Review* 51, 653 (655 ff.).

2 S. ADAC, So fahren wir in Zukunft, <https://www.adac.de/rund-ums-fahrzeug/ausstattung-technik-zubehoer/autonomes-fahren/technik-vernetzung/aktuelle-technik/> (29.2.2024).

pischerweise im Umgang mit KI zu beachten sind. Der Beitrag beschränkt sich dabei auf die öffentlich-rechtliche Perspektive und nimmt eine Situation in den Blick, in der sich die Verwaltung auf der einen und die Bürgerin oder der Bürger auf der anderen Seite gegenüberstehen.³ Der Beitrag ist zeitgebunden, daher naturgemäß skizzenhaft und richtet den Blick auf die Zukunft.

I. Künstliche Intelligenz – Licht und Schatten

Der Begriff der Künstlichen Intelligenz (KI) löst große Begeisterung und zugleich erhebliche Ängste aus. Seit dem Erfolg von ChatGPT 2023 hat eine Welle der Euphorie Märkte und Investoren erfasst und zu einem weltweiten Boom unterschiedlichster KI-Anwendungen geführt.⁴ Der Gipfel ist hierbei noch nicht erreicht, laut Prognosen wird der Markt für KI-Anwendungen weiter wachsen.⁵ Auch für Deutschland sind die Wachstumsprognosen im Bereich KI positiv.⁶ Das Potential der deutschen KI-Landschaft zeigt unter anderem der im Vergleich zu anderen Firmen weniger geräuschvolle, aber gleichwohl weltweite Erfolg des Kölner Übersetzungsdienstes DeepL.⁷ Parallel zu diesem wirtschaftlichen Boom entwickeln Regierungen weltweit nationale KI-Strategien, um die vorhandenen Potentiale zum Wohle ihrer Bürgerinnen und Bürger zu nutzen und die Forschung im Bereich KI voranzutreiben.⁸ Auch die öffentliche Verwaltung wird in diese Überlegungen einbezogen. Hier werden Szenarien von *smart cities* und *smart government* skizziert, in denen Bürgerinnen und Bürger einer effizienteren, zugängli-

3 Sämtliche Fragen des Urheberrechts etwa, die praktisch von enormer Relevanz sind, s. etwa N. Maamar, Urheberrechtliche Fragen beim Einsatz von generativen KI-Systemen, NJW 2023, 481, bleiben daher ausgeklammert.

4 Vgl. hierzu D. Dib, How AI shook the world in 2023, <https://restofworld.org/2023/the-year-of-ai-boom-2023/> (29.2.2024).

5 S. etwa Statista, Artificial intelligence (AI) market size worldwide in 2021 with a forecast until 2030, <https://www.statista.com/statistics/1365145/artificial-intelligence-market-size/> (29.2.2024).

6 Vgl. s. Bitkom, Deutscher KI-Markt wächst um ein Drittel, <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/KI-Markt-waechst-um-ein-Drittel> (29.2.2024).

7 S. <https://finanzmarktwelt.de/wird-deepl-der-universaldolmetscher-der-welt-und-sticht-google-aus-291149/> (29.2.2024).

8 Für Europa C. van Noordt/R. Medaglia/L. Tangi, Policy initiatives for Artificial Intelligence-enabled government: An analysis of national strategies in Europe, Public Policy and Administration 2023, <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/09520767231198411> (29.2.2024).

cheren und auf den jeweiligen Nutzer und die jeweilige Nutzerin besser zugeschnittenen Verwaltung begegnen.⁹ Darüber hinaus erhofft man sich für die strategische Planung in den Bereichen Mobilität, Umweltschutz, Städtebau und bei der Verteilung knapper Ressourcen verbesserte Steuerungsmöglichkeiten durch den Einsatz von KI. Diesen leuchtenden Szenarien stehen aber auch erhebliche Bedenken gegenüber. Beispielhaft zeigen sich diese in dem von Elon Musk und anderen unterzeichneten offenen Brief, der vor KI als einer „gravierenden Bedrohung für die Gesellschaft und für die Menschheit“ warnt und daher eine Pause bei der weiteren Entwicklung von KI fordert.¹⁰ Die gezielte weltweite Verbreitung von *fake news* über Social Bots und Deepfakes und die Nutzung technischer Möglichkeiten durch Autokraten, wie sie sich etwa im Versuch des russischen Präsidenten zeigt, die eigene Wiederwahl auch mit Hilfe von überwachtem Online-Voting zu erzwingen,¹¹ machen darüber hinaus deutlich, dass die neuen technischen Möglichkeiten gegen Demokratie und Rechtsstaatlichkeit eingesetzt werden können. Gleichzeitig beweist die Reaktion der italienischen Datenschutzbehörde *Garante per la protezione dei dati personali* (GPDP), die ChatGPT im März 2023 wegen Bedenken im Bereich des Daten- und Minderjährigenschutzes vorübergehend sperrte,¹² eine hohe Wachsamkeit der Staaten in Bezug auf KI-Anwendungen. In der Verwaltung kann und wird eine vom Einsatz von KI ausgelöste Effizienzsteigerung zu Umstrukturierungen und neuen Aufgaben für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter führen. Damit einher geht die Sorge vor dem Verlust des Arbeitsplatzes, Kontrollverlust, erhöhter Überwachung sowie vor Diskriminierung durch die Anwendung

9 Vgl. J. Etscheid/J. von Lucke/F. Stroh, 'Künstliche Intelligenz in der öffentlichen Verwaltung, Anwendungsfelder und Szenarien', in: W. Bauer/O. Riedel/S. Braun (Hrsg.), Fraunhofer IAO, <https://publica-rest.fraunhofer.de/server/api/core/bitstreams/d3d9f520-1fd4-4516-98d6-a3370c134155/content> (29.2.2024).

10 C. Metz/G. Schmidt, Elon Musk and Others Call for Pause on A.I., Citing 'Profound Risks to Society', <https://www.nytimes.com/2023/03/29/technology/ai-artificial-intelligence-musk-risks.html> (29.2.2024). Der Brief wurde von renommierten KI-Forschern teilweise auch kritisiert, da er eher hypothetische statt realer Gefahren durch KI beschreibe und daher zum Hype um KI beitrage, vgl.

T. Gebru/E. M. Bender/A. McMillan-Major/M. Mitchell, Statement from the listed authors of Stochastic Parrots on the "AI pause" letter, <https://www.dair-institute.org/blog/letter-statement-March2023/> (29.2.2024).

11 S. K. Orlova/A. Serafimov/P. Kuznetsov, The digital steal: how Putin will get a landslide via online voting, <https://euobserver.com/eu-political/158194> (29.2.2024).

12 Vgl. T. Haar, KI-Regulierung: Viel Lärm um ChatGPT, <https://www.heise.de/select/ix/2023/5/2310108385895879584> (29.2.2024).

von Algorithmen. Hinzu kommt in Deutschland eine im Vergleich zu anderen Staaten grundsätzlich eher skeptische Einstellung gegenüber KI, die allerdings mit zunehmender Information über KI zumindest tendenziell abnimmt.¹³

II. Die Anwendung von KI in der öffentlichen Verwaltung

Die Verwaltung profitiert grundsätzlich von denselben Anwendungen, die auch für den Markt interessant sind.¹⁴ So kann die Steigerung der Effizienz von Prozessen durch Übertragung bestimmter Vorgänge auf eine KI die Verwaltungsmitarbeiterinnen und -mitarbeiter von monotonen Aufgaben entlasten und ihnen damit eine Konzentration auf wesentliche Fragen erlauben.¹⁵ Dies gilt auch für den Bereich der Vorbereitung von Entscheidungen durch eine vorangehende Datenanalyse oder sogar der vollständigen Übernahme von Entscheidungen durch KI in eng umgrenztem Rahmen.¹⁶ Interessant sind KI-Anwendungen für die Verwaltung auch im Hinblick auf die Kommunikation mit den Bürgerinnen und Bürgern, aber auch für den Austausch zwischen verschiedenen Verwaltungseinheiten. Schließlich kann der Bereich IT-Sicherheit durch den Einsatz von KI profitieren. Dabei kommt es auch wesentlich auf die Ausbildung und Schulung der beteiligten Verwaltungsmitarbeiterinnen und -mitarbeiter an.¹⁷ Wie auf den Märkten erfolgt der Einsatz von KI in der Verwaltung ebenfalls mit verschiedenen Geschwindigkeiten weltweit und in Europa. Dabei liegen Traum und Rea-

13 S. Bayrisches Forschungsinstitut für Digitale Transformation, Themenmonitor Künstliche Intelligenz, <https://www.bidt.digital/themenmonitor-kuenstliche-intelligenz/> (29.2.2024).

14 Hierzu näher S. Schiedermaier, The Civil Service and Artificial Intelligence, in: K.-P. Sommermann/A. Krzywoń/C. Fraenkel-Haeblerle (Hrsg.), The Handbook of Civil Service in Europe (im Erscheinen).

15 S. Etscheid/Lucke/Stroh (Fn. 9), S. 17 ff.; G. Hammerschmid/G. Raffer, Künstliche Intelligenz im öffentlichen Sektor: Potenziale nutzen, Risiken beenden, Public Governance Sommer 2020, 16 ff., https://publicgovernance.de/media/KI_Oeffentliche_Verwaltung.pdf (29.2.2024).

16 Aufschlussreich hierzu T. Enarsson/L. Enqvist/M. Naarttijärvi, Approaching the human in the loop – legal perspectives on hybrid human/algorithmic decision-making in three contexts, Information & Communications Technology Law 31 (1), 123 (142 ff.).

17 Vgl. dazu die Initiative der UNESCO, Digital Capacity Building for Governments, <https://www.unesco.org/en/digital-competency-framework> (29.2.2024).

lität nicht selten auseinander, da sich die praktische Umsetzung von KI-gesteuerten Verfahren oft mit Hürden konfrontiert sieht.

Die Verwaltung profitiert zwar ähnlich wie private Unternehmen vom Einsatz Künstlicher Intelligenz, zugleich unterliegt die an Recht und Gesetz gebundene, auf das Gemeinwohl verpflichtete Verwaltung jedoch erheblich weitreichenderen rechtlichen Regelungen. Vor diesem Hintergrund stellen sich Fragen der Verantwortlichkeit, der Transparenz sowie des Grundrechtsschutzes.

III. Das Rechtsstaatsprinzip als Maßstab für die Anwendung von KI in der öffentlichen Verwaltung

Das Rechtsstaatsprinzip gehört als Fundamentalprinzip der deutschen Verfassungsordnung zum durch die Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG geschützten, änderungsfesten Bestand des Grundgesetzes.¹⁸ Es konkretisiert sich in einer Fülle von Einzelprinzipien, die teilweise ausdrücklich im Grundgesetz normiert sind, etwa in der Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz in Art. 20 Abs. 3 GG, der umfassenden Verpflichtung aller staatlichen Gewalt auf die Grundrechte in Art. 1 Abs. 3 GG, der richterlichen Unabhängigkeit in Art. 97 GG und dem Recht auf effektiven Rechtsschutz in Art. 19 Abs. 4 GG.¹⁹ Gegenüber dem Demokratieprinzip hat das Rechtsstaatsprinzip unter dem Grundgesetz – trotz oder vielleicht wegen des anhaltenden praktischen Erfolges der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit – eher ein wissenschaftliches Schattendasein gefristet.²⁰ Mit der ‚rule of law crisis‘ ist das Rechtsstaatsprinzip aber auf europäischer Ebene in seiner Form der unionsrechtlichen ‚rule of law‘ in den politischen und wissenschaftlichen Fokus gerückt.²¹ Und auch in Deutschland zeigt die Diskussion

18 Das Rechtsstaatsprinzip ist in Art. 79 Abs. 3 GG sogar doppelt abgesichert, über den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in Art. 20 Abs. 3 GG sowie in Form der umfassenden Grundrechtsbindung aller staatlichen Gewalt in Art. 1 Abs. 3 GG.

19 S. etwa *H. Schulze-Fielitz*, in: H. Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. II, 3. Aufl., 2015, Art. 20 Rn. 66 ff.

20 Ausnahmen bestätigen bekanntlich die Regel, so etwa das Werk von Philip Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip, Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 1986.

21 S. etwa aus rechts- und politikwissenschaftlicher Perspektive K. Meyer/A. Lorenz/M. Wendel (Hrsg.), *Rule of Law and the Judiciary*, Baden-Baden 2023. Zur Rolle des EuGH in diesem Zusammenhang *J. Kokott*, *Courts as Guardians of the Rule of Law: The Case of the CJEU*, TLJ 2023, 49.

um einen verstärkten prozeduralen Schutz des Bundesverfassungsgerichts die berechtigte Sorge, dass wechselnde politische Bedingungen das Rechtsstaatsprinzip als verfassungsrechtliche Grundfeste erschüttern können.²²

Trotz unterschiedlicher Ausprägungen im Einzelnen besteht das Rechtsstaatsprinzip als Fundamentalidee sowohl auf der Ebene des internationalen Rechts, auf der des Unionsrechts und zugleich als zentraler Grundsatz in den nationalen Ordnungen aller Rechts- und Verfassungsstaaten weltweit. Im internationalen Recht gehört die ‚rule of law‘ zum festen Bestand an Grundaxiomen²³ und bildet zugleich den Dreh- und Angelpunkt für die Aktivitäten der Vereinten Nationen.²⁴ Das Unionsrecht zählt die ‚rule of law‘ gemäß Art. 2 EUV zum Kernbestand europäischer Werte, auf denen sich die EU als Rechts- und Wertegemeinschaft gründet.²⁵ Damit erweist sich das Rechtsstaatsprinzip als ein zentrales stabilisierendes Element im Mehrebenensystem der Rechtsordnungen.

1. Die Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz und das Leitbild der „guten Verwaltung“

Die Tätigkeit und die Struktur der öffentlichen Verwaltung sind geprägt von ihrer Bindung an Gesetz und Recht als einem zentralen Element der Rechtsstaatlichkeit. Beides muss im umfassenden Sinne innerhalb des Mehrebenensystems verstanden werden.²⁶ Die Bindung der Verwaltung umfasst daher auch innerstaatlich geltendes Völkerrecht²⁷ sowie unmittelbar in den Mitgliedstaaten geltendes EU-Recht, insbesondere also Verord-

22 S. K. Duden, Schützt das Bundesverfassungsgericht!, <https://verfassungsblog.de/schutzt-das-bundesverfassungsgericht/> (29.2.2024).

23 Vgl. T. Nardin, Theorising the International Rule of Law, *Review of International Studies* vol. 34 no. 3 (2008), 385, <http://www.jstor.org/stable/40212481> (29.2.2024). Gleichwohl ist es teilweise schwierig, aus dem schillernden Grundprinzip der ‚rule of law‘ kohärente Vorgaben für die staatliche Praxis abzuleiten, aber es zeichnet sich eine Tendenz ab, Nichtwillkür, Vorhersehbarkeit, Kohärenz, Rechenschaftspflicht, Menschenrechte und Transparenz als Kernelemente der Rechtsstaatlichkeit zu akzeptieren, vgl. dazu

N. Arajärvi, ‘The Core Requirements of the International Rule of Law in the Practice of States’, 13 *Hague Journal Rule Law* 2021, 173.

24 S. dazu United Nations and the Rule of Law, <https://www.un.org/ruleoflaw/> (29.2.2024).

25 Vgl. M. Payandeh, Das unionsverfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip, *JuS* 2021, 481.

26 Dazu insgesamt Schulze-Fielitz (Fn. 18), Art. 20 Rn. 93, der von der „Gesamtheit der materiellen Rechtsvorschriften“ spricht.

27 S. BVerfGE 111, 307 (323, 325 f., Rn. 47, 53); BVerfGE 112, 1 (24 f., Rn. 90 ff.).

nungen. Für die Verwaltungen in allen EU-Mitgliedstaaten stellt die Gesetzes- und Rechtmäßigkeit den zentralen Maßstab und Kohärenzfaktor dar. Die Bindung der Verwaltung trägt damit zur Gewährleistung eines einheitlichen Vollzugs von Unionsrecht bei und stabilisiert somit auch die Unionsrechtsordnung insgesamt.

Die Bindung der Verwaltung an die Entscheidungen des demokratisch gewählten Gesetzgebers setzt voraus, dass die Verwaltung ihrerseits die volle Kontrolle über ihr Handeln besitzt. Nur so kann sie die Vorhersehbarkeit von Verwaltungsentscheidungen gewährleisten und Rechtssicherheit gegenüber Bürgerinnen und Bürgern schaffen. Für die Rechtsdurchsetzung als zentrale rechtsstaatliche Aufgabe der Verwaltung können KI-Anwendungen nutzbar gemacht werden. Effizienz und Genauigkeit²⁸ sind klare Stärken von KI-basierten Anwendungen und können daher einen präzisen, ressourcenschonenden Vollzug unterstützen.²⁹ Eine exakte Umsetzung gesetzgeberischer Vorgaben durch KI erscheint möglich, sofern die Datengrundlagen zutreffen und das trainierte Modell in hinreichendem Umfang rechtmäßige Entscheidungen erzeugt. Insofern entspricht die Idee KI-basierten Verwaltungsvollzuges auf den ersten Blick dem Idealbild des gesetzestreuem Verwaltungsvollzuges, wobei das Rechtsstaatsprinzip zugleich das Spannungsverhältnis zwischen effizienter Durchsetzung und dem Rechtsschutz des oder der Einzelnen eröffnet.³⁰

Allerdings erschöpft sich die Verwaltung nicht in einer bloßen Umsetzung der Vorgaben von Recht und Gesetz.³¹ Vielmehr besitzt sie mit ihren

28 Wenn allerdings Fehler vorliegen, können sich diese über den Algorithmus breitwirksam realisieren.

29 Vgl. C. Coglianese/L. M. B. Dor, 'AI in Adjudication and Administration', 86 Brooklyn Law Review 2021, 791.

30 Zu dieser Frage am Beispiel des automatisierten Verwaltungsaktes J. Eichenhofer, Der vollautomatisierte Verwaltungsakt zwischen Effizienz und Rechtsschutzgebot, DÖV 2023, 93 (94 ff.); A. Guckelberger, Automatisierte Verwaltungsentscheidungen: Stand und Perspektiven, DÖV 2021, 566 (575 ff.). Bereits Niklas Luhmann hat sich grundlegend mit der Frage der konditionalen Programmierung von Entscheidungsprozessen befasst, N. Luhmann, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung. Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung, in: C. H. Ule (Hrsg.), Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 29, 2. Aufl., Berlin 1997, S. 35 ff.

31 Zu den verschiedenen Funktionen von Verwaltung E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Berlin 1998, S. 148 ff., der zwischen der ordnenden, der leistenden, der lenkenden und der vermittelnden Verwaltung unterscheidet. S. auch K. Grimmer, Funktion und Leistungen öffentlicher Verwaltungen im politischen System, in: Ders., Öffentliche Verwaltung in Deutschland, Berlin 2004, S. 11 ff.

Ermessens- und Entscheidungsspielräumen auch ein breites Spektrum eigenverantwortlicher Tätigkeit weit über den bloßen Gesetzesvollzug hinaus.³² Auch und gerade in diesem Bereich kommt die Vorstellung von der „guten Verwaltung“, wie sie auch in Art. 41 GRC reflektiert wird, zum Tragen. Zugleich ist Art. 41 GRC klar im unionsrechtlichen Rechtsstaatsprinzip verankert und charakterisiert die europäische Verwaltung als Verwaltung einer Rechtsgemeinschaft.³³ Das Leitbild der „guten Verwaltung“ konkretisiert sich in Einzelrechten des Bürgers und der Bürgerin wie etwa den Rechten auf Anhörung, Akteneinsicht und dem Anspruch auf Begründung von Entscheidungen.³⁴ Auch in diesen Bereichen kann der Einsatz von KI Unterstützung bieten, um den Anforderungen einer „guten Verwaltung“ zu entsprechen. So kann KI das Recht auf Anhörung aus Art. 41 Abs. 2 a GRC unterstützen, das in allen EU-Mitgliedstaaten einen zentralen Baustein der Verwaltungsordnungen bildet. Die Unterstützung kann entweder dadurch erfolgen, dass Beamte entlastet werden, damit sie sich auf die Anhörung der Bürgerinnen und Bürger konzentrieren können, oder durch standardisierte KI-Anhörungsverfahren in Form von Chatbots,³⁵ die zwar schnellere Ergebnisse liefern, aber weniger oder gar keine menschliche Interaktion erfordern.³⁶ KI-Anwendungen können zudem die Rechte von Bürgerinnen und Bürgern stärken, indem sie die Hürden für den Zugang zu Informationen senken und so das Recht auf Zugang zu Dokumenten unterstützen,

32 Die Spielräume der Verwaltung können dabei sowohl auf Tatbestandsebene bei Beurteilungsspielräumen oder kontextabhängigen Tatbestandsmerkmalen als auch auf Rechtsfolgenrechtsseite in Form von Ermessen auftreten. Der deutsche Gesetzgeber gestattet den vollständig automatisierten VA nach § 35 a VwVfG daher nur, sofern weder ein Beurteilungsspielraum noch Ermessen besteht, vgl. dazu *M. Martini/D. Nink*, Subsumtionsautomaten ante portas? – Zu den Grenzen der Automatisierung in verwaltungsrechtlichen (Rechtsbehelfs-)Verfahren, DVBl 2018, 1128 (1129).

33 So *M. Ruffert*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EU-GRCharta, 26. Aufl., München 2022, Art. 41 Rn. 1.

34 Hinzu kommen die außervertragliche Haftung der Verwaltung nach Art. 41 Abs. 3 GRC als grundrechtliche Unterstützung von Art. 340 Abs. 2 AEUV sowie der Anspruch aus Art. 41 Abs. 4 GRC, sich in einer der Sprachen der Verträge an die Organe der Union zu wenden und eine Antwort in derselben Sprache zu erhalten. Vgl. hierzu insgesamt *Ruffert* (Fn. 32), Art. 41 Rn. 13–20.

35 Zu Chatbots, die den Zugang zu Informationen zu Verwaltungsverfahren erleichtern sollen, etwa *Etscheid/Lucke/Stroh* (Fn. 9), S. 23 ff.

36 Der deutsche Gesetzgeber scheint eher skeptisch gegenüber Möglichkeiten der Anhörung im automatisierten Verfahren, vgl. §§ 24 Abs. 1 S. 2, 28 Abs. 2 Nr. 4 Var. 2 VwVfG, dazu auch *Guckelberger*, DÖV 2021, 573 f. Zur spannenden Frage, ob die menschliche oder die KI-generierte Entscheidung rechtlich vorzuziehen ist, unter 0.

das in Art. 42 GRC und nationalen Vorschriften geregelt ist.³⁷ In jedem Fall ist abzuwägen und zu erproben, wo sich der Einsatz von KI konkret als sinnvoll erweist. Eine klare Verantwortungszuweisung, die der Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz Rechnung trägt, ist dabei unerlässlicher Ausgangspunkt aller Überlegungen.

2. Der Transparenzgrundsatz

Die Frage der Transparenz und damit verbunden der Kontrolle der Verwaltung ist nicht nur ein Erfordernis des Demokratieprinzips, sondern auch der Rechtsstaatlichkeit – nicht nur wegen der Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht, sondern auch aus der Perspektive eines effektiven Rechtsschutzes im Sinne von Art. 19 IV GG, bildet Information doch die unerlässliche Basis für die Geltendmachung von Rechten. Der Ruf nach mehr Transparenz gehört zu den standardmäßig erhobenen Forderungen, wenn es um den Einsatz von KI geht, und zugleich erweist sich die Umsetzung dieser Forderung in der Praxis als große Herausforderung. Die Frage, ob die ‚black box‘ des Algorithmus sinnvoll aufgeschlüsselt und für den technischen Laien verständlich dargelegt werden kann, wird in der Informatik unter dem Begriff ‚explainable AI‘ intensiv diskutiert.³⁸ Aus rechtlicher Sicht ist hierzu anzumerken, dass Lösungen zur Durchsetzung des Transparenzgrundsatzes auch praktisch sinnvoll handhabbar sein müssen, was man etwa für die Einwilligung in AGBs oder die datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung mit einem Fragezeichen versehen kann. Zugleich ist trotz aller berechtigten Bestrebungen nach algorithmischer Transparenz zu bedenken, dass auch das menschliche Gehirn letztlich eine ‚black box‘ darstellt, deren Entscheidungen eine verfassungsrechtlichen Ansprüchen genügende Begründung zwar ein Stück weit nachvollziehbar machen, aber nicht erschöpfend erklären kann. Legt man diese Vergleichbarkeit mit einer

37 In Deutschland regelt § 1 Abs. 1 IFG den Zugang zu Dokumenten der Bundesbehörden und Bundesorgane, sofern diese Verwaltungsaufgaben wahrnehmen.

38 Mit diesem Begriff wird eine Bewegung in der Informatik beschrieben, die versucht, Algorithmen auch für den Laien erklärbar zu machen, vgl. L. Käde/S. von Maltzan, Die Erklärbarkeit von Künstlicher Intelligenz (KI). Entmystifizierung der Blackbox und Chancen für das Recht, CR 2020, 66.

menschlichen Entscheidung zugrunde, so dürfen an die Nachvollziehbarkeit von KI-Systemen keine überzogenen Anforderungen gestellt werden.³⁹

3. Die Frage von Mensch und Maschine und die Menschenwürde als oberstes Verfassungsprinzip

Durch die Frage nach der Vergleichbarkeit einer Entscheidung durch KI und einer menschlichen Entscheidung scheint die Fundamentalfrage der Vergleichbarkeit von Mensch und Maschine auf. Dabei hat die technische Entwicklung rasante Fortschritte zu verzeichnen. Attestierte man Computern zunächst vor allem analytisch-intellektuelle Fähigkeiten – man denke nur an den legendären Sieg des von IBM entwickelten Schachcomputers Deep Blue über den russischen Schachgroßmeister Garry Kasparov 1996 –, so zeigt sich bei der Anwendung von KI nunmehr, dass auch im Bereich der Nachbildung menschlicher Emotionen erhebliche Fortschritte erzielt werden. Dies beweist etwa die interessante Studie, nach der ein KI-gesteuerter Chatbot auf Fragen von Patienten und Patientinnen, die im Forum eines sozialen Netzwerkes gestellt wurden, fachlich bessere und zugleich empathischere Antworten fand als die Vergleichsgruppe medizinischen Fachpersonals.⁴⁰ Zugleich hält der seit der Coronapandemie bestehende Boom von

39 Die konkreten Anforderungen hängen von der rechtlichen Perspektive ab. Das aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Begründungsgebot zielt grundsätzlich nicht auf die Funktionsweise eines KI-Systems im Einzelnen, sondern auf die Darstellung der rechtsrelevanten Gründe der Entscheidung, vgl. T. Wischmeyer, in: M. Ebers/C. A. Heinze/B. Steinrötter (Hrsg.), *Künstliche Intelligenz und Robotik. Rechtshandbuch*, München 2020, § 20 Rn. 56. Im Datenschutzrecht kann es hingegen auch auf die Art der konkreten Datenverarbeitung im Einzelfall ankommen. Zu Möglichkeiten, dem Transparenzgrundsatz genüge zu tun, ohne den Quellcode offen zu legen, J. Kroll/J. Huey/S. Barocas/E.W. Felten/J.R. Reidenberg/D.G. Robinson/H. Yu, *Accountable Algorithms*, *University of Pennsylvania Law Review* 165, 633 (662 ff.).

40 J. W. Ayers/A. Poliak/M. Drezde/E. C. Leas/Z. Zhu/J. B. Kelley/D. J. Faix/A. M. Goodman/C. A. Longhurst/M. Hogarth/D. M. Smith, *Comparing Physician and Artificial Intelligence Chatbot Responses to Patient Questions Posted to a Public Social Media Forum*, *JAMA Internal Medicine* vol. 183 no. 6 (2023), 589 (589 ff.), <https://jamanetwork.com/journals/jamainternalmedicine/article-abstract/2804309> (29.2.2024). Auch in der Psychotherapie wird der Einsatz von KI zunehmend als Chance für die Behandlung von Patientinnen und Patienten betrachtet, A. Summer, *Improving Psychotherapy With AI: From the Couch to the Keyboard*, <https://www.embs.org/pulse/articles/improving-psychotherapy-with-ai-from-the-couch-to-the-keyboard/> (29.2.2024). Ähnliches gilt für die Psychologie, Z. Abrams, *What psychologists need to know about the evolution of generative AI*, *American Psychological Association*

Apps im Bereich *mental health* weiter an.⁴¹ Damit rücken früher in den Science-Fiction Bereich gehörende Szenarien wie der berühmte Roboter aus Isaac Asimovs 1957 erstmals erschienenem Klassiker *Geliebter Roboter*, in den sich die menschliche Protagonistin schließlich verliebt, ein Stück weit an die Realität heran.⁴² Damit stellt sich die Frage der Überlegenheit von Mensch oder Maschine für einzelne Aufgaben in neuer Form. Zugleich ist die Beantwortung dieser Frage und die damit einhergehende Diskussion durch animistische Vorstellungen von Technik einerseits und Technikskepsis andererseits geprägt.⁴³ Dabei treten erhebliche kulturelle Unterschiede⁴⁴ im Umgang mit Technik zutage,⁴⁵ die sich auch in den Rechtsordnungen weltweit widerspiegeln.

Lenkt man den Blick auf Deutschland und Europa, so enthält das Grundgesetz mit der Würde des Menschen in Art.1 Abs.1 GG als änderrungsfestem Dreh- und Angelpunkt der deutschen Rechtsordnung ein klares Bekenntnis, das über Art.1 Abs.2 GG auch in den internationalen Menschenrechtsschutz weltweit eingebettet ist.⁴⁶ Der Konzeption des Grundgesetzes liegt damit grundsätzlich ein anthropozentrisches Weltbild zugrunde.⁴⁷ Dieses Verständnis wurde mit dem auf deutsche Initiative

vol. 55 no. 1, S. 44, <https://www.apa.org/monitor/2024/01/trends-generative-ai-evolution-psychology> (29.2.2024).

- 41 S. hierzu etwa T. DeAngelis, As funding cools, venture capitalists shift investments in mental health, American Psychological Association, 2023 Trend Reports, <https://www.apa.org/monitor/2022/01/special-venture-capital> (29.2.2024).
- 42 Dies zeigt auch der Erfolg der Dating App *Soulmate*, auf deren Schließung Nutzerinnen und Nutzer verzweifelt reagierten, R. Price, People are grieving the 'death' of their AI lovers after a chatbot app abruptly shut down, <https://www.businessinsider.com/soulmate-users-mourn-death-ai-chatbots-2023-10> (29.2.2024).
- 43 Interessant hierzu auch A. Persson/M. Laaksoharju/H. Koga, We mostly think alike: Individual Differences in Attitude Towards AI in Sweden and Japan, *The Review of Socionetwork Strategies* vol. 15 (2021), 123.
- 44 Hinzu kommt die individuelle Prädisposition gegenüber technischen Neuerungen, die sich im Einzelfall auch für die Verwaltung niederschlagen kann, etwa in Form des Zugangs zur Verwaltung durch Bürgerinnen und Bürger.
- 45 Dazu L.-M. Neudert/A. Knuutila/P. N. Howard, Global Attitudes Towards AI, Machine Learning & Automated Decision Making, Implications for Involving Artificial Intelligence in Public Service and Good Governance, Oxford Commission on AI & Good Governance, 2020, <https://philhoward.org/wp-content/uploads/2022/08/GlobaAttitudesTowardsAIMachineLearning2020.pdf> (29.2.2024).
- 46 Zu letzterem näher S. Schiedermaier, Der internationale Frieden und das Grundgesetz, Baden-Baden 2006, S. 152 ff.
- 47 Dieses anthropozentrische Weltbild ist angesichts aktueller Entwicklungen wie der Klimakrise und der Zuschreibung von Rechtspersönlichkeiten im Umweltrecht an

in die Grundrechte-Charta aufgenommenen Art. 1 GRC auch der Grundrechtsarchitektur der Europäischen Union zugrunde gelegt.⁴⁸ Welche konkreten Weichenstellungen für die Entscheidung Mensch oder Maschine sich hieraus ergeben, erscheint gleichwohl zweifelhaft. Insbesondere kann aus der Menschenwürde kein klares Prä zugunsten einer menschlichen Entscheidung in jedem Einzelfall abgeleitet werden, denn ob und in welcher Hinsicht menschliche Entscheidungen automatisch generierten grundsätzlich über- oder unterlegen sind, wird höchst unterschiedlich bewertet, etwa wenn es um die Frage der Diskriminierung durch programmierbare Algorithmen einerseits und menschliche Entscheider mit ihrem individuellen Mindset, das sich für den Bürger oder die Bürgerin positiv oder negativ auswirken kann, andererseits geht. Hinzu kommt die Frage, ob die *conditio humana* oder der *human factor* einen (unerlässlichen) verbindenden Faktor für eine Gesellschaft bildet, der auch etwa in der Kommunikation der Verwaltung mit den Bürgerinnen und Bürgern als akzeptanzerhöhendes Element für Verwaltungsentscheidungen zum Tragen kommt. So besteht die Befürchtung, dass der Kontakt zwischen Verwaltung und Bürgerinnen und Bürgern ohne Empathie erfolgt und somit das Vertrauen in die öffentlichen Verwaltungen untergraben wird. Die Frage des *human factor* lässt sich in der Überlegung zuspitzen, ob das durch eine KI ausgesprochene Strafurteil in seiner Akzeptanz dem durch einen menschlichen Richter ergangenen Urteil gleichgesetzt werden kann. Letztlich geht es um eine „Vertrauensfrage“ - wem vertraut man mehr, Mensch oder Algorithmus?⁴⁹ Die Antwort hängt neben technischer Affinität oder Skepsis auch von einem eher positiv oder eher negativ (*homo homini lupus*) geprägten Menschenbild ab. Während der Menschenfreund mitmenschlichen Entscheidungen grundsätzlich einen Vertrauensvorschuss gewähren wird, mag der von negativen Erfahrungen geprägte Skeptiker eine erhöhte Affinität zu einer nichtmenschlichen Entscheidung aufweisen. Es wird Sache des Gesetzgebers sein, den Spielraum, den das Grundgesetz und die GRC hier lassen, mit Augenmaß

nichtmenschliche Akteure nicht unangefochten, vgl. zu dieser neu entflammten, das Umweltrecht aber schon länger begleitenden Diskussion J. Petersen, Anthropozentrik und Ökozentrik im Umweltrecht, ARSP vol. 83 (1997), 361.

48 Das Völkerrecht ist hingegen nicht um das Individuum herum aufgebaut, sondern sieht die Staaten als zentrale Akteure und damit Träger von Rechten und Pflichten. Allerdings hat die gestiegene Bedeutung des internationalen Menschenrechtsschutzes zur Teilrechtsfähigkeit des Individuums im modernen Völkerrecht geführt.

49 Zu dieser grundlegenden Frage insgesamt J. Eichenhofer, Privatheit im Internet als Vertrauensschutz. Eine Neukonstruktion der Europäischen Grundrechte auf Privatleben und Datenschutz, Der Staat 55 (2016), 41.

auszugestalten. Dabei werden die gefundenen Lösungen nicht jeder individuellen Befindlichkeit Rechnung tragen müssen. Gleichwohl wird die Frage des Vertrauens in KI über das Erfordernis des berechtigten Vertrauens in die Verwaltung als Element des Rechtsstaatsprinzips zu einem bedenkenswerten Faktor für den Gesetzgeber.

4. Das „Recht auf eine menschliche Entscheidung“

Diese in philosophische Tiefen reichende Problematik wirkt sich ganz praktisch auf die Frage aus, ob das Recht auf ein faires Verfahren notwendigerweise ein „Recht auf eine menschliche Entscheidung“ einschließt. Würde man dies zugrunde legen, könnten KI-Anwendungen ausschließlich zur Vorbereitung einer Entscheidung und zur Durchführung einer Anhörung eingesetzt werden, nicht aber als Ersatz für die endgültige Verwaltungsentscheidung. Das Recht auf eine menschliche Entscheidung ist kein allgemein anerkanntes Recht, aber die Idee spiegelt sich in Art. 22 der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) wider, wonach die betroffene Person das Recht hat, nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt. Der Norm liegt der von Art. 1 GRC inspirierte Gedanke zugrunde, dass niemand zum bloßen Objekt einer ausschließlich auf Algorithmen basierenden Verarbeitung persönlicher Daten gemacht werden darf.⁵⁰ Die Antwort des Art. 22 DSGVO ist kongruent mit der Menschenwürdegarantie des Art. 1 GRC, die zumindest eine Tendenz für eine menschliche Entscheidung vermuten lässt. Andererseits ist bekannt, dass menschliche Entscheidungen willkürlich sein können, was Zweifel an der Überlegenheit einer menschlichen Entscheidung gegenüber der eines sorgfältig entwickelten und mit qualitativ hochwertigen Daten trainierten Algorithmus aufkommen lässt. Diese Ambiguität zeigt sich etwa in der Tatsache, dass zwar ein Recht auf eine menschliche Entscheidung in Art. 22 DSGVO existiert, zugleich aber auch die Sinnhaftigkeit und Möglichkeit eines Rechts auf eine automatisierte Entscheidung diskutiert wird.⁵¹ Letztlich wird Art. 1 GRC nicht als Hindernis für automatisierte

50 S. P. Scholz, in: S. Simitis/G. Hornung/I. Spiecker gen. Döhmhann (Hrsg.), Datenschutzrecht, 1. Aufl., Baden-Baden 2019, Art. 22 Rn. 3.

51 Zu dieser interessanten Frage A. Z. Huq, A Right to a Human Decision, Virginia Law Review vol. 106 (2020), 611 (686 ff.). Für die amerikanische Rechtslage hinsichtlich

Entscheidungen wirken, gleichwohl aber einer vollständig automatisierten Verwaltung entgegenstehen. Insgesamt sollte die Menschenwürdegarantie nicht dazu verwendet werden, KI-Anwendungen als praktische Lösungen zu blockieren, sondern vielmehr als unterstützendes Argument gegen ein Szenario dienen, in dem KI-Anwendungen die menschliche Interaktion weitgehend ersetzen.

5. Sonstige Menschenrechte und der Grundrechtsschutz durch Verfahren

Darüber hinaus spielen zahlreiche weitere Menschenrechte für die Entwicklung und den Einsatz von KI-Anwendungen eine Rolle.⁵² Neben Fragen wirksamer Rechtsbehelfe sind dies insbesondere Fragen des Schutzes der Privatsphäre und des Datenschutzes, aber auch Herausforderungen für Gleichheit und Nichtdiskriminierung. Darüber hinaus können sich bei der Verteilung knapper Ressourcen durch die Sozialverwaltung Herausforderungen für soziale und wirtschaftliche Rechte ergeben, wenn beispielsweise KI-Systeme im Zusammenhang mit der Vergabe von Bildung oder Wohnraum zum Einsatz kommen.⁵³ Der Datenschutz und der inhaltlich über diesen hinausgehende Schutz der Privatheit stehen dabei vor besonders großen Herausforderungen. Dabei wirkt die auf Art. 7, 8 GRC und Art. 8 EMRK aufgebaute und durch die Judikatur des EuGH ausdifferenzierte europäische Datenschutzordnung einerseits als Markenzeichen für eine ‚AI made in Europe‘, die – in Abgrenzung zur Nutzung von KI durch autoritäre Systeme zur allumfassenden Überwachung, einschließlich social scoring – auch als ‚trustworthy AI‘ oder ‚ethical AI‘ bezeichnet wird.

eines Rechts auf eine menschliche Entscheidung A. Z. *Huq*, Virginia Law Review vol. 106 (2020), 624 ff.

52 Hierzu ausführlich I. Ben-Israel/J. Cerdio/A. Ema/L. Friedman/M. Ienca/A. Mantelero/E. Matania/C. Muller/H. Shiroyama/E. Vayena, Ad hoc Committee on Artificial Intelligence, A Legal Framework for AI Systems, Council of Europe, Strasbourg 2020; T. Tzimas, ‚Artificial Intelligence and Human Rights: Their Role in the Evolution of AI‘, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht, 2020, 533.

53 Hier wäre das Recht auf soziale Sicherheit aus Art. 12 der Europäischen Sozialcharta (ESC) als Maßstab zu nennen. Im medizinischen Bereich sind die Art. 11 und 13 der ESC zu berücksichtigen, die jedem Menschen das Recht garantieren, Maßnahmen in Anspruch zu nehmen, die es ihm ermöglichen, den höchstmöglichen Gesundheitsstandard zu erreichen, und dass jeder, der nicht über ausreichende Mittel verfügt, das Recht auf soziale und medizinische Unterstützung hat. Wird der Zugang eines Patienten zu Gesundheitsdienstleistungen durch eine Analyse seiner persönlichen Daten, wie seiner Krankenakte oder Daten über seinen Lebensstil, bestimmt, müssen diese sozialen Rechte berücksichtigt werden.

Zugleich stellt diese Datenschutzordnung eine der größten rechtlichen Herausforderungen für den Einsatz von KI-Systemen dar, gilt es doch die auf dem Zweckbindungsgrundsatz, dem Prinzip der Datensparsamkeit und Verfahrensrechten wie dem Recht auf Vergessen oder dem Recht auf Auskunft basierende europäische Datenschutzordnung in Einklang mit den Gegebenheiten von Datenubiquität als Grundbedingung leistungsstarker Algorithmen zu bringen.

Die zweite große Herausforderung bildet die praktische Umsetzung des Schutzes vor Diskriminierung. Auf europäischer Ebene ist der Schutz vor Diskriminierung primärrechtlich über Art. 14 EMRK sowie Art. 21 GRC neben der Gleichheit vor dem Gesetz aus Art. 20 GRC ausdrücklich garantiert⁵⁴ und konkretisiert sich in zahlreichen sekundärrechtlichen Vorschriften.⁵⁵ In Deutschland hat sich der ursprünglich abwehrrechtlich konzipierte Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG über die objektive Dimension der Grundrechte zu einem auch Gleichstellungsgebote enthaltenden umfassenden Diskriminierungsverbot erweitert. Dabei stehen die konkreten Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG normativ eigenständig neben dem allgemeinen Gleichheitssatz.⁵⁶ Hierzu beigetragen haben auch die Impulse aus dem unionalen Antidiskriminierungsrecht, die in die deutsche Rechtsordnung umgesetzt wurden. Für den Einsatz von KI spielt der Schutz vor Diskriminierung eine wichtige Rolle, wobei Diskriminierungen durch den Einsatz von KI einerseits verstärkt, andererseits aber gegebenenfalls auch verhindert werden können.⁵⁷ Als Dreh- und Angelpunkt erweist sich hier eine möglichst diskriminierungsfreie, ausgewogene Datengrundlage, da der Algorithmus nicht kreativ arbeitet, sondern anhand der ausgewählten Trainingsdaten ein Modell aufbaut und damit bereits bestehende Diskriminie-

54 S. auch das Protokoll Nr. 12 über das Diskriminierungsverbot vom 4.1.2000, <https://www.menschenrechtskonvention.eu/protokoll-nr-12-emrk-9277/> (29.2.2024).

55 Etwa die Richtlinie zur Bekämpfung von Rassismus 2000/43/EG, ABl L 180/22 vom 19.7.2000; die Rahmenrichtlinie Beschäftigung, 2000/78/EG, ABl L 303/16 vom 2.12.2000; die Richtlinie zur Gleichstellung der Geschlechter außerhalb der Arbeitswelt 2004/113/EG, ABl L 373/37 vom 21.12.2004 sowie die Richtlinie zur Gleichstellung von Frauen und Männern 2006/54/EG, ABl L 204/23 vom 26.7.2006.

56 S. S. Boysen, in: I. von Münch/P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 7. Aufl., München 2021, Art. 3 Rn. 116.

57 Auch an dieser Stelle zeigt sich die Ambiguität des Einsatzes von KI, die eine diskriminierende menschliche Entscheidung im besten Fall verhindern, im schlechtesten Fall verbreiten und ihr zu mehr Akzeptanz verhelfen kann.

rungen weiter fortschreibt und somit perpetuiert.⁵⁸ Ob diskriminierungsfreie Datenmengen als Abbild einer häufig nicht diskriminierungsfreien Realität allerdings überhaupt im Bereich des Möglichen liegen, lässt sich mit Recht anzweifeln. Fest steht, dass auch die Diskriminierung zunächst der Entdeckung bedarf, um ihr wirksam entgegenzutreten. Hier kann eine Umkehr der Beweislast zielführend sein,⁵⁹ und auch die Umsetzung des Transparenzgrundsatzes kann im Einzelfall zur Aufdeckung einer Diskriminierung beitragen. Für die Durchsetzung des vorhandenen umfassenden materiellen Antidiskriminierungsrechts spielt damit die Frage der prozeduralen Durchsetzung gerade auch beim Einsatz von KI-Anwendungen eine zentrale Rolle, worauf auch der EuGH bereits hingewiesen hat.⁶⁰ Damit rücken die Verfahrensrechte der Bürgerinnen und Bürger gegenüber dem Einsatz von KI in den Blick. Insbesondere das Recht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG, dessen Entsprechung im Unionsrecht vom EuGH als allgemeiner Rechtsgrundsatz aus Art. 6, 13 EMRK abgeleitet und in Art. 47 GRC ausdrücklich verankert worden ist,⁶¹ gebietet eine Verfahrensgestaltung, die der Idee effektiven Grundrechtsschutzes durch Verfahren Rechnung trägt. Hierzu gehören neben Anhörungs-, Beteiligungs- und Mitwirkungsmöglichkeiten der Bürgerinnen und Bürger bei Verwaltungsentscheidungen auch praktikable Rechtsschutzmöglichkeiten in Form des Widerspruchsverfahrens und gerichtlicher Rechtsmittel. Dabei erscheinen die vorhandenen Verfahren zunächst einmal ausreichend, es wird aber

58 Dies ist insbesondere problematisch, wenn die Perpetuierung der Diskriminierung unter dem Anschein technischer Neutralität erfolgt, vgl. dazu T. Wischmeyer, Regulierung intelligenter Systeme, AöR 2018, 1 (27).

59 Hierzu für die Beweislast nach § 22 AGG K. Hinz, in: M. Kaulartz/T. Braegelmann (Hrsg.), Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning, 1. Aufl., München 2020, Kap. II Rn. 62 ff.

60 S. EuGH Urt. v. 21.6.2022 – C-817/19, ECLI:EU:C:2022:491 Rn. 195 – *Ligue des droits humains: Wie der Generalanwalt (...) ausgeführt hat, kann es sich nämlich angesichts der für die Funktionsweise von Technologien der künstlichen Intelligenz kennzeichnenden mangelnden Nachvollziehbarkeit als unmöglich erweisen, den Grund zu erkennen, aus dem ein bestimmtes Programm einen Treffer erzielt hat. Unter diesen Umständen könnte die Nutzung solcher Technologien den Betroffenen auch ihr in Art. 47 der Charta verankertes Recht auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf nehmen, das nach dem 28. Erwägungsgrund der PNR-Richtlinie auf hohem Schutzniveau gewährleistet werden soll, damit insbesondere gerügt werden kann, dass die erzielten Ergebnisse nicht frei von Diskriminierung seien.*

61 Ständige Rechtsprechung seit EuGH Urt. v. 15.5.1986 – Rs. 222/84, ECLI:EU:C:1986:206 Rn. 18 – Johnston; EuGH Urt. v. 15.10.1987 – Rs. 222/86, ECLI:EU:C:1987:442 Rn. 14 – UNECTEF; zu Art. 47 GRC s. EuG 30.1.2002 – T-54/99, II-313 Rn. 57 – max.mobil.

darum gehen, ihnen durch die Schaffung transparenter, verlässlicher Bedingungen auch weiterhin hinreichende rechtsstaatliche Schlagkraft zu verleihen.

IV. Fazit

Der Einsatz von Künstlicher Intelligenz wirft eine Fülle von Rechtsfragen auf, deren konkrete Beantwortung im Einzelnen erst im Laufe der Zeit durch Gesetzgeber, Rechtsprechung und auch die Verwaltung selbst erfolgen wird. Für die Verwaltung in Deutschland gehen mit dem Einsatz von KI Umgestaltungsprozesse einher, die sich auf die Organisation der Verwaltung nach innen und außen sowie auf die Tätigkeit der Beschäftigten in erheblichem Maße auswirken werden. Die europäische Rechtsordnung und die Rechtsordnungen in den Mitgliedstaaten stehen mit dem Einsatz von KI aber auch insgesamt vor Herausforderungen. Dabei gilt es, die auf gemeinsamen europäischen Werten beruhenden Maßstäbe bei der Anwendung von KI und auch bereits bei deren Entwicklung zu berücksichtigen, zugleich aber auch den Weg für die Zukunft zu öffnen. Insofern ist jetzt der ‚Kairos‘, der richtige Zeitpunkt, gekommen, grundlegende rechtliche Weichen zu stellen. Der im April 2021 von der EU-Kommission vorgeschlagene AI Act, der im März 2024 vom Europäischen Parlament beschlossen wurde, setzt hier als erste verbindliche internationale Regulierung von Künstlicher Intelligenz ein begrüßenswertes Signal.⁶² Grundvoraussetzung aller Überlegungen muss dabei eine auf positive Zukunftsgestaltung gerichtete Strategie sein, die sich dem Möglichkeitssinn verschreibt, wie ihn *Robert Musil* in seinem Jahrhundertroman „Mann ohne Eigenschaften“ in dem Kapitel „Wenn es Wirklichkeitssinn gibt, muß es auch Möglichkeitssinn geben“ genial beschrieben hat: *Wenn man gut durch geöffnete Türen kommen will, muß man die Tatsache achten, daß sie einen festen Rahmen haben: dieser Grundsatz, nach dem der alte Professor immer gelebt hatte, ist einfach eine Forderung des Wirklichkeitssinns. Wenn es aber Wirklichkeitssinn gibt, und niemand wird bezweifeln, daß er seine Daseinsberechtigung hat, dann muß es auch etwas geben, das man Möglichkeitssinn nennen kann. Wer ihn besitzt, sagt beispielsweise nicht: Hier ist dies oder das geschehen, wird geschehen, muß geschehen; sondern er erfindet: Hier könnte, sollte oder müßte geschehn;*

62 Vgl. den Entwurf des AI Act in der vom Rat beschlossenen Fassung, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf> (29.2.2024).

und wenn man ihm von irgend etwas erklärt, daß es so sei, wie es sei, dann denkt er: Nun, es könnte wahrscheinlich auch anders sein. So ließe sich der Möglichkeitssinn geradezu als die Fähigkeit definieren, alles, was ebenso gut sein könnte, zu denken und das, was ist, nicht wichtiger zu nehmen als das, was nicht ist. Die Entfaltung eines solchen Möglichkeitssinnes in den Grenzen des geltenden Verfassungsrechts ist der Leuchtturm, an dem sich die weitere Fahrt von Gesetzgeber, Gerichten und Verwaltung ausrichten muss.

Rechtliche Rahmenbedingungen der Verwendung synthetischer Bilder im Journalismus

Jan Oster

I. Einführung

Georgios Gounalakis hat die Auswirkungen technologischer Veränderungen auf das Medienrecht so früh erfasst wie nur wenige andere. Um nur einige Beispiele aus seinem reichhaltigen Schriftenverzeichnis zu nennen: In seiner Dissertationsschrift, die 1989 veröffentlicht wurde, befasste er sich mit der urheberrechtlichen Problematik der Einspeisung von Rundfunksendungen in Kabelanlagen,¹ er gehörte zu den ersten Kommentatoren des sich erst entwickelnden Internetrechts,² sein Gutachten zum 64. Deutschen Juristentag 2002 behandelte das seinerzeit noch kaum erfasste Phänomen der „Konvergenz der Medien“³, und 2003 gab er das umfangreiche „Rechtshandbuch Electronic Business“ heraus.⁴

-
- 1 *G. Gounalakis*, Kabelfernsehen im Spannungsfeld von Urheberrecht und Verbraucherschutz, Baden-Baden 1989.
 - 2 Siehe dazu *G. Gounalakis*' Kommentierungen zum TDDSG, und zum TDG, in: Das Deutsche Bundesrecht, 794. Lieferung, jeweils Februar 1998; siehe auch beispielsweise *G. Gounalakis*, Regulierung von Presse, Rundfunk und elektronischen Diensten in der künftigen Medienordnung, ZUM 2003, 180; *G. Gounalakis*, Rechtsinformationsprogramme im Internet, UFITA 65 (2001), 757; *G. Gounalakis/L. Rhode*, Haftung des Host-Providers: ein neues Fehlurteil aus München?, NJW 2000, 2168; *G. Gounalakis/L. Rhode*, Elektronische Medien im Regelungsgeflecht des Bundes und der Länder – Eine Synopse der rechtlichen Rahmenbedingungen, WiSt 1999, 378; *G. Gounalakis/L. Rhode*, Haftung der Zertifizierungsstellen. Neue Signaturnormen als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB?, K&R 1998, 225; *G. Gounalakis/L. Rhode*, Elektronische Kommunikationsangebote zwischen Telediensten, Mediendiensten und Rundfunk, CR 1998, 487; *G. Gounalakis*, Der Mediendienste-Staatsvertrag der Länder, NJW 1997, 2993.
 - 3 *G. Gounalakis*, Konvergenz der Medien – Sollte das Recht der Medien harmonisiert werden? Gutachten C zum 64. Deutschen Juristentag Berlin 2002, München 2002.
 - 4 *G. Gounalakis* (Hrsg.), Rechtshandbuch Electronic Business – Rechtsgrundlagen, Branchenspezifische Geschäftsfelder, Auslandsmärkte, München 2003.

Nach Kabelfernsehen, Internet und zuletzt der Evolution der Plattformökonomie macht sich seit einiger Zeit eine weitere technische Veränderung bemerkbar, die weniger die Übermittlung von Medieninhalten als die Gestaltung dieser Inhalte selbst betreffen dürfte: die fortschreitende Entwicklung von Systemen Künstlicher Intelligenz (KI). KI-basierte Systeme können nicht nur Texte verfassen – Stichwort ChatGPT –, sondern auch zur Herstellung von Bild- oder Tonaufnahmen genutzt werden. Diese Entwicklung macht vor dem Journalismus nicht Halt. Während das Verfassen KI-generierter Texte für viele Zeitungen inzwischen zum Standard-repertoire gehört,⁵ ist es nur noch eine Frage der Zeit, bis KI-generierte Stand- oder Bewegtbilder, seien sie visuell oder audiovisuell, zum Bestandteil journalistischer Berichterstattung gehören werden.

Zwei Kernthesen liegen diesem Beitrag zugrunde: Zum einen sollte die Debatte über KI nicht nur die Risiken, sondern auch die Chancen von KI thematisieren, gerade für den Journalismus. Zum anderen muss sich die journalistische Nutzung KI-generierter Inhalte, nachfolgend als „synthetische Medien“ bzw. „synthetische Bilder“ bezeichnet, an Maßstäben journalistischer Sorgfalt messen lassen. Der Beitrag konzentriert sich auf redaktionell erstelltes Audio- und Videomaterial und klammert künstlich generierte Texte aus, die wiederum ganz eigene Fragestellungen aufwerfen.⁶

II. Was sind „synthetische Medien“?

Der Begriff der „synthetischen Medien“ ist bereits eine Stellungnahme, gewissermaßen ein „Framing“. Er bezeichnet im Kern das Phänomen, für das sich umgangssprachlich das Kofferwort „Deepfakes“ eingebürgert hat. Dieses beschreibt täuschend echt wirkende, mit Hilfe von *deep learning*-Systemen hergestellte oder gefälschte Bild-, Video- oder Audioaufnahmen.⁷

5 Etwa die KI *Heliograf* der Washington Post. Auch die Bild-Zeitung setzt KI ein: M. Hanfeld, Bei „Bild“ fallen mehr als 200 Stellen weg, FAZ.net, aktualisiert am 1.6.2023, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/bild-zeitung-entlaesst-mehr-als-200-mitarbeiter-ki-haelt-einzug-18974856.html> (zuletzt abgerufen am 6.2.2024).

6 Siehe dazu den Beitrag von R. Schwartmann/M. Köhler in dieser Festschrift; ferner etwa J. Oster, Haftung für Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch Künstliche Intelligenz, UFITA 82 (2018), 14; J. Oster, Rechtliche Antworten auf die Künstliche Intelligenz im Mediensektor, MedienWirtschaft 2019, 32.

7 Vgl. Art. 3 Nr. 60 KI-VO.

Derart manipulierte Inhalte weisen einen wachsenden Grad an individueller Detailtreue auf, etwa im Hinblick auf Kopfbewegungen, Mimik oder Stimme einer Person, sodass Laien sie häufig kaum noch als Fälschung erkennen können. Deepfakes bergen damit erhebliche Gefahren.⁸ Mittels Deepfakes können Personen kompromittierende Aussagen untergeschoben werden, die sie nie getätigt haben, durch Deepfakes hergestellte Inhalte können volksverhetzend oder pornographisch sein, Deepfakes können als Mittel zur Begehung von Straftaten missbraucht werden, mit Deepfakes können der öffentliche Diskurs und damit Wahlentscheidungen manipuliert werden und Deepfake-Bearbeitungen können Rechte des Geistigen Eigentums an dem Originalmaterial verletzen.

Diese Risiken dominieren die öffentliche Debatte,⁹ und sie bestehen auch zweifellos. Dennoch darf der potenzielle Nutzen KI-generierter Medieninhalte nicht unterschätzt werden.¹⁰ Wie auf die allermeisten Technologien trifft auch auf Künstliche Intelligenz die Binsenweisheit zu, dass sie nicht *per se* „gut“ oder „böse“ ist, sondern dass es auf ihre konkrete Nutzung ankommt. Darin liegt die erste Kernthese dieses Beitrages: Die Möglichkeit, täuschend echt wirkende Bilder oder Bildsequenzen herzustellen, birgt auch erhebliche Chancen, etwa für polizeiliche Fahndungsarbeit, für Ausbildungszwecke, für die wissenschaftliche Forschung, für den Katastrophenschutz, für humoristische, künstlerische und für journalistische Zwecke. Die Herstellung und Veröffentlichung synthetischer Bilder kann Teil der journalistischen Aufgabe sein, als „öffentlicher Wachhund“¹¹ zu Angelegenheiten von öffentlichem Interesse beizutragen. Für den Journalismus interessant sein könnte beispielsweise der Einsatz von KI zur Simulation der Folgen des Klimawandels, etwa der Überschwemmung einer Küstenregion, oder zur Anfertigung von Phantombildern auf der Grundlage älterer Fotos (zu denken ist insbesondere an die Sendung „Aktenzeichen XY“), oder zur Darstellung historischer Ereignisse, für die keine Bilder existieren. Statt des negativ konnotierten Begriffs des „Deepfakes“ ist daher als konzeptioneller

8 Ausführlich M. van Hujstee/P. van Boheemen/D. Das/L. Nierling/J. Jahnelt/M. Karaboga/M. Fatun, Tackling deepfakes in European policy, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/690039/EPRS_STU\(2021\)690039_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/690039/EPRS_STU(2021)690039_EN.pdf), 2021, S. 22 ff.

9 Statt vieler S. Russell, Human Compatible, New York 2019, S. 105 f.

10 Vgl. R. Chesney/D. Citron, Deep Fakes: A Looming Challenge for Privacy, Democracy and National Security, California Law Review 107 (2019), 1753 (1768 ff.).

11 Grundlegend EGMR 23.9.1994 – 15890/89, BeckRS 1994, 124509 – Jersild/Dänemark.

Ausgangspunkt der neutralere Begriff der „synthetischen Medien“, hier in Gestalt synthetischer Bilder, vorzugswürdig.¹²

Allerdings ist die Frage nach dem potenziellen Nutzen von synthetischen Medien ihrerseits zu problematisieren. Durch KI generierte Bilder beruhen lediglich auf statistischen Annahmen. Es ist aber nicht sicher, ob die auf einem synthetisch erzeugten Phantombild abgebildete Person *tatsächlich* so aussieht, oder ob sich die Überschwemmung einer Küstenregion *tatsächlich* so auswirkt, wie von der KI simuliert. Gleichzeitig erzeugen Bilder aufgrund ihrer vermeintlichen Realitätsnähe eine erhebliche – auch emotionale – Suggestivwirkung: Ein von der niederländischen Polizei generiertes Video zeigte einen getöteten Teenager im Kreise seiner Freunde.¹³ Dieses Video enthielt keine neuen Informationen, sondern den eindringlichen – und erfolgreichen – Appell an mögliche Zeugen, ihre Hinweise zu dem Mord an die Polizei weiterzugeben. Darin liegt schon die zweite Kernthese dieses Beitrages: Auch die gemeinwohlorientierte Nutzung von synthetischen Medien muss sich an Maßstäben polizeilicher, wissenschaftlicher oder eben journalistischer Sorgfalt messen lassen.

III. Maßstäbe journalistischer Sorgfaltspflichten

Hörfunk, Fernsehen und Presse kommt kraft ihrer öffentlichen Aufgabe und ihrer Bedeutung für eine demokratische Gesellschaft eine Sonderstellung zu.¹⁴ Journalistische Medien unterliegen daher strengeren Sorgfaltsanforderungen als private Individuen. Die „Pflichten und Verantwortung“,¹⁵ die mit der Medienfreiheit einhergehen, verlangen, dass die Medien bestimmte Verhaltensregeln beachten, wenn sie Informationen recherchieren, redaktionell bearbeiten und verbreiten, und wenn sie ihre Meinung äußern. Dies gilt ganz besonders dann, wenn die Veröffentlichung eine andere Per-

12 Vgl. J. Bateman, Deepfakes and Synthetic Media in the Financial System: Assessing Threat Scenarios. <https://carnegieendowment.org/2020/07/08/deepfakes-and-synthetic-media-in-financial-system-assessing-threat-scenarios-pub-82237>; I. Kalpokas, Problematising reality: the promises and perils of synthetic media, SN Social Sciences 1 (2020), 1.

13 Politie, Sedar (13) zoekt 'zelf' zijn moordenaar. <https://www.politie.nl/nieuws/2022/mei/22/00-sedar-13-zoekt-zelf-zijn-moordenaar.html>.

14 Vgl. BVerfG 5.6.1973 – 1 BvR 5336/72, BVerfGE 35, 202 (221) – Lebach.

15 Vgl. Art. 19 Abs. 3 IPbPR und Art. 10 Abs. 2 EMRK.

son schädigen kann. Zu den journalistischen Sorgfaltspflichten zählt daher etwa die Pflicht zur sorgfältigen Recherche.¹⁶

Wenngleich weder letztinstanzliche deutsche Gerichte noch der EGMR bislang die Gelegenheit hatten, sich zu synthetischen Medien zu äußern, lassen sich ihrer Rechtsprechung doch einige Maßstäbe journalistischer Sorgfalt entnehmen, die für die Verwendung synthetischer Medien im Journalismus von besonderer Bedeutung sein dürften. So sind Journalisten zur ausgewogenen Berichterstattung verpflichtet, d.h. sie sind gehalten, alle relevanten wahren Tatsachen und abweichenden Standpunkte darzulegen.¹⁷ Übertreibungen, bewusst einseitige oder verfälschende Darstellungen sind hingegen zu vermeiden.¹⁸ Diese Prinzipien sind auch bei einer Verwendung synthetischer Medien zu beachten. So wäre der Pflicht zur ausgewogenen Berichterstattung nicht genügt, wenn durch die nachträgliche Simulation ein bestimmtes Ereignis verzerrt dargestellt wird. Sind von synthetischen Medien einzelne Personen besonders betroffen, müssen Journalisten diesen grundsätzlich die Gelegenheit geben, sich vor der Veröffentlichung zu erklären.¹⁹ Hierauf darf nur unter engen Ausnahmen verzichtet werden.²⁰ Von sensationalistischen, reißerischen Darstellungen ist Abstand zu nehmen.²¹

-
- 16 Siehe z.B. EGMR 20.5.1999 – 21980/93, NJW 2000, 1015 (1017) [65] – Bladet Tromsø und Stensaas/Norwegen; EGMR 21.1.1999 – 29183/83 BeckRS 1999, 10034 [54] – Fressoz und Roire/Frankreich; EGMR 2.5.2000 – 26132/95 [53] – Bergens Tidende u.a./Norwegen; BGH 8.3.1966 – VI ZR 176/64, NJW 1966, 1213 (1215) – Luxemburger Wort; BGH 29.10.1968 – VI ZR 180/66, GRUR 1969, 147 (150) – Korruptionsvorwurf; BGH 3.5.1977 – VI ZR 36/74, NJW 1977, 1288 (1289) – Abgeordnetenbestechung.
- 17 EGMR 20.5.1999 – 21980/93 NJW 2000, 1015 (1017) [63] – Bladet Tromsø und Stensaas/Norwegen; EGMR 16.11.2004 – 56767/00 [62] und [66] – Selistö/Finnland; BVerfG 25.1.1961 – 1 BvR 9/57, BVerfGE 12, 113 – Schmid/Spiegel; BGH 20.6.1961 – VI ZR 222/60, NJW 1961, 1913(1914) – Wiedergutmachung; BGH 8.7.1969 – VI ZR 275/67 – „Kavaliersdelikt“; BGH 22.11.2005 – VI ZR 204/04, NJW 2006, 601 Rn. 18 – Erzbistum.
- 18 Vgl. BVerfG 5.6.1973 – 1 BvR 5336/72, BVerfGE 35, 202 (221) – Lebach.
- 19 Vgl. EGMR 2.5.2000 – 26132/95 [58] – Bergens Tidende u.a./Norwegen; EGMR 23.11.2004 – 5433/02 [41] – Shabanov und Tren/Russland; EGMR 29.10.2008 – 22824/04 [29] – Flux/Moldawien; BGH 30.1.1996, VI ZR 386/94 – NJW 1996, 1131 – „Lohnkiller“; BGH 17.12.2013 – VI ZR 211/12, NJW 2014, 6 – Sächsische Korruptionsaffäre.
- 20 BGH 17.12.2013 – VI ZR 211/12, NJW 2014, 6 – Sächsische Korruptionsaffäre.
- 21 Vgl. EGMR 21.6.2011, 35105/04 – 2011, 144271 [47] – Kania und Kittel/Polen; EGMR 28.6.2013 – 14087/08 [37] – Novaya Gazeta und Borodyanskiy/Russland; EGMR 18.4.2013, 7075/10 BeckRS 2013, 203446 [227] – Ageyevy/Russland; BGH 03.05.1977 – VI ZR 36/74, NJW 1977, 1288 (1289) – Abgeordnetenbestechung.

Werden synthetische Medien zur nachträglichen Darstellung von noch nicht abgeurteilten möglichen Straftaten verwendet, sind die Grundsätze der Verdachtsberichterstattung zu berücksichtigen.²² So ist insbesondere die Unschuldsvermutung (Art. 14 Abs. 2 IPbPr, Art. 6 Abs. 2 EMRK) zu beachten.²³ Synthetische Medien dürfen daher nicht zu einer Vorverurteilung des Betroffenen führen;²⁴ mögliche alternative Verläufe, die den mutmaßlichen Täter entlasteten (etwa dass er möglicherweise in Notwehr gehandelt hat), sind in der nachträglichen Simulation des Vorgangs angemessen zu berücksichtigen.²⁵

Eine weitere Ausprägung journalistischer Sorgfaltspflichten ist, dass journalistische Medien verbleibende Zweifel an der Richtigkeit ihrer Behauptungen kommunizieren müssen.²⁶ Ein Journalist „muss kenntlich machen, wenn von ihm verbreitete Behauptungen durch das Ergebnis seiner Nachforschungen nicht gedeckt sind. Eine nach seinem Kenntnisstand umstrittene oder zweifelhafte Tatsache darf er nicht als feststehend hinstellen.“²⁷ Diesem Grundsatz kommt bei synthetischen Medien besondere Bedeutung zu. Wie bereits erwähnt, beruhen durch KI generierte Bilder lediglich auf statistischen Annahmen. Ihr hypothetischer Wahrheitsgehalt ist daher stets zweifelhaft. Als Mindestanforderung für verantwortungsvollen Journa-

22 Dazu L. Brost/J. Rodenbeck, Verdachtsberichterstattung durch Tatsachenbehauptungen, K&R 2017, 460; N. Klass, Grundlagen der Verdachtsberichterstattung, ZUM 2022, 1; M. Schippan, Der Mindesttatbestand an Beweissachen im Rahmen einer zulässigen Verdachtsberichterstattung, ZUM 2022, 781.

23 Siehe z.B. EGMR 20.5.1999 – 21980/93, NJW 2000, 1015 (1017) [65] – Bladet Tromsø und Stensaas/Norwegen; EGMR 17.12.2004 – 49017/99 [78] – Pedersen und Baadsgaard/Dänemark; EGMR 7.2.2012 – 39954/08 [96] – Axel Springer AG/Deutschland; BVerfG 5.6.1973 – 1 BvR 5336/72, BVerfGE 35, 202 (232) – Lebach; BGH 30.10.2012 – VI ZR 4/12, NJW 2013, 229 Rn. 15 – Gazprom-Manager.

24 Vgl. BGH 17.12.2013 – VI ZR 211/12, NJW 2014, 6 Rn. 26 – Sächsische Korruptionsaffäre; BGH 18.11.2014 – VI ZR 76/14, BGHZ 203, 239 Rn. 16 – Chefjustiziar; BGH 11.12.2012 – VI ZR 314/10, NJW 2013, 790 Rn. 29 – Stasi.

25 BVerfG 5.6.1973 – 1 BvR 5336/72, BVerfGE 35, 202 (221) – Lebach; BGH 07.12.1999 – VI ZR 51/99, BGHZ 143, 199 (203 f.) – „Schleimerschmarotzerpack“; BGH 16.02.2016 – VI ZR 367/15, MDR 2016, 520 Rn. 24 – Missbrauchsvorwürfe im Online-Archiv.

26 Vgl. EGMR 17.12.2004 – 49017/99 [78] – Pedersen und Baadsgaard/Dänemark; EGMR 6.9.2005 – 65518/01 [113 f.] – Salov/Ukraine; EGMR 1.3.2007 – 510/04 [92] – Tønsbergs Blad AS und Haukom/Norwegen; BGH, 3.5.1977 – VI ZR 36/74, NJW 1977, 1288 – Abgeordnetenbestechung; BVerfG 25.10.2005 – 1 BvR 1696/98, BVerfGE 114, 339 (355) – Stolpe.

27 BVerfG 25.1.1961 – 1 BvR 9/57, BVerfGE 12, 113 (130 f.) – Schmid/Spiegel; BGH 30.1.1996 – VI ZR 386/94, NJW 1996, 1131 – „Lohnkiller“; BVerfG 25.10.2005 – 1 BvR 1696/98, BVerfGE 114, 339 (355) – Stolpe.

lismus gilt daher, dass journalistische Medien darauf hinweisen, wenn sie ein KI-generiertes Bild oder Video verwenden. Außerdem sollten sie nach Möglichkeit ausdrücklich verbleibende (Rest-)Zweifel an der Richtigkeit des synthetischen Mediums kommunizieren, etwa dass sich ein bestimmter Vorgang auch anders abspielen oder abgespielt haben könnte.

Umgekehrt bedeutet dies, dass journalistische Medien nicht für jede Ungenauigkeit in einem synthetischen Medium haften, sofern sie ihre Sorgfaltspflichten gewahrt haben. Sollte sich allerdings eine synthetische Darstellung im Nachhinein als falsch erweisen, müssen entsprechende Inhalte, die in Online-Archiven bereitgehalten werden, korrigiert,²⁸ mit einer entsprechenden Einschränkung versehen²⁹ oder gegebenenfalls entfernt werden.³⁰

IV. Synthetische Bilder im deutschen und europäischen Recht

Vor diesem Hintergrund werden im Folgenden – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – einzelne rechtliche Rahmenbedingungen herausgearbeitet, die für die Verwendung synthetischer Bilder im Journalismus besonders relevant sind. Hierzu zählen der Bildnisschutz nach dem KUG, das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das Datenschutzrecht und aktuelle Entwicklungen auf europäischer Ebene. Ausgeklammert bleiben etwa Fragen des Urheberrechts. Ausgeblendet bleibt ferner der Einsatz von KI im Bereich der Medienproduktion, z.B. bei Bildregie oder Kameraführung.³¹

1. Bildnisschutz nach KUG

Gemäß § 22 S. 1 KUG dürfen Bildnisse grundsätzlich nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden. Ein Bildnis ist die erkennbare Wiedergabe des äußeren Erscheinungsbildes

28 Vgl. BVerfG 2.5.2018 – 1 BvR 666/17 Rn. 21, NJW 2018, 2784 – HSH Nordbank/Spiegel; BGH 30.10.2012 – VI ZR 4/12, NJW 2013, 229 Rn. 23 – Gazprom-Manager.

29 Vgl. EGMR 16.7.2013 – 33846/07 [66] – Węgrzynowski und Smolczewski/Polen.

30 So BGH 16.9.2015 – V ZR 8/15, BGH MDR 2016, 520 Rn. 31 – Missbrauchsvorwürfe im Online-Archiv.

31 Dazu T. Conraths, Datenschutz-, urheber- und vertragsrechtliche Fragen aus Sicht eines Medienunternehmens, MMR 2021, 457.

einer Person.³² Umfasst ist die Wiedergabe dieses Erscheinungsbildes in jeder Form und in jedem Medium.³³ Dies betrifft nicht nur Fotografien, sondern auch bspw. Grafiken, Karikaturen³⁴ oder Computerspiel-Figuren.³⁵ Daraus folgt, dass auch die Darstellung einer Person mittels synthetischer Medien ein „Bildnis“ dieser Person sein kann. Für das Kriterium der „Erkennbarkeit“ genügt es, wenn der Betroffene begründet annehmen darf, er könne erkannt werden.³⁶ Hierfür reicht die Erkennbarkeit innerhalb eines mehr oder minder großen Personenkreises aus, den der Betroffene nicht mehr ohne weiteres selbst unterrichten kann.³⁷ Die Veröffentlichung eines synthetischen Fotos oder Videos, in dem eine bestimmte Person nach diesen Kriterien „erkennbar“ ist, greift somit in das von § 22 S.1 KUG geschützte Recht am eigenen Bild ein.³⁸

Tathandlungen i.S.d. § 22 KUG sind das Verbreiten und die öffentliche Zurschaustellung des Bildnisses. Nicht umfasst sind daher das bloße Herstellen und das Vervielfältigen.³⁹ Bereits die Herstellung von Bildnissen kann aber das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Abgebildeten betreffen (dazu 2.).⁴⁰

32 BGH 10.11.1961 – I ZR 78/60, GRUR 1962, 211 – Hochzeitsbild; BGH 9.6.1965 – Ib ZR 126/63, GRUR 1966, 102 – Spielgefährtin I; *M. Fricke*, in: Wandtke/Bullinger, (Hrsg.): Praxiskommentar Urheberrecht, 6. Aufl., München 2022, § 22 Rn. 5.

33 *Fricke* (Fn. 32) § 22 Rn. 5.

34 OLG Hamburg 8.4.1982 – 3 U 36/81, AfP 1983, 282 – Tagesschausprecher.

35 OLG Hamburg 13.1.2004 – 7 U 41/03, ZUM 2004, 309 (310).

36 BGH 10.11.1961 – I ZR 78/60, GRUR 1962, 211 – Hochzeitsbild; BGH 26.1.1971 – VI ZR 95/70, NJW 1971, 698 (670) – Pariser Liebestropfen.

37 OLG Köln 6.3.2014 – 15 U 133/13, AfP 2015, 347 (348); LG Köln 3.11.2004 – 28 O 731/03, AfP 2005, 81 (82); bestätigt von OLG Köln 17.5.2005 – 15 U 211/04, NJW 2005, 2554; vgl. BGH 29.9.2020 – VI ZR 476/19, AfP 2020, 488 (489) – G 20-Gipfel; BGH 26.7.1979 – VI ZR 108/78, GRUR 1979, 732 (733) – Fußballtor; KG 22.1.2015 – 10 U 134/14, AfP 2015, 249 (250); OLG Hamburg 6.1.1993 – 3 W 2/93, AfP 1993, 590 (591); OLG Stuttgart 2.4.2014 – 4 U 174/13, AfP 2014, 352 (353); OLG Hamburg 28.3.1991 – 3 U 262/90, NJW-RR 1992, 536; OLG München 21.12.1981 – 21 U 3951/81, AfP 1983, 276 (277).

38 Siehe dazu auch den Beitrag von *C. Schertz* in dieser Festschrift. Wie hier auch *A. Hoche*, Hat Obama Präsident Trump wirklich als Vollidiot bezeichnet?, IPRB 2020, 240 (241); *L. Kumkar/J. Rapp*, Deepfakes, ZfDR 2022, 199 (205); *T. Lantwin*, Strafrechtliche Bekämpfung missbräuchlicher Deep Fakes, MMR 2020, 78 (79); a.A. *F. Hartmann*, Der persönlichkeitsrechtliche Schutz von Deepfakes, K&R 2020, 350 (353), der aber folgerichtig einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht annimmt.

39 *Fricke* (Fn. 32) § 22 Rn. 8.

40 *Fricke* (Fn. 32) § 22 Rn. 9.

Ob eine Tathandlung nach § 22 S.1 KUG widerrechtlich ist, ergibt sich aus dem sog. abgestuften Schutzkonzept nach §§ 22, 23 KUG. Eine Handlung ist nach § 22 S.1 KUG nicht widerrechtlich, wenn sie mit der Einwilligung der betroffenen Person erfolgt (1. Stufe). Die Einwilligung ist aber nur insoweit wirksam, als dem Betroffenen Zweck, Art und Umfang der Veröffentlichung bekannt sind.⁴¹ Die Einwilligung in ein synthetisches Foto oder Video muss sich daher nicht nur auf die Aufnahme des Bildes oder Videos als solche beziehen, sondern auch auf deren konkrete Verwendung als synthetisches Medium. Gerichtsentscheidungen legen nahe, dass hieran strenge Anforderungen zu stellen sind. So umfasste die Einwilligung in die Veröffentlichung eines Nacktfotos in einem Biologieschulbuch nicht die Wiedergabe dieses Fotos in einem kritischen Fernsehbericht zur Sexualkunde.⁴² Eine Einwilligung zur Verwendung für kommerzielle Zwecke ist nach der Rechtsprechung ebenfalls gesondert zu erteilen.⁴³ Wer ein Foto auf seine Homepage stellt, willigt zwar stillschweigend in das Erscheinen des Fotos in Suchergebnisse⁴⁴ sowie in Verweise durch Hyperlinks ein, nicht aber darin, dass andere rechtsverletzend darauf zugreifen.⁴⁵

Liegt keine Einwilligung vor, kann die Verbreitung oder Zurschaustellung gleichwohl nach den Rechtfertigungstatbeständen des § 23 Abs. 1 KUG erlaubt sein (2. Stufe). § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG umfasst Bildnisse aus dem Bereich der Zeitgeschichte. Hierfür muss das Bildnis auch einem Informationsinteresse der Öffentlichkeit dienen.⁴⁶ Dieser Rechtfertigungsgrund kommt für synthetische Medien nur in Situationen in Betracht, in denen die Verfälschung des Originals einen eigenständigen Informationswert hat. Das setzt zwingend voraus, dass den Zuschauern die Manipulation bewusst

41 OLG Hamburg 28.6.2011 – 7 U 39/11, AfP 2012, 166 (167); OLG München 13.1.2009 – 18 U 4520/08, ZUM 2009, 429; OLG Karlsruhe 26.5.2006 – 14 U 27/05, ZUM 2006, 568 (570); KG 19.12.2017 – 10 W 163/17, ZUM 2018, 191.

42 BGH 22.1.1986 – VI ZR 28/83, NJW 1985, 1617 (1619) – Nacktfoto.

43 BGH 8.5.1956 – I ZR 62/54, GRUR 1956, 427 (428) – Paul Dahlke; OLG Frankfurt a. M. 28.2.1986 – 6 U 30/85, GRUR 1986, 614 – Ferienprospekt; ähnlich LG Berlin 28.9.2008 – 27 O 870/07, AfP 2009, 517 (518); OLG Köln 5.11.2013 – 15 U 44/13, AfP 2014, 151 (152).

44 LG Hamburg 16.6.2010 – 325 O 448/09, AfP 2010, 606 (607); LG Hamburg 12.4.2011 – 310 O 201/10, ZUM-RD 2011, 503 (504).

45 Fricke (Fn. 32) § 22 Rn. 17; J. von Strobl-Albeg, in: Burkhardt/Gamer/Peifer/von Strobl-Albeg (Hrsg.), Wenzel, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung – Handbuch des Äußerungsrechts, 6. Aufl., Köln 2018, Rn. 7.188.

46 Vgl. BGH 29.10.2009 – I ZR 65/07, GRUR 2010, 546 (547) – Der strauchelnde Liebling; BGH 28.11.2010 – I ZR 119/08, GRUR 2011, 647 (649) – Markt & Leute; BGH 31.5.2012 – I ZR 234/10, NJW 2013, 793 – Playboy am Sonntag.

gemacht wird. Veröffentlicht etwa eine auf Vermisstenfälle spezialisierte Fernsehsendung das Bild einer seit Jahren vermissten Person, welches an das mögliche Aussehen dieser Person zum Zeitpunkt der Veröffentlichung angepasst wurde, dann dient dies grundsätzlich dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit. Diese Funktion kann die Veröffentlichung allerdings nur erfüllen, wenn darauf hingewiesen wird, dass es sich um ein verändertes Bildnis handelt.

Erlaubt sind nach § 23 Abs. 1 Nr. 3 KUG grundsätzlich auch Bilder von Versammlungen, Aufzügen und ähnlichen Vorgängen, an denen die dargestellten Personen teilgenommen haben. Ein synthetisches Foto oder Video müsste daher in seinem Schwerpunkt die Versammlung als solche betreffen. Unzulässig wäre es hingegen, einzelne Personen besonders hervorzuheben. Nicht unter diese Norm fallen hingegen synthetische Medien, die fälschlicherweise suggerieren, dass eine bestimmte Versammlung stattgefunden hätte. Ein Beispiel hierfür ist ein von einer politischen Partei verwendetes Plakat, auf dem ein KI-generiertes Bild einer vermeintlichen Versammlung geflüchteter Personen abgedruckt war.⁴⁷

Selbst wenn eine dieser Schranken des § 23 Abs. 1 KUG einschlägig ist, erstreckt sich die Befugnis gemäß § 23 Abs. 2 KUG nicht auf eine Verbreitung und Zurschaustellung, durch die ein berechtigtes Interesse des Abgebildeten verletzt wird. Die Prüfung dieser 3. Stufe erfordert somit eine Abwägung zwischen dem Interesse des Betroffenen und dem von dem Handelnden wahrgenommenen Interesse.⁴⁸ Hierfür ist etwa danach zu fragen, ob die Veröffentlichung synthetischer Medien erforderlich ist, um die Authentizität eines Berichts zu belegen⁴⁹ und inwieweit das Bildnis Informationswert hat.⁵⁰ Von einer Bewertung als „wertvoll“ oder „unseriös“ haben Gerichte – jedenfalls nach deutschem Verständnis – jedoch abzusehen.⁵¹ Der EGMR legt insofern allerdings etwas strengere Maßstäbe an. Der

47 Siehe dazu C. Reveland/P. Siggelkow, KI-generierte Desinformation auf dem Vormarsch. <https://www.tagesschau.de/faktenfinder/ki-desinformation-fakes-101.html> (zuletzt abgerufen am 6.2.2024).

48 Vgl. BGH 26.10.2006 – I ZR 182/04, GRUR 2007, 139 (141) – Rücktritt des Finanzministers; BGH 11.3.2009 – I ZR 8/07, GRUR 2009, 1085 – Wer wird Millionär; BGH 18.11.2010 – I ZR 119/08, GRUR 2011, 647 (648) – Markt & Leute.

49 Vgl. BVerfG 26.2.2008 – 1 BvR 1602/07, NJW 2008, 1793 Rn. 68 – Caroline von Hannover; BGH 28.10.2008 – VI ZR 307/07, NJW 2009, 757 Rn. 39 – Karsten Speck.

50 BGH 19.6.2007 – VI ZR 12/06, GRUR 2007 899 (901) – Grönemeyer; vgl. auch BVerfG 26.2.2008 – 1 BvR 1602/07, NJW 2008, 1793 Rn. 68 – Caroline von Hannover.

51 BVerfG 26.2.2008 – 1 BvR 1626/07, GRUR 2008, 539 (541) – Caroline von Hannover.

Straßburger Gerichtshof verurteilt „Presseberichte, die sich auf sensationelle und reißerische Neuigkeiten konzentrieren, um Aufsehen zu erregen und zu unterhalten und die Neugier einer bestimmten Leserschaft an Einzelheiten des Privatlebens einer Person zu befriedigen“;⁵² und differenziert selbstbewusst danach, welche Beiträge der „Bildung“ dienen, und welche nur der „Unterhaltung“.⁵³

2. Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht absorbiert verschiedene Persönlichkeitsinteressen. So wird das Recht am eigenen Bild zwar – wie eben dargestellt – vom KUG geschützt, dieses erfasst aber nur die Verbreitung und öffentliche Zurschaustellung von Bildnissen. Die nicht-öffentliche Zurschaustellung und insbesondere die Herstellung von Bildnissen – und damit auch die Anfertigung synthetischer Medien – unterfallen demgegenüber nicht dem KUG, betreffen aber gegebenenfalls das allgemeine Persönlichkeitsrecht.⁵⁴

Von zentraler Bedeutung für synthetische Medien ist die Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, wonach einer Person keine Äußerungen untergeschoben werden dürfen, die sie nicht getätigt hat.⁵⁵ Dieses Recht lässt sich in verschiedene Kategorien aufteilen. In Anlehnung an die *Soraya*-Entscheidung wäre etwa das Recht auf Privatheit dann betroffen, wenn ein synthetisches Video ein Interview mit einer bekannten Person über deren Privatleben fingiert.⁵⁶ Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt aber auch gegen das Unterschieben nicht getätigter Äußerungen, die weder ehrenrührig sind noch das Privatleben betreffen. Dies ist von besonderer Bedeutung für den politischen Raum. Ein Beispiel hierfür aus der „analogen Welt“ ist der Fall *Eppler*, über den das BVerfG im Jahr 1980 zu entscheiden hatte.⁵⁷ Der politische Gegner zitierte damals den SPD-Politiker Erhard

52 EGMR 10.5.2011 – 48009/08, NJW 2012, 747 (750) – Mosley/Vereinigtes Königreich; vgl. EGMR 24.6.2004 – 59320/00 – von Hannover/Deutschland; EGMR 23.7.2009 – 12268/03, BeckRS 2009, 141942 – Hachette Filipacchi Associés (“Ici Paris”)/Frankreich.

53 EGMR 10.5.2011 – 48009/08, NJW 2012, 747 (753) – Mosley/Vereinigtes Königreich.

54 Vgl. Fricke (Fn. 32), § 22 Rn. 9.

55 Grundlegend BVerfG 14.2.1973 – 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269 – Soraya; vgl. BVerfG 3.6.1980 – 1 BvR 185/77, BVerfGE 54, 148 – Eppler.

56 BVerfG 14.2.1973 – 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269 (282 f.) – Soraya.

57 BVerfG 3.6.1980 – 1 BvR 185/77, BVerfGE 54, 148 (155) – Eppler.

Eppler mit den Worten, Eppler wolle „die Belastbarkeit der Wirtschaft prüfen“. Eppler bestritt, diese Äußerung jemals getätigt zu haben. Heute wäre eine solche Äußerung mithilfe von KI leicht visuell darstellbar, wie man am Beispiel des Deepfake-Videos über ZDF-Moderator Christian Sievers sehen konnte.⁵⁸ Ein solches Video kann weitreichende Implikationen haben; man stelle sich vor, wenige Tage vor der Bundestagswahl geisterte ein täuschend echtes Video durch das Netz, in dem eine Kanzlerkandidatin im privaten Kreis scheinbar zugibt, dass sie nicht vorhabe, ihre Wahlversprechen einzulösen. In Texas und in Kalifornien existiert bereits Gesetzgebung, die es verbietet, innerhalb eines bestimmten Zeitraums vor einer Wahl Deepfake-Videos herzustellen oder zu versenden, um damit die Wahlentscheidung zu beeinflussen.⁵⁹

Als „Rahmenrecht“ erfordert das allgemeine Persönlichkeitsrecht eine Abwägung zwischen dem Recht des Betroffenen auf Schutz seiner Persönlichkeitsrechte und der Kommunikationsfreiheit. Zunächst ist danach zu fragen, inwieweit die streitgegenständliche Information eine Person des öffentlichen Lebens betrifft⁶⁰ und zu einer Debatte von allgemeinem Interesse beiträgt.⁶¹ Ein besonders wichtiges Abwägungskriterium ist der Wahrheitsgehalt der Information selbst. Wahre Tatsachenbehauptungen muss der Betroffene in der Regel hinnehmen, auch wenn sie für ihn nachteilig sind.⁶² Grundsätzlich hat nämlich niemand ein Recht darauf, nur nach den eigenen Vorstellungen dargestellt zu werden.⁶³ Allerdings kann auch die Erhebung oder Verbreitung einer wahren Information die Persönlichkeit verletzen, wenn sie einen Schaden anzurichten droht, der außer Verhältnis

58 Dazu <https://www.zdf.de/nachrichten/politik/politik-sievers-ki-fake-102.html>.

59 Section 255.004 Texas Election Code; Section 20010 California Elections Code.

60 Siehe z.B. BGH 9.II.1965 – VI ZR 276/64, NJW 1966, 245 – Literaturlexikon; BGH 2.5.2017 – VI ZR 262/16, NJW-RR 2017, 1516 Rn. 30 – Tim Bendzko; EGMR 23.5.1991 – 11662/85, BeckRS 1991, 120096 – Oberschlick/Österreich; EGMR 10.7.2014 – 48311/10, NJW 2015, 1501 – Axel Springer AG/Deutschland.

61 Siehe z.B. BVerfG 15.I.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 (212) – Lüth; BGH 22.12.1959 – VI ZR 175/58, BGHZ 31, 308 (312) – Alte Herren; EGMR 24.6.2004 – 59320/00, BeckRS 2004, 6032 – von Hannover/Deutschland; BVerfG 26.2.2008 – 1 BvR 1602/07, BVerfGE 120, 180 – Karhuvaara und Iltalehti/Finnland.

62 Vgl. BVerfG 24.3.1998 – 1 BvR 131/96, BVerfGE 97, 391 (403) – Missbrauchsbeziehung; BVerfG 29.6.2016 – 1 BvR 3487/14, NJW 2016, 3362 Rn. 14 – Schleppende Zahlungsmoral; BGH 9.2.2010 – VI ZR 243/08, NJW 2010, 2432 Rn. 16 – Spiegel-Dossier.

63 BVerfG 26.6.1990 – 1 BvR 776/84, BVerfGE 82, 236 (269) – Schubart; BVerfG 14.9.2010 – 1 BvR 1842/08, NJW 2011, 740 Rn. 56 – Charlotte Casiraghi; BGH 5.II.2013 – VI ZR 304/12, BGHZ 198, 346 Rn. 14 – Jauch.

zu dem Interesse daran besteht, die Informationen zu verbreiten.⁶⁴ Hier ist insbesondere von Bedeutung, inwieweit die Information das Privat- oder gar das Intimleben betrifft.⁶⁵ Unrichtige Information hingegen ist nach dem BVerfG „unter dem Blickwinkel der Meinungsfreiheit kein schützenswertes Gut, weil sie der verfassungsrechtlich vorausgesetzten Aufgabe zutreffender Meinungsbildung nicht dienen“ könne.⁶⁶ Im Hinblick auf die Rundfunkfreiheit weist das Gericht zudem darauf hin, dass „[f]reie Meinungsbildung [...] nur in dem Maß gelingen [wird], wie der Rundfunk seinerseits frei, umfassend und wahrheitsgemäß informiert.“⁶⁷ Unsere Rechtsordnung steht unrichtigen Aussagen daher ablehnend gegenüber. Dies spielt für synthetische Medien eine ganz erhebliche Rolle, da ihnen die mögliche Unwahrheit der betreffenden Information schon begrifflich innewohnt. Sie betreffen Sachverhalte, die – jedenfalls in dieser Form – nicht bewiesen sind. Auch insoweit ist daher festzustellen, dass der Hinweis auf die Manipulation notwendige Bedingung für die Verwendung synthetischer Medien im Journalismus ist.

Besonders problematisch sind Äußerungen, die sich zwar als unwahr erwiesen haben, der Kommunizierende aber die Unwahrheit der Äußerung nicht kannte. Dies kann Fälle betreffen, in denen ein journalistisches Medium – etwa ein Radio- oder Fernsehsender – Material ausstrahlt, das sich im Nachhinein als „Deepfake“ erweist. Hier kommt es wiederum entscheidend auf die Wahrung von Sorgfaltspflichten an: Maßgebliche Bedeutung wird der Frage zukommen, inwieweit journalistische Medien Deepfakes als solche erkennen können und gegebenenfalls verbleibende Zweifel an der Echtheit kommunizieren. Im Lichte der Presse- bzw. Medienfreiheit dürfen die Sorgfaltsanforderungen an journalistische Medien aber auch nicht überspannt werden.

64 Vgl. BVerfG 24.3.1998 – 1 BvR 131/96, BVerfGE 97, 391 (403 f.) – Missbrauchsbezeichnung; BVerfG 10.11.1998 – 1 BvR 1531/96, BVerfGE 99, 185 (197) – Scientology; BGH 24.1.2006 – XI ZR 384/03, NJW 2006, 830 Rn. 103 – Kirch/Breuer; BGH 16.12.2014 – VI ZR 39/14, NJW 2015, 773 Rn. 21 – „Scharlatanerieprodukt“.

65 Siehe z.B. BVerfG 26.8.2003 – 1 BvR 2243/02, NJW 2004, 589 (590) – Haarfarbe des Bundeskanzlers; BGH 23.6.2009 – VI ZR 196/08, BGHZ 181, 328 Rn. 30 f. – spickmich.de; EGMR 24.6.2004 – 59320/00, NJW 2004, 2647 – von Hannover/Deutschland; EGMR 12.1.2017 – 19382/08, BeckRS 2017, 163607 – Lykin/Ukraine.

66 BVerfG 14.2.1973 – 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269 (283) – Soraya; BVerfG 3.6.1980 – 1 BvR 797/78, BVerfGE 54, 208 (219) – Böll; BVerfG 13.4.1994 – 1 BvR 23/94, BVerfGE 90, 241 (247) – „Auschwitzlüge“.

67 BVerfG 22.2.1994 – 1 BvL 30/88, BVerfGE 90, 60 (87) – 8. Rundfunkentscheidung (Rundfunkgebühren).

3. Datenschutzrecht

Ist eine Person in synthetischen Medien identifizierbar, handelt es sich hierbei um ein personenbezogenes Datum – genauer: um eine personenbezogene Information⁶⁸ – i.S.d. Art. 4 Nr. 1 DSGVO.⁶⁹ Eine Person ist in synthetischen Medien bspw. dann identifizierbar, wenn ihr Name genannt wird, ihr Gesicht⁷⁰ oder ihre Stimme⁷¹ erkennbar ist. Auf die Richtigkeit bzw. Wahrhaftigkeit der Information kommt es für das Datenschutzrecht nicht an.⁷²

Im Hinblick auf synthetische Medien kommen mehrere Verarbeitungsvorgänge i.S.d. Art. 4 Nr. 2 DSGVO in Betracht.⁷³ So kann beispielsweise die Sammlung der für die KI verwendeten Trainingsdaten bereits eine Verarbeitung personenbezogener Daten darstellen. Weitere Verarbeitungen liegen dann in der Herstellung, Speicherung und Verbreitung des synthetischen Mediums. Für eine wirksame datenschutzrechtliche Einwilligung in die Herstellung eines synthetischen Mediums gelten die strengen Anforderungen des Datenschutzrechts.⁷⁴

Allerdings ist das sog. Medienprivileg⁷⁵ nach Art. 85 Abs. 2 DSGVO dann einschlägig, wenn personenbezogene Daten „zu journalistischen Zwecken“ verarbeitet werden. In diesem Fall greifen die – im Vergleich zur DSGVO – weniger einschneidenden Anforderungen und Ansprüche nach § 12 bzw.

68 Zu dieser Unterscheidung J. Oster, „Information“ und „Daten“ als Ordnungsbegriffe des Rechts der Digitalisierung, JZ 2021, 167 (170 f.).

69 Kumkar/Rapp ZfDR 2022, 199 (212).

70 M. Arning/T. Rothkegel, in: J. Taeger/D. Gabel (Hrsg.), DSGVO – BDSG – TTDSG, 4. Aufl., Frankfurt am Main 2022, Art. 4 DSGVO Rn. 29.

71 H. Schild, in: H. Wolff/S. Brink/A. von Ungern-Sternberg (Hrsg.): BeckOK Datenschutzrecht, München, Stand: 1.II.2023, Art. 4 DS-GVO Rn. 141c.

72 A. Klabunde, in: E. Ehmann/M. Selmayr (Hrsg.), DS-GVO, 2. Aufl., München 2018, Art. 4 Rn. 9.

73 Vgl. Hoche IPRB 2020, 240 (242).

74 Dazu etwa Europäischer Datenschutzausschuss, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, angenommen am 4.5.2020.

75 Kritisch zu dem Begriff auch C. Eberle, Medien und Datenschutz, MMR 2008, 508 (510); A. Lauber-Rönsberg, in: H. Wolff/S. Brink/A. von Ungern-Sternberg (Hrsg.): BeckOK Datenschutzrecht, München, 46. Edition, Stand: 1.II. 2022, Art. 85 DS-GVO Rn. 41; M. Cornils, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, Tübingen 2018, S. 23; R. Binder, Rechtsfragen zum Datenschutz und zur Datenschutzaufsicht im Rundfunk – Teil 1, AfP 2022, 93 (94); D. Westphal/A. Keller, in: J. Taeger/ D. Gabel, DSGVO – BDSG – TTDSG, 4. Aufl., Frankfurt am Main 2022, Art. 85 DSGVO Rn. 20; A. Dix, in: S. Simitis, Bundesdatenschutzgesetz, 8. Aufl., Baden-Baden 2014, § 41 BDSG, Rn. 1.

§ 23 MStV. Der Begriff des „Journalismus“ ist in einem gemischt formal-funktionellen Sinne zu verstehen.⁷⁶ Abzustellen ist nicht allein darauf, ob die betreffende Person oder Organisation einer traditionellen journalistischen Tätigkeit nachgeht oder einen Presseausweis besitzt (so der formale Journalismusbegriff als „Begriffskern“ des Journalismus). Zu fragen ist vielmehr danach, ob die Person oder Organisation in der Sache journalistisch tätig ist. Dies wird zum einen dadurch indiziert, dass sie grundsätzlich regelmäßig Beiträge zu Angelegenheiten von öffentlichem Interesse an einen unbestimmten Personenkreis veröffentlicht. Zum anderen ist aber auch danach zu fragen, inwieweit hierbei gewisse Mindeststandards verantwortungsvoller Recherche und Publikation beachtet werden.⁷⁷ Dieses Kriterium ist nicht unumstritten,⁷⁸ ergibt sich aber aus einer menschenrechtskonformen Auslegung des Art. 85 Abs. 2 DSGVO.⁷⁹ Art. 10 Abs. 2 EMRK sieht bestimmte Einschränkungen vor, die deswegen gelten („daher“), weil die Ausübung der Kommunikationsfreiheit mit „Pflichten und Verantwortung“ („duties and responsibilities“) verbunden ist. Die Wahrung journalistischer Sorgfaltspflichten ist ein elementarer Bestandteil der Abwägungsentscheidungen des EGMR zugunsten oder zulasten der Menschenrechtskonformität von Eingriffen in Art. 10 EMRK.⁸⁰ Erst die Wahrung der „Pflichten und Verantwortung“ rechtfertigt nach dem EGMR den besonderen Schutz journalistischer Medien. Medienfreiheit und die damit einhergehenden „Privilegien“ muss man sich nach der Konzeption des EGMR daher erst verdienen.⁸¹ Damit schließt sich der Kreis zu den journalistischen Sorgfaltspflichten: Die Medienfreiheit und die damit einhergehenden Rechte („Privilegien“) können nach der konsequentialistischen Konzeption des EGMR

76 J. Oster, *European and International Media Law*, Cambridge 2017, S. 10 ff.

77 Ausf. J. Oster, *Media Freedom as a Fundamental Right*, Cambridge 2015, S. 61 ff. m.w.N.; Oster, *European and International Media Law* (Fn. 76), S. 11 f.; vgl. EuGH 14.2.2019 – C-345/17, NJW 2019, 2451 – Buivids.

78 Ablehnend etwa M. Cornils, in: H. Gersdorf/B. Paal, BeckOK InfoMedienR, München, 42. Edition, Stand: 1.2.2021, Art. 85 DS-GVO Rn. 71.

79 Zur Bedeutung des Art. 10 EMRK für die Auslegung des Art. 11 EUGRCh siehe Art. 52 Abs. 3 Satz 1 EUGRCh und die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte (2007/C 303/02), ABL C 303/17, S. 21 sowie S. 33.

80 Statt sehr vieler EGMR, 23.9.1994 – 15890/89, BeckRS 1994, 124509 – Jersild/Dänemark; EGMR 20.5.1999 – 21980/93, NJW 2000, 1015 – Bladet Tromsø und Stensaas/Norwegen; EGMR 10.7.2014 – 48311/10, NJW 2015, 1501 – Axel Springer AG/Deutschland.

81 Oster, *Media Freedom as a Fundamental Right* (Fn. 77), S. 25.

nur dann zu einer demokratischen Gesellschaft beitragen, wenn mit ihnen verantwortlich umgegangen wird.⁸²

IV. Aktuelle Entwicklungen auf europäischer Ebene

Weitere Rahmenbedingungen, die für die Verwendung synthetischer Medien im Journalismus von Bedeutung sein können, zeichnen sich durch aktuelle rechtspolitische Entwicklungen auf europäischer Ebene ab. An dieser Stelle sollen nur zwei Rechtssetzungsakte hervorgehoben werden, die für synthetische Medien unmittelbar bedeutsam sind: die KI-Verordnung sowie das „Gesetz über digitale Dienste“ (Digital Services Act, DSA). Weitere Regelwerke werden für synthetische Medien zumindest mittelbar bedeutsam sein, sofern sie nämlich die Verwendung und den Zugang zu Daten und die Medienregulierung allgemein betreffen: das „Datengesetz“ (Data Act) und das „Europäische Medienfreiheitsgesetz“ (European Media Freedom Act, EMFA).

1. KI-VO

Die KI-Verordnung⁸³ der EU enthält harmonisierte Vorschriften für die Entwicklung, das Inverkehrbringen und die Verwendung von KI-Systemen in der EU. Zusätzlich zu den allgemeinen Anforderungen der KI-VO⁸⁴ enthält deren Titel IV für einige KI-Systeme besondere Transparenzpflichten. Dies schließt – dort als solche bezeichnete – „Deepfakes“ mit ein. Art. 50 KI-VO sieht Transparenzpflichten für Anbieter und Betreiber⁸⁵ bestimmter

82 Zum konsequentialistischen Verständnis der Medienfreiheit *Oster*, *Media Freedom as a Fundamental Right* (Fn. 77), S. 33 und 54; grundlegend zur demokratieorientierten Konzeption der Kommunikationsfreiheiten durch den EGMR 7.12.1976 – 54993/72, BeckRS 1976, 107942 – Handyside/Vereinigtes Königreich.

83 Gesetz über Künstliche Intelligenz, hier zitiert in der Fassung der Legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments vom 13. März 2024 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)), P9_TA(2024)0138.

84 Gemäß Art. 50 Abs. 6 KI-VO bleiben diese in Titel III der Verordnung festgelegten Anforderungen und Pflichten von Titel IV unberührt.

85 „Betreiber“ ist gemäß Art. 3 Nr. 4 KI-VO „eine natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder sonstige Stelle, die ein KI-System in eigener Verantwortung

KI-Systeme vor. Gemäß Art. 3 Nr. 3 KI-VO ist „Anbieter“ eine natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder sonstige Stelle, die ein KI-System⁸⁶ oder ein KI-Modell mit allgemeinem Verwendungszweck⁸⁷ entwickelt oder entwickeln lässt und es unter ihrem eigenen Namen oder ihrer Handelsmarke in Verkehr bringt⁸⁸ oder das KI-System unter ihrem eigenen Namen oder ihrer Handelsmarke in Betrieb nimmt⁸⁹, sei es entgeltlich oder unentgeltlich. „Betreiber“ ist gemäß Art. 3 Nr. 4 KI-VO „eine natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder sonstige Stelle, die ein KI-System in eigener Verantwortung verwendet, es sei denn, das KI-System wird im Rahmen einer persönlichen und nicht beruflichen Tätigkeit verwendet“.

Art. 50 Abs. 2 KI-VO adressiert Anbieter von KI-Systemen, die synthetische Audio-, Bild-, Video- oder Textinhalte erzeugen. Diese müssen sicherstellen, dass die Ergebnisse des KI-Systems in einem maschinenlesbaren Format gekennzeichnet und als künstlich erzeugt oder manipuliert erkennbar sind. Entsprechende Techniken sind etwa sog. digitale Wasserzeichen, Metadatenidentifizierungen, kryptografische Methoden zum Nachweis der Herkunft und Authentizität des Inhalts, Protokollierungsmethoden, Fin-

verwendet, es sei denn, das KI-System wird im Rahmen einer persönlichen und nicht beruflichen Tätigkeit verwendet“.

86 Gemäß Art. 3 Nr. 1 KI-VO bezeichnet der Ausdruck „KI-System“ „ein maschinengestütztes System, das für einen in wechselndem Maße autonomen Betrieb ausgelegt ist, das nach seiner Einführung anpassungsfähig sein kann und das aus den erhaltenen Eingaben für explizite oder implizite Ziele ableitet, wie Ergebnisse wie etwa Vorhersagen, Inhalte, Empfehlungen oder Entscheidungen hervorgebracht werden, die physische oder virtuelle Umgebungen beeinflussen können“.

87 Gemäß Art. 3 Nr. 63 KI-VO ist ein KI-Modell mit allgemeinem Verwendungszweck „ein KI-Modell – einschließlich der Fälle, in denen ein solches KI-Modell mit einer großen Datenmenge unter umfassender Selbstüberwachung trainiert wird –, das eine erhebliche allgemeine Verwendbarkeit aufweist und in der Lage ist, unabhängig von der Art und Weise seines Inverkehrbringens ein breites Spektrum unterschiedlicher Aufgaben kompetent zu erfüllen, und das in eine Vielzahl nachgelagerter Systeme oder Anwendungen integriert werden kann, ausgenommen KI-Modelle, die vor ihrer Markteinführung für Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten oder die Konzipierung von Prototypen verwendet werden“.

88 Inverkehrbringen ist nach Art. 3 Nr. 9 KI-VO „die erstmalige Bereitstellung eines KI-Systems oder eines KI-Modells mit allgemeinem Verwendungszweck auf dem Unionsmarkt“.

89 Inbetriebnahme ist gemäß Art. 3 Nr. 1 KI-VO „die Bereitstellung eines KI-Systems durch den Anbieter in der Union zum Erstgebrauch direkt an den Betreiber oder zum Eigengebrauch entsprechend seiner Zweckbestimmung“.

gerabdrücke oder eine Kombination solcher Techniken.⁹⁰ Diese Transparenzpflicht gilt u.a. dann nicht, wenn die Verwendung zur Aufdeckung, Verhütung, Ermittlung und Verfolgung von Straftaten gesetzlich zugelassen ist. Art. 50 Abs. 4 KI-VO verpflichtet demgegenüber Betreiber eines KI-Systems, das Bild-, Ton- oder Videoinhalte erzeugt oder manipuliert, die ein „Deepfake“ sind. Art. 3 Nr. 60 KI-VO definiert „Deepfake“ als „einen durch KI erzeugten oder manipulierten Bild-, Ton- oder Videoinhalt, der wirklichen Personen, Gegenständen, Orten oder anderen Einrichtungen oder Ereignissen ähnelt und einer Person fälschlicherweise als echt oder wahrheitsgemäß erscheinen würde“. Diese Betreiber müssen grundsätzlich offenlegen, dass die Inhalte künstlich erzeugt oder manipuliert wurden.

Erst eine Legislative EntschlieÙung des Europäischen Parlaments führte Art. 50 Abs. 2 KI-VO in die KI-VO ein und änderte Art. 50 Abs. 4 KI-VO erheblich. Dies macht sich an redaktionellen Inkonsistenzen bemerkbar: So verweist die Überschrift des Art. 50 KI-VO weiterhin auf „Nutzer“, die Vorschrift bezieht sich allerdings stattdessen nunmehr auf „Betreiber“. Auch überzeugt nicht, warum nur solche Anbieter von KI-Systemen, die synthetische Audio-, Bild-, Video- oder Textinhalte „erzeugen“, der Transparenzpflicht des Absatzes 2 unterfallen, nicht aber die Anbieter solcher Systeme, die entsprechende Textinhalte – im Sinne des Absatzes 4 – „manipulieren“. Rechtspolitisch lässt sich zudem darüber streiten, warum *Anbieter* jeglicher KI-Systeme die synthetische Medien produzieren können, einer Transparenzpflicht unterliegen (Absatz 2), *Betreiber* solcher Systeme hingegen nur dann, wenn sie damit einen „Deepfake“ produzieren. Dies schafft ein unnötiges Abgrenzungsproblem: Wann genau erscheint ein Inhalt einer Person „fälschlicherweise als echt oder wahrheitsgemäß“, sodass es einen „Deepfake“ begründet?

Von diesen handwerklich-redaktionellen Mängeln abgesehen, sind Art. 50 Abs. 2 und 4 KI-VO in der Fassung, die sie durch das Europäische Parlament erfahren haben, ausdrücklich zu begrüßen. Indem Absatz 2 bereits die Anbieter entsprechender Systeme in die Pflicht nimmt, technische Lösungen zu integrieren, schafft sie eine „transparency by design“ beim „cheapest cost avoider“. Die Entwurfsfassung des Art. 50 Abs. 4 KI-VO – seinerzeit noch Art. 52 Abs. 3 KI-VO-E – schloss die Transparenzpflicht unter anderem dann aus, wenn die Verwendung des „Deepfakes“ für die Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäußerung erforderlich ist und geeignete Schutzvorkehrungen für die Rechte Dritter bestehen. Diese For-

90 Erwägungsgrund 133 der KI-VO.

mulierung war problematisch, denn dass Journalisten synthetische Medien nur dann verwenden, wenn dies zur Ausübung ihrer Medienfreiheit erforderlich ist, folgt bereits aus der oben dargestellten journalistischen Sorgfaltspflicht. Stattdessen hätte die Transparenzpflicht allein in den seltenen Fällen ausgeschlossen sein dürfen, in denen dieser Ausschluss der Transparenzpflicht – und nicht bereits die Verwendung des „Deepfakes“ – zur Ausübung der genannten Rechte erforderlich ist.

In Art. 50 Abs. 4 KI-VO in der Fassung der Legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments ist der Ausschluss der Transparenzpflicht nunmehr weitgehend entfallen. Die Transparenzpflicht gilt nicht, wenn die Verwendung des Deepfakes zur Aufdeckung, Verhütung, Ermittlung und Verfolgung von Straftaten gesetzlich zugelassen ist. Ist der Inhalt Teil eines offensichtlich künstlerischen, kreativen, satirischen, fiktionalen analogen Werks oder Programms, so beschränkt sich die Transparenzpflicht darauf, das Vorhandensein solcher erzeugten oder manipulierten Inhalte in geeigneter Weise offenzulegen, die die Darstellung oder den Genuss des Werks nicht beeinträchtigt.⁹¹ Im Umkehrschluss gilt, dass die Verwendung des synthetischen Mediums zu journalistischen Zwecken weiterhin der Transparenzpflicht unterliegt. Dies gilt ausweislich des durch das Europäische Parlament eingefügten UAbs. 2 des Absatzes 4 auch für KI-generierte oder -manipulierte Texte, die veröffentlicht werden, um die Öffentlichkeit über Angelegenheiten von öffentlichem Interesse zu informieren, es sei denn, die Texte sind einem Verfahren der menschlichen Überprüfung unterzogen worden und unterliegen einer redaktionellen Verantwortung. Dieser Ansatz ist richtig. Zwar kann die Herstellung und Veröffentlichung von synthetischen Medien Teil der journalistischen Aufgabe sein, zu Angelegenheiten von öffentlichem Interesse beizutragen. Dann ist es aber auch Teil journalistischer Verantwortung, darauf hinzuweisen, dass der Inhalt mittels KI generiert wurde.⁹²

91 Siehe dazu auch Erwägungsgrund 134 KI-VO.

92 So auch *Bomhard/Merkle*, RDİ 2021, 276 (282); nicht weitreichend genug daher Unterrichtung der *Enquete-Kommission Künstliche Intelligenz*, Gesellschaftliche Verantwortung und wirtschaftliche, soziale und ökologische Potenziale, BT-Drucks. 19/23700, S. 449: eine Kennzeichnung KI-generierter Inhalte – hier: Texte – sei „wünschenswert“.

2. Digital Services Act

Der seit dem 17.2.2024 geltende DSA⁹³ enthält nur eine Regelung, die als ausdrückliche Bezugnahme auf synthetische Bilder verstanden werden kann.⁹⁴ Stellen Anbieter sehr großer Online-Plattformen oder sehr großer Online-Suchmaschinen i.S.d. Art. 33 Abs. 1 DSA sog. systemische Risiken fest, die sich aus der Konzeption oder dem Betrieb ihrer Dienste ergeben (Art. 34 Abs. 1 DSA), müssen sie nach Art. 35 DSA wirksame Risikominde-rungsmaßnahmen treffen. Nach Art. 35 Abs. 1 Satz 2 lit. k DSA kann hierzu auch eine Kennzeichnungspflicht für manipulierte Bild-, Ton- oder Video-inhalt gehören. Für die Bekämpfung rechtswidriger synthetischer Bilder ist aber vor allem die für Hosting-Provider geltende Verpflichtung gemäß Art. 16 DSA, ein Verfahren zur Meldung rechtswidriger Inhalte einzuführen („notice-and-action“), von Bedeutung. Der Begriff der „rechtswidrigen Inhalte“ (Art. 3 lit. h DSA) umfasst etwa auch Verstöße gegen das Urheberrecht oder die rechtswidrige Weitergabe privater Bilder ohne Zustimmung.⁹⁵ Verstößt der Anbieter oder Betreiber synthetischer Medien gegen die Kennzeichnungspflicht nach Art. 50 KI-VO, dürften die Medieninhalte ebenfalls als „rechtswidrige Inhalte“ i.S.d. Art. 3 lit. h DSA zu qualifizieren sein.

Für sog. vertrauenswürdige Hinweisgeber (engl. „trusted flaggers“) sieht Art. 22 DSA eine priorisierte Behandlung im Rahmen des Melde- und Abhilfeverfahren vor. Zu erwägen ist, den Gedanken des „trusted flaggers“ auf authentifizierte bzw. verifizierte Medieninhalte – gleichsam als „trusted content“ – zu übertragen. Mit entsprechendem Verifizierungssymbol versehene Inhalte könnten im Rahmen der Inholdemoderation durch Plattformen privilegiert werden.⁹⁶ Den Gedanken des „trusted content“ greift Art. 18 EMFA auf. Danach müssen sehr große Online-Plattformen eine Funktion bereithalten, die es Mediendienstanbietern (Art. 2 Nr. 2 EMFA) ermöglicht, sich als solche erkennbar zu machen. Die Mediendienstanbie-

93 Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.10.2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste), ABL EU L 277/1.

94 Ein Regelungsvorschlag des Europäischen Parlaments, eine explizite Regelung in Bezug auf „Deepfakes“ in den DSA aufzunehmen (Europäisches Parlament 2022, Abänderung 339), wurde nicht in die endgültige Fassung des DSA übernommen.

95 Erwägungsgrund 11 Satz 4 DSA.

96 Vgl. M. Husovec, Trusted content creators, LSE Law – Policy Briefing Paper No. 52, 2022, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4290917 (zuletzt abgerufen am 6.2.2024).

ter müssen auch erklären können, dass sie nur solche KI-generierte Inhalte bereitstellen, die von einem Menschen kontrolliert wurden. Inhalte von Mediendiensteanbietern, also insbesondere journalistische Inhalte, sollen danach privilegiert behandelt werden. Will eine sehr große Online-Plattform solche Inhalte entfernen, weil diese Inhalte mit den Plattform-AGB unvereinbar sind, dann haben die Beteiligten ein näher ausgestaltetes Verfahren durchzuführen.

V. Zusammenfassung und Ergebnis

Einmal mehr muss das Medienrecht Antworten auf eine aktuelle Entwicklung finden, so wie *Georgios Gounalakis* dies über Jahrzehnte vorgedacht hat. Die beiden Kernthesen dieses Beitrages sind, erstens, dass die Möglichkeiten KI-generierter Medieninhalte für den Journalismus begriffen werden, ohne dabei die Risiken herunterzuspielen. Im Hinblick auf diese Risiken sind, zweitens, die besonderen Sorgfaltsanforderungen zu beachten, die an die Verwendung synthetischer Bilder zu stellen sind. Bei synthetischen Bildern, die zu journalistischen Zwecken generiert werden, kommt daher der journalistischen Sorgfalt besondere Bedeutung zu. Synthetische Bilder haben nur dann einen Informationswert, wenn auf die Manipulation auch hingewiesen wird.

KI-Trainingsdaten und Urheberrecht

– Chancen und systeminduzierte Grenzen der KI-Verordnung

Boris Paal und Fabian Kieß*

I. Einleitung

„Pferdekutscher fanden es auch schlecht, dass Autos automatisiert fahren konnten und man keinen Kutscher mehr brauchte. Ähnlich, wenn man jetzt Illustrator ist.“ Mit dieser Äußerung positionierte sich Richard Socher, Gründer der KI-Suchmaschine *You.com*, zu den Beschwerden und Klagen von Künstlern, Grafikern und Autoren gegen die – aus ihrer Sicht – unangemessenen Entwicklungen betreffend das Training von Technologien Künstlicher Intelligenz (KI).¹ Bereits ein erster Blick lässt die Angreifbarkeit dieser provokanten Einlassung erkennen, da – anders als durch die Automobilindustrie im Verhältnis zur Kutscherbranche – der Output von KI auf der vorangehenden, massenhaften Verwendung von künstlerischen Werken zu Trainingszwecken aufsetzt.²

Zahlreiche internationale und nationale Verbände, wie etwa die US-amerikanische *Authors Guild*³ oder das *Netzwerk Autorenrechte*⁴, haben offene

* Prof. Dr. Boris Paal, M. Jur. (Oxford) ist Inhaber des Lehrstuhls für Law and Regulation of the Digital Transformation an der TU München, TUM School of Social Sciences and Technology, Department of Governance. Dr. Fabian Kieß war wissenschaftlicher Mitarbeiter am vorherigen Lehrstuhl Paal in Leipzig; zurzeit ist er Rechtsreferendar am Hanseatischen Oberlandesgericht.

- 1 J. Edelhoff/E. Özer/T. Soliman, Müssen Künstler und Autoren für KI entschädigt werden?, 23.6.2023, abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/digitales/kuenstliche-intelligenz-grafiker-autoren-urheberrechte-100.html> (zuletzt abgerufen am 30.6.2024).
- 2 N. Maamar, Urheberrechtliche Fragen beim Einsatz von generativen KI-Systemen, ZUM 2023, 481 (482); J. Pukas, KI-Trainingsdaten und erweiterte kollektive Lizenzen, GRUR 2023, 614.
- 3 The Authors Guild, Open Letter to Generative AI Leaders, 18.7.2023, abrufbar unter <https://authorsguild.org/app/uploads/2023/10/Authors-Guild-Open-Letter-to-Generative-AI-Leaders.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.6.2024).
- 4 Netzwerk Autorenrechte, Offener Brief zur Haltung Deutschlands zur geplanten KI-Grundverordnung, abrufbar unter <https://www.netzwerk-autorenrechte.de/docs/2023-11-21-NAR%20an%20BK%20BMWK%20DIG.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.6.2024).

Briefe an führende KI-Unternehmen und Regierungen adressiert, um – insbesondere – eine fair(er)e urheberrechtliche Partizipation von Kreativschaffenden an der Verwendung von KI-Trainingsdaten zu erreichen. In dieser Linie stehen auch prominente Gerichtsverfahren: So hat die Bildagentur *Getty Images* in den USA das KI-Unternehmen *Stability AI* verklagt, weil dieses über 12 Millionen Bilder zu Trainingszwecken des eigenen KI-Modells verwendet hatte.⁵ In Deutschland sorgt der Fall des Fotoproduzenten *Robert Kneschke* für Aufmerksamkeit, der gegen die Verwendung der von ihm geschaffenen Bilder im Datensatz *Laion-5B* vor dem Landgericht Hamburg vorgeht. Der Datensatz wird vom *LAION e.V.* quelloffen und kostenlos zum Training von KI-Bildgeneratoren zur Verfügung gestellt, worin *Kneschke* eine urheberrechtlich relevante Vervielfältigung i.S.d. § 16 Abs. 1 UrhG sieht.⁶ Ende 2023 wurde bekannt, dass die *New York Times* die Unternehmen *Microsoft* und *OpenAI* wegen Urheberrechtsverletzungen im Zusammenhang mit dem Training von KI-Software verklagt hat.⁷

Eine epochale Zäsur für die Wahrnehmung des disruptiven Innovationspotenzials von generativer KI markierte der Markteintritt des *OpenAI* Chatbots *ChatGPT*⁸ am 30. November 2022, der innerhalb von nur fünf Tagen bereits eine Million Nutzer aufweisen konnte. Eine Studie der US-Bank *Goldman Sachs* prognostizierte in der Folge, dass die Automatisierung von Arbeitsplätzen weltweit bis zu 300 Millionen Vollzeitarbeitsplätze betreffen könnte, mit dem Potenzial einer vollständigen Verdrängung eines Viertels davon durch KI-Anwendungen.⁹

Vor dem Hintergrund des inhärenten Spannungsfelds von Innovationspotenzialen auf der einen und fairer urheberrechtlicher Partizipation auf

5 *Getty Images (US), Inc. v. Stability AI, Inc.*, 1:23-cv-03223 (N.D. Cal.). Hierzu etwa *K. de la Durantaye*, „Garbage in, garbage out“ – Die Regulierung generativer KI durch Urheberrecht, ZUM 2023, 645.

6 *SLD*, Termin verlegt – Klage gegen LAION e.V. vor dem Landgericht Hamburg, abrufbar unter <https://www.sld-ip.com/blog/klage-gegen-laion-e-v/> (zuletzt abgerufen am 30.6.2024).

7 *M. Grynbaum/R. Mac*, The Times Sues OpenAI and Microsoft Over A.I. Use of Copyrighted Work, 27.12.2023, abrufbar unter <https://www.nytimes.com/2023/12/27/business/media/new-york-times-open-ai-microsoft-lawsuit.html>; United States District Court Southern District Of New York: Case 1:23-cv-11195.

8 GPT steht für „generative Pre-trained Transformer“.

9 *Goldman Sachs*, The Potentially Large Effects of Artificial Intelligence on Economic Growth, 26.3.2023, abrufbar unter <https://www.gspublishing.com/content/research/en/reports/2023/03/27/d64e052b-0f6e-45d7-967b-d7be35fabd16.html> (zuletzt abgerufen am 30.6.2024).

der anderen Seite, wird in diesem Beitrag untersucht, ob und inwieweit das Training von KI unter Verwendung von geschützten Werken eine urheberrechtlich relevante Verwertungshandlung darstellt – und welcher legislative Handlungs- und Anpassungsbedarf hieraus erwächst.¹⁰ Zu diesem Zweck wird ein besonderes Augenmerk auf der jüngst im Trilog-Verfahren beschlossenen KI-Verordnung¹¹ (KI-VO) liegen, um urheberrechtliche Chancen und Grenzen des dort verfolgten risikobasierten Ansatzes herauszuarbeiten.

Zunächst erfolgen eine Annäherung an den untersuchungsgegenständlichen KI-Begriff (hierzu II.), eine Darstellung des urheberrechtlichen Schutzes *de lege lata* in Europa und Deutschland (dazu III.) sowie die Bewertung der Implikationen durch die geplante KI-Verordnung (nachfolgend IV.), bevor die Ausführungen mit einem Fazit und Ausblick (dazu V.) schließen.

Dieser Beitrag ist in freundschaftlicher Verbindung *Georgios Gounalakis* zum 65. Geburtstag zugedacht; der Jubilar ist mit zahlreichen wegweisenden Veröffentlichungen – auch – zum Urheberrecht hervorgetreten, so insbesondere mit seiner bahnbrechenden Dissertationsschrift aus dem Jahr 1989.¹²

II. Untersuchungsgegenständlicher KI-Begriff

Bislang hat sich noch kein allgemeingültiger Begriff von KI-Systemen herausgebildet.¹³ Gleichwohl sind für die zentralen Kriterien von KI-Systemen bereits belastbare Definitionsansätze vorhanden: Art. 3 Nr. 1 KI-VO definiert KI-Systeme als maschinenbasierte Systeme, die für einen in unterschiedlichem Grade autonomen Betrieb ausgelegt, nach Betriebsaufnahme anpassungsfähig sowie dazu in der Lage sind, aus erhaltenen Eingaben

10 *N. Maamar*, (Fn. 2), ZUM 2023, 481 (482).

11 *Rat der Europäischen Union*, Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 300/2008, (EU) Nr. 167/2013, (EU) Nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 und (EU) 2019/2144 sowie der Richtlinien 2014/90/EU, (EU) 2016/797 und (EU) 2020/1828 (Verordnung über künstliche Intelligenz) – PE-CONS 24/24, 14.5.2024, abrufbar unter <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-24-2024-INIT/de/pdf> (zuletzt abgerufen am 30.6.2024).

12 *G. Gounalakis*, Kabelfernsehen im Spannungsfeld von Urheberrecht und Verbraucherschutz, 1989.

13 Vgl. etwa *S. Bußmann/C. Glasowski/M. Niehaus/S. Stecher*, Die Schutzzfähigkeit von KI-Trainingsdaten *de lege lata*, RDi 2022, 391.

explizite oder implizite Ergebnisse wie etwa Vorhersagen, Inhalte, Empfehlungen oder Entscheidungen abzuleiten, die physische oder virtuelle Umgebungen beeinflussen können.¹⁴

1. Generative KI

Die nachstehende Untersuchung legt einen Fokus auf generative KI, welche durch (zumindest partiell) autonome Entscheidungsfindung in der Lage ist, Inhalte wie Texte, Bilder, Videos oder Audios zu erzeugen.¹⁵ Der Entscheidungsablauf generativer KI ist grundsätzlich durch die folgenden vier Prozessschritte gekennzeichnet: Sammlung von Trainingsdaten (Phase 1), Training (Phase 2), Nutzerauftrag (Phase 3) und Output (Phase 4).¹⁶ Die Sammlung von Trainingsdaten erfolgt insbesondere durch Web-Crawling und Web-Scraping.¹⁷ Der sich anschließende Trainingsprozess basiert auf maschinellem Lernen (*machine learning*), wobei maßgeblich künstliche neuronale Netze (KNN) zum Einsatz kommen.¹⁸ Im Übrigen stützt sich das Training auf iterative Vorgänge,¹⁹ hierzu erfolgt insbesondere ein Rückgriff auf die Methoden des überwachten Lernens (*supervised learning*) und des Verstärkungslernens (*reinforcement learning*).²⁰ Während beim überwachten Lernen durch den iterativen Prozess eine Annäherung der Prognosen an die in den Trainingsdaten enthaltenen richtigen Antworten erfolgt, speist sich der Lernprozess beim Verstärkungslernen aus dem Feedback der Lernumgebung.²¹ Den Output-Prozess löst der Nutzerauftrag (vor

14 In diese Richtung insbesondere S. Bußmann/C. Glasowski/M. Niehaus/S. Stecher, (Fn. 13), RD 2022, 391; H.-U. Detting/S. Krüger, Digitalisierung, Algorithmisierung und Künstliche Intelligenz im Pharmarecht, PharmR 2018, 513 (514). Ausführlich zum KI-Begriff *Bitkom*, Künstliche Intelligenz, 2017, S. 28 ff.

15 Vgl. K. de la Durantaye, (Fn. 5), ZUM 2023, 645 (646).

16 Treffend N. Maamar, (Fn. 2), ZUM 2023, 481 (481 f.).

17 So D. Bomhard, KI-Training mit fremden Daten – IP-rechtliche Herausforderungen rund um § 44b UrhG, DSRITB 2023, 255 (255 f.); J. Pukas, (Fn. 2), GRUR 2023, 614. Zur Funktionsweise und (datenschutzrechtlichen) Relevanz von Web-Scraping B. Paal, Data Scraping und Art. 82 DS-GVO, ZfDR 2023, 325.

18 Vgl. J. Pukas, (Fn. 2), GRUR 2023, 614.

19 P. J. Pesch/R. Böhme, Artpocalypse now? – Generative KI und die Vervielfältigung von Trainingsbildern, GRUR 2023, 997 (999) mit weiterführender und instruktiver Einführung zur technischen Funktionsweise von generativer KI.

20 Vgl. P. Hacker, Immaterialgüterrechtlicher Schutz von KI-Trainingsdaten, GRUR 2020, 1025 (1026).

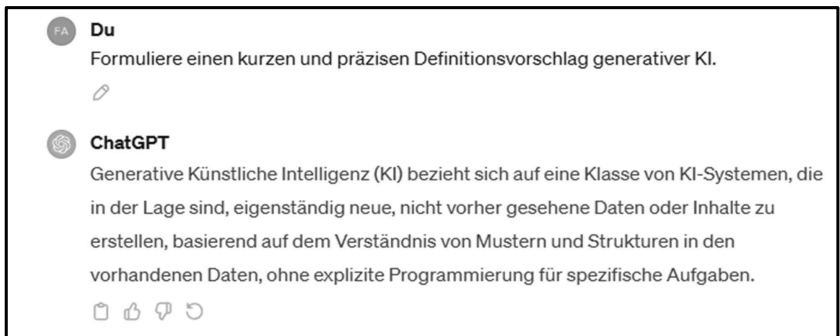
21 P. Hacker, (Fn. 21), GRUR 2020, 1025 (1026) mit weiterführenden Beispielen.

alles in der Form von *prompts*²²) aus, bevor sodann auf Grundlage einer Wahrscheinlichkeitsrechnung ein Inhalt generiert wird.²³

2. Anwendungsbeispiel: ChatGPT 3.5

Um den vorbenannten, stark vereinfachten Begriff generativer KI besser einordnen und nachvollziehen zu können, erfolgt nachfolgend die Darstellung eines Anwendungsbeispiels anhand des *OpenAI* Chatbots *ChatGPT* 3.5. Dieser Chatbot basiert auf dem *Large Language Modell (LLM)* *GPT* 3.5, welches wiederum eine modifizierte Version des *LLM GPT 3.0* darstellt. *LLM GPT 3.0* ist ein Sprachmodell mit mehr als 175 Milliarden trainierbaren Parametern, für das durch *Open AI* rund 45 Terrabyte an Trainingsdaten bis einschließlich 2021 (Phase 1) insbesondere mittels Verstärkungslernens verwendet wurden (Phase 2).²⁴ Im Rahmen der Nutzeranwendung kann mittels Texteingabe in einem *prompt* eine Frage oder eine Aufgabenstellung formuliert werden (Phase 3). Der Output besteht aus der Generierung eines Inhalts in Textform (Phase 4).

Abbildung 1: *ChatGPT 3.5 prompt*



22 So *K. de la Durantaye*, (Fn. 5), ZUM 2023, 645 (647); *N. Maamar*, (Fn. 2), ZUM 2023, 481 (482).

23 Vgl. *K. de la Durantaye*, (Fn. 5), ZUM 2023, 645 (647); *M. von Welser*, ChatGPT und Urheberrecht, GRUR-Prax 2023, 57.

24 Im Ganzen so *M. von Welser*, (Fn. 23), GRUR-Prax 2023, 57.

III. Urheberrechtlicher Schutz *de lege lata*

Für die Auseinandersetzung mit dem urheberrechtlichen Schutz von Trainingsdaten ist zu differenzieren zwischen Input- und Output-Vorgang.²⁵ Der Input-Vorgang besteht aus den Teilschritten der Sammlung der Trainingsdaten, des Trainings und des Nutzerauftrags, während der Output-Vorgang den KI-generierten Inhalt betrifft.²⁶ Mit Blick auf den untersuchungsgegenständlichen Interessenkonflikt bzw. -ausgleich zwischen Rechteinhabern und KI-Betreibern erfolgt hier eine Beschränkung auf die urheberrechtliche Ausgangssituation in der EU und Deutschland betreffend die Trainingsphase im Input-Vorgang.²⁷

1. Relevante Verwertungshandlung: (temporäre) Speicherung digitaler und digitalisierter Werke

Für die Schaffung funktionsfähiger KI ist die Sammlung massenhafter Trainingsdaten (Big Data) eine zentrale Voraussetzung.²⁸ Hierzu bedarf es regelmäßig, auch und gerade wegen des Nichtvorhandenseins von quantitativ und qualitativ ausreichenden Daten im Eigenbestand, eines Rückgriffs auf Fremddaten.²⁹ Während das einzelne Datum *de lege lata* weder unional noch national durch ein Ausschließlichkeitsrecht geschützt ist,³⁰ bestehen an Daten in Form von digitalen und digitalisierten³¹ Werken – wie sich

25 Vgl. N. Maamar, (Fn. 2), ZUM 2023, 481 (482).

26 Zu den verschiedenen Phasen s. oben II. 1.

27 Sich (zumindest auch) auf die urheberrechtlichen Fragen des Output-Vorgangs konzentrierend S. Bußmann/C. Glasowski/M. Niehaus/S. Stecher, (Fn. 13), RD i 2022, 391; E. Filikhina, Urheberrechtlicher Schutz von KI-Systemen, DSRITB 2023, 269; F. Krone, Urheberrechtlicher Schutz von ChatGPT-Texten?, RD i 2023, 117; N. Maamar, (Fn. 2), ZUM 2023, 481 (488 f.).

28 Dies ebenfalls betonend J. Siems/T. Repka, Unrechtmäßige Nutzung von KI-Trainingsdaten als Gefahr für neue Geschäftsmodelle? – Compliance-Anforderungen bei der Entwicklung von KI-Systemen, DSRITB 2021, 517.

29 Vgl. D. Bomhard, (Fn. 17), DSRITB 2023, 255 (256).

30 Vgl. etwa J. Drexler/R. M. Hilty/L. Desauternes/F. Greiner/D. Kim/H. Richter/G. Surblyte/K. Wiedemann, Ausschließlichkeits- und Zugangsrechte an Daten, GRUR Int. 2016, 914 (914 f.). Hingegen können Ausschließlichkeitsrechte an Datenbank(werk)en bestehen, vgl. RL 96/9/EG iVm §§ 4, 87a ff. UrhG.

31 Digitalisierte Werke unterscheiden sich von digitalen Werken dadurch, dass sie ursprünglich in analoger Form vorlagen und erst durch den Digitalisierungsprozess (oftmals durch Text und Data Mining) in digitaler Form vorliegen, vgl. RegE, BR-Drs. 19/27426, 9.3.2021, S. 88.

etwa aus der ausdrücklichen Formulierung in § 44b Abs. 1 UrhG ergibt – niedrigschwellige Verwertungsrechte im nationalen Recht nach Maßgabe der §§ 15 ff. UrhG. Die urheberrechtlich relevante Handlung beim KI-Training wird grundsätzlich darin zu sehen sein, dass im Rahmen der Sammlung der Daten (Phase 1) eine – zumindest temporäre – Speicherung der digitalen sowie digitalisierten Werke etwa in Form von Texten oder Bildern notwendig ist, was rechtlich als zustimmungspflichtige Vervielfältigung iSd §§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 16 UrhG zu qualifizieren ist.³²

2. Hauptanwendungsfall: Web-Scraping und Web-Crawling

Da die massenhafte Sammlung von Daten und damit die Nutzung von urheberrechtlich geschützten Werken erforderlich ist, wird die Einholung von Zustimmung, so beispielsweise in Form von Lizenzierungen (vgl. § 31 Abs. 1 UrhG), aktuell kaum praxistauglich sein; vielfach dürfte der konkrete Urheber bei digital(isiert)en Werken zudem nur schwer zu ermitteln sein.³³ Der praktische Schwerpunkt bei der Befassung mit dem Training von generativer KI wird somit in der Sammlung von Daten durch Web-Scraping³⁴ und Web-Crawling³⁵ zu verorten sein.³⁶

a) Regelmäßig keine Anwendung von § 44a UrhG

Mit Blick auf die Automatisierung von Web-Scraping und Web-Crawling kommt grundsätzlich die Anwendbarkeit von Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-RL iVm § 44a UrhG in Betracht. Danach sind vorübergehende Vervielfältigungshandlungen zulässig, die – lediglich – flüchtig oder begleitend sind. Gegen

32 *D. Bomhard*, (Fn. 17), DSRITB 2023, 255 (258) mit weiterführenden Ausführungen zu den relevanten Vervielfältigungshandlungen; *N. Maamar*, (Fn. 2), ZUM 2023, 481 (483); *P. J. Pesch/R. Böhme*, (Fn. 19), GRUR 2023, 997 (1004).

33 Vgl. *J. Siems/T. Repka*, (Fn. 28), DSRITB 2021, 521 (524 f.).

34 Web-Scraping umfasst den Vorgang, durch den im Internet frei bzw. öffentlich zugängliche Informationen von einer Webseite automatisiert „ausgekratzt“, sprich extrahiert werden, um die extrahierten Informationen sodann durch Analyse, (Weiter-)Verarbeitung oder Verkauf zu nutzen, vgl. *B. Paal*, (Fn. 17), ZfDR 2023, 325 (327).

35 Web-Crawling beschreibt den Vorgang des Durchsuchens des Internets, bei dem ein Webcrawler (auch als Spider bzw. Bot bezeichnet) eine Website aufruft und deren Inhalt analysiert, vgl. *D. Bomhard*, (Fn. 17), DSRITB 2023, 255.

36 So auch *D. Bomhard*, (Fn. 17), DSRITB 2023, 255 (256).

die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen im klassischen Szenario des KI-Trainings spricht gleichwohl bereits das Merkmal der „vorübergehenden“ Vervielfältigungshandlung, da das KI-Training zumeist auf iterativen Vorgängen beruht.³⁷ Davon abgesehen dürfte es auch an der flüchtigen bzw. begleitenden Eigenschaft derartiger Vervielfältigungshandlungen vor dem Hintergrund des Schutzzwecks der InfoSoc-RL und der klaren Regel-Ausnahme-Systematik fehlen. Insbesondere die ErwGr. 9-11 InfoSoc-RL betonen das intendierte hohe Schutzniveau des Urheberrechts; zudem verdeutlicht der Wortlaut von Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL die Ausnahmestellung der Bestimmung („nur in bestimmten Sonderfällen“). Schließlich wird auch unter Berücksichtigung des zu Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-RL korrelierenden ErwGr. 33 InfoSoc-RL eine Anwendung der Ausnahmenvorschrift vorliegend abzulehnen sein, da der Sammlung von Daten als Vorbereitungshandlung des Trainings ein wirtschaftlicher Wert beizumessen ist.

b) Regelmäßige Anwendung von § 44b Abs. 1 UrhG

Aufgrund des regelmäßigen Rückgriffs auf Web-Scraping und -Crawling kommt die Anwendung der sog. Text und Data Mining-Schranke (TDM-Schranke) aus Art. 4 DSM-RL iVm § 44b UrhG in Betracht.³⁸

(1) Anwendbarkeit

§ 44b Abs. 1 UrhG versteht Text und Data Mining als die automatisierte Analyse von digital(isiert)en Werken, „um daraus Informationen [...] zu gewinnen“. ErwGr. 8 DSM-RL verdeutlicht die hervorgehobene Relevanz von Text und Data Mining, da dieses als „vorherrschende Technik in der Digitalwirtschaft“ zur automatisierten Inhaltsanalyse bezeichnet wird. Teilweise wird die Anwendbarkeit des Text- und Data Mining im Kontext von Trainingsdaten gleichwohl mit Blick auf die Tatbestandsvoraussetzung „um daraus Informationen [...] zu gewinnen“ zumindest angezweifelt, da die Sammlung von Daten und der Trainingsvorgang der gescrapten bzw. gecrawlten Daten nicht unmittelbar auf Informationsgewinnung, sondern auf

37 P. J. Pesch/R. Böhme, (Fn. 19), GRUR 2023, 997 (1006).

38 Vgl. K. de la Durantaye, (Fn. 5), ZUM 2023, 645 (651).

die Generierung eines Werks gerichtet sei.³⁹ Dem ist die (vor allem) in den Erwägungsgründen der DSM-RL hervortretende Intention der Schaffung von Innovationsanreizen (vgl. etwa ErwGr. 18 UAbs. 1 S. 4 DSM-RL) entgegenzuhalten. So weist ErwGr. 18 UAbs. 1 S. 1 DSM-RL ausdrücklich darauf hin, dass Text und Data Mining auch der „*Entwicklung neuer Anwendungen oder Technologien*“ dient.⁴⁰ Vor diesem Hintergrund dürfte im Kontext von KI-Trainingsdaten daher auch eine Informationsgewinnung iSd § 44b Abs. 1 UrhG anzunehmen sein, wenn diese durch automatisierte Analyse einen (ggf. auch nur systeminhärenten und damit nicht nachverfolgbaren) Zwischenschritt zur bezweckten Generierung eines Inhalts darstellt.⁴¹

(2) Voraussetzungen und Rechtsfolgen

Die Erlaubnis des Text und Data Mining ist durch Art. 4 Abs. 1 DSM-RL iVm § 44b Abs. 2 S. 1 UrhG auf „rechtmäßig zugängliche Werke“ beschränkt, womit § 44b UrhG keinen Zugangsanspruch begründet, sondern diesen vielmehr voraussetzt.⁴² Die Gesetzesbegründung zu § 44b UrhG führt hierzu aus, dass beispielsweise im Internet frei zugängliche Werke oder eine Lizenzierung in Form einer Open-Access-Veröffentlichung rechtmäßig zugänglich sind.⁴³ Ausgeschlossen ist demgegenüber insbesondere das Überwinden von Sicherheitsvorkehrungen, etwa in Form von Hacking.⁴⁴ Weiterhin ist für die Erlaubnis des gewerblichen⁴⁵ Text und Data Mining nach Art. 4 Abs. 3 DSM-RL iVm § 44b Abs. 3 UrhG erforderlich, dass der Rechteinhaber keinen ausdrücklichen Nutzungsvorbehalt ausgesprochen hat, wobei dies bei online veröffentlichten Inhalten in maschinenlesbarer Form erfolgen muss. Eine nähere Definition des Begriffs der „maschinenlesbaren Form“ erfolgt weder durch unionalen noch nationalen Gesetzgeber; allerdings beschreibt ErwGr. 21 RL 2013/37/EU (in einem

39 So insbesondere J. Pukas, (Fn. 2), GRUR 2023, 614 (615) mit weiterführender Argumentation.

40 K. de la Durantaye, (Fn. 5), ZUM 2023, 645 (651).

41 Im Ergebnis so auch D. Bomhard, (Fn. 17), DSRITB 2023, 255 (259 f.); K. de la Durantaye, (Fn. 5), ZUM 2023, 645 (651).

42 So auch T. Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, 7. Auflage 2022, § 44b Rn. 8.

43 Vgl. RegE, BR-Drs. 19/27426, 9.3.2021, S. 88.

44 Zur notwendigen Abgrenzung von Hacking und Scraping B. Paal, (Fn. 17), ZfDR 2023, 325 (327).

45 Nach § 60d UrhG ist TDM zur wissenschaftlichen Forschung umfassend möglich und unterliegt nicht dem Nutzungsvorbehalt aus § 44b Abs. 3 UrhG.

anderen Zusammenhang) ein Dokument als maschinenlesbar, „wenn es in einem Dateiformat vorliegt, das so strukturiert ist, dass Softwareanwendungen die konkreten Daten einfach identifizieren, erkennen und extrahieren können“. Die Begriffsbestimmung ist dynamisch ausgestaltet und orientiert sich an dem aktuellen Stand der Technik. Gängig sind somit jedenfalls Formate wie XML, CSV oder *txt*, wobei zur Verhinderung von Data-Scraping insbesondere auf eine *robot.txt*-Anweisung zurückgegriffen wird.⁴⁶ Der unionale Gesetzgeber hat sich somit mit Blick auf die intendierte Innovation (vgl. ErwGr. 18 UAbs. 1 S. 4 DSM-RL) für ein *Opt-Out*-Modell entschieden. Schließlich ist die Erlaubnis des Text und Data Mining zeitlich darauf beschränkt, dass nach Art. 4 Abs. 2 DSM-RL iVm § 44b Abs. 2 S. 2 UrhG eine Aufbewahrung nur für die Notwendigkeit des jeweiligen Zweckes eröffnet ist. Aufgrund der iterativen Trainingsvorgänge und der Notwendigkeit sowohl einer technischen Dokumentation als auch einer Kontrolle des Outputs wird die zeitliche Erforderlichkeit im Rahmen des KI-Trainings vielfach gegeben sein, sodass die Löschpflicht „faktisch immer mehr verwässert“.⁴⁷

3. Chancen und Grenzen des Status quo

Mit Blick auf die vorangegangenen Ausführungen und Ergebnisse ist festzustellen, dass die urheberrechtlichen Instrumentarien *de lege lata* den Regelfall des KI-Trainings abdecken. Zugleich ist deutlich geworden, dass die Ausbalancierung des Interessenkonflikts von Rechteinhabern und KI-Betreibern in der bisherigen Gesetzeslage durch die seinerzeit kaum absehbare disruptive Entwicklung von KI nicht (mehr) dem aktuellen Stand von Technik und praktischen Herausforderungen entspricht. Vor diesem Hintergrund ist zumindest eine Evaluation des Interessenausgleichs veranlasst, was die Erforderlichkeit einer Bewertung der Chancen und Grenzen des Status quo miteinschließt.

46 Dazu weiterführend D. Bomhard, (Fn. 17), DSRITB 2023, 255 (267).

47 Treffend und weiterführend D. Bomhard, (Fn. 17), DSRITB 2023, 255 (262 ff.).

a) Begrüßenswerte Rechtssicherheit

Zu begrüßen ist grundsätzlich, dass durch die klare Regel-Ausnahme-Systematik und die in §§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 16 bzw. § 44b UrhG niedergelegten Voraussetzungen ein für Anwender rechtssichere(s) System besteht, was im Grundsatz als innovationsfördernd anzusehen ist. Im (Rechts-)Vergleich zu der zwar flexiblen, dafür aber im Einzelfall schwer vorhersehbaren „*fair-use*“-Doktrin aus 17 U.S.C. § 107 dürften insoweit Vorteile des unionalen Regelungsregimes bestehen.⁴⁸

b) Praktische Nachteile

Das bestehende Modell aus niedrigschwelligen Zustimmungserfordernissen aus §§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 16 UrhG auf der einen und die *opt-out*-Regelung aus § 44b UrhG auf der anderen Seite führt allerdings auch zu signifikanten praktischen Nachteilen. Zunächst ist insoweit anzuführen, dass bislang (noch) keine standardisierte maschinenlesbare Form des Nutzungsvorbehalts für digital(isiert)e Werke iSd § 44b Abs. 3 UrhG existiert. Daher greifen betroffene Unternehmen vermehrt auf *robot.txt*-Anweisungen zurück, die aber vielfach nicht nur Text und Data Mining verhindern, sondern darüber hinaus etwa auch das für die Auffindbarkeit und damit die Monetarisierung von digital(isiert)en Werken existenzielle Ranking⁴⁹ beeinträchtigen. Denn Suchmaschinen verwenden regelmäßig eigene Crawler und Bots, die dann ebenfalls von der Auswertung der Inhalte ausgeschlossen werden.⁵⁰ Ferner resultieren praktische Schwierigkeiten daraus, dass der Nutzungsvorbehalt aus § 44b Abs. 3 UrhG nach gesetzgeberischer Intention nur *ex-nunc*-Wirkung entfaltet,⁵¹ sodass insbesondere bei vorher analog veröffentlichten digitalisierten Werken die flächendeckende Mitteilung des

48 Näher auf das US-amerikanische Urheberrecht bezüglich KI-Trainingsdaten eingehend und die Rechtsunsicherheit der „*fair-use*“-Doktrin betonend K. de la Durantaye, (Fn. 5), ZUM 2023, 645 (648 f.).

49 Zur wettbewerbsrechtlichen Bedeutung etwa S. Ott, Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht, MMR 2006, 195.

50 Hierzu im Ganzen D. Bomhard, (Fn. 17), DSRITB 2023, 255 (267 f.) mit einem Beispiel, wie zumindest einzelne Bots erlaubt werden können; N. Maamar, (Fn. 2), ZUM 2023, 481 (484) ebenfalls mit Beispiel, wie die fehlende Auffindbarkeit verhindert werden kann.

51 Vgl. RegE, BR-Drs. 19/27426, 9.3.2021, S. 89.

nunmehr erklärten Vorbehalts kaum möglich ist. Weitere praktische Nachteile bestehen dahingehend, dass aus ausgeübten Nutzungsvorbehalten iSd § 44b Abs. 3 UrhG zum einen hohe Hürden für die dann ggf. notwendige massenhafte Lizenzierung resultieren. Denn zu einem effektiven KI-Training werden riesige Datenmengen benötigt, wobei regelmäßig verschiedene Rechteinhaber betroffen sein werden. Da im Einzelfall nur schwer zu ermitteln sein wird, wer Rechteinhaber ist und zudem kein gutgläubiger Rechtserwerb eröffnet ist, dürfte die Lizenzierung oftmals eine erhebliche praktische Hürde darstellen.⁵² Zum anderen werden bei ausgeübtem Nutzungsvorbehalt zumeist gravierende Schwierigkeiten in der Beweisführung bezüglich einer Vervielfältigung für Rechteinhaber im Rahmen der Sammlung von Trainingsdaten bestehen,⁵³ dies gilt vor allem innerhalb des intransparenten Trainingsprozesses.⁵⁴

c) Begrenzte Wirksamkeit des Territorialitätsprinzips

Schließlich bestehen systeminduzierte Grenzen des Status quo auch aufgrund des Territorialitätsprinzips des europäischen und nationalen Urheberrechts. So hat der BGH im *Staatsgeschenk*-Urteil aus dem Jahr 2007 klargestellt, dass es auf den Ort der Verletzung der maßgeblichen urheberrechtlichen Nutzungsrechte ankommt.⁵⁵ Relevant ist im Rahmen des KI-Trainings regelmäßig bereits die vorgelagerte Speicherung als Verwertungshandlung iSd §§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 16 UrhG, welche vielfach gerade außerhalb des unionalen Anwendungsbereichs in den USA oder Asien erfolgen wird.⁵⁶ Aus der räumlichen Begrenzung leitet sich nicht nur eine eingeschränkte Wirksamkeit des unionalen Urheberrechts ab, sondern darüber

52 Vgl. J. Siems/T. Repka, (Fn. 28), DSRITB 2021, 521 (524 f.); D. Bomhard, (Fn. 19), DSRITB 2023, 255 (259) auf die fehlende Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs hinweisend.

53 Insoweit gibt es das nützliche Browser-Tool *HaveIBeenTrained*, abrufbar unter <https://haveibeentrained.com/> (zuletzt abgerufen am 30.6.2024), welches es ermöglicht, zu überprüfen, ob ein Text oder ein Bild etwa in der Datenbank *Laion-5b* ist.

54 Vgl. K. de la Durantaye, (Fn. 5), ZUM 2023, 645 (651 f.); P. J. Pesch/R. Böhme, (Fn. 21), GRUR 2023, 997 (1007).

55 BGH, Urt. v. 24.5.2007 – I ZR 42/04, ZUM 2007, 644 (645) Rn. 22 – *Staatsgeschenk*.

56 Im Ganzen hierzu N. Maamar, (Fn. 2), ZUM 2023, 481 (486).

hinaus droht auch eine innovationsbehindernde Schwächung unionaler KI-Trainings-Märkte gegenüber EU-ausländischen Anbietern.⁵⁷

IV. Implikationen durch die KI-Verordnung – Chancen und systeminduzierte Grenzen

Am 8. Dezember 2023 kam es im Trilog nach einer rund 37-stündigen, als „*ultramathon session*“ bezeichneten Verhandlung zu einer politischen Einigung über eine KI-Verordnung, die EU-Binnenmarktkommissar *Thierry Breton* als „*historisch*“ bezeichnete, da die EU als erster Kontinent klare Regeln zur Nutzung von KI aufgestellt habe.⁵⁸ Das Europäische Parlament verabschiedete die KI-VO bzw. das „Gesetz über künstliche Intelligenz“ im März 2024, bevor sodann im Mai 2024 die finale Zustimmung des Rats der Europäischen Union erfolgte.

1. Inhalt: Art. 53 Abs. 1 lit. b bis d KI-VO

Die EU-Kommission veröffentlichte den Entwurf der KI-Verordnung im Februar 2022 und damit zu einem Zeitpunkt, an dem die disruptive Entwicklung generativer KI in der jetzigen Ausgestaltung weder quantitativ noch qualitativ absehbar war. Vor diesem Hintergrund adressierte der nunmehr erfolgte, seinerzeitige Entwurf nicht (hinreichend) etwaige Herausforderungen bezüglich KI-Trainingsdaten; vielmehr fokussierte die Transparenzpflicht für Hochrisiko-KI-Systeme nach Art. 13 Abs. 1 des Kommissionsentwurfs⁵⁹ (nachfolgend Komm-E) den Ergebnisvorgang.

Demgegenüber griff bereits der Mitte Juni 2023 veröffentlichte Entwurf des EU-Parlaments⁶⁰ (nachfolgend Parl-E) das untersuchungsgegenständliche urheberrechtliche Spannungsverhältnis zwischen Rechteinhabern und KI-Betreibern auf. So war in Art. 28b Abs. 4 lit. b Parl-E für sog. Basismodelle, die für generative KI-Systeme verwendet werden, die Verpflichtung vorgesehen, das Basismodell so zu konzipieren, dass – dem Stand der

57 Darauf hinweisend *K. de la Durantaye*, (Fn. 5), ZUM 2023, 645 (652 f.).

58 EU-Kommission, Statement by Commissioner Breton – The European AI Act is here!, 8.12.2023, abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_23_6471 (zuletzt abgerufen am 30.6.2024).

59 EU-Kommission, Vorschlag für eine KI-Verordnung – COM(2021)206 final, 21.4.2021.

60 EU-Parlament, Artificial Intelligence Act – P9_TA(2023)0236, 14.6.2023.

Technik entsprechende – Maßnahmen zur Verhinderung von Verstößen gegen das EU-Recht und damit auch das Urheberrecht getroffen werden. Ferner enthielt Art. 28b Abs. 4 lit. c Parl-E eine Transparenzverpflichtung, ausreichend detaillierte Zusammenfassungen („*sufficiently detailed summary*“) zu der Nutzung von Inhalten im Trainingsvorgang zu veröffentlichen. Den Begriff der Basismodelle verstand Art. 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. c Parl-E als ein „*KI-Systemmodell, das auf einer breiten Datenbasis trainiert wurde, auf eine allgemeine Ausgabe ausgelegt ist und an eine breite Palette unterschiedlicher Aufgaben angepasst werden kann*“.⁶¹ Bei Verstößen gegen die Verpflichtungen für Basismodelle drohten nach Art. 71 Abs. 4 Parl-E Geldbußen bis zu 10 Mio. EUR oder bis zu 2 % des gesamten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahres.

Im Trilog-Verfahren konnte sich das EU-Parlament sodann politisch weitgehend durchsetzen, gleichwohl erfolgten im Verlauf der sich daran anschließenden technischen Verhandlungen weitere Anpassungen, die auch und gerade urheberrechtliche Relevanz aufweisen: Der Begriff des Basismodells ging funktional und inhaltlich vergleichbar in der Legaldefinition von einem „KI-Modell mit allgemeinem Verwendungszweck“ in Art. 3 Nr. 63 KI-VO auf, das als „KI-Modell – einschließlich der Fälle, in denen ein solches KI-Modell mit einer großen Datenmenge unter umfassender Selbstüberwachung trainiert wird, eine erhebliche allgemeine Verwendbarkeit aufweist und in der Lage ist, unabhängig von der Art und Weise seines Inverkehrbringens ein breites Spektrum unterschiedlicher Aufgaben kompetent zu erfüllen, und das in eine Vielzahl nachgelagerter Systeme oder Anwendungen integriert werden kann, ausgenommen KI-Modelle, die vor ihrem Inverkehrbringen für Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten oder die Konzipierung von Prototypen eingesetzt werden,“ definiert und durch ErwGr. 97 ff. KI-VO konturiert ist. Zudem wurde die Verpflichtung zur EU-rechtskonformen Konzeption aus Art. 28b Abs. 4 lit. c Parl-E inhaltlich weitgehend übereinstimmend in Art. 53 Abs. 1 lit. b KI-VO übertragen und hinsichtlich der technischen Umsetzung konturiert. So müssen nach Art. 53 Abs. 1 lit. b (ii) KI-VO mindestens die in Anhang XII aufgeführten Informationen wie Aufgaben, Architektur, Lizenz oder Modalitäten des KI-Modells Anbietern von KI-Systemen zur Verfügung gestellt werden, die eine Implementierung des betroffenen KI-Modells beabsichtigen. Auch die

61 In der englischen Fassung: „[A]n AI model that is trained on broad data at scale, is designed for generality of output, and can be adapted to a wide range of distinctive tasks“.

Transparenzverpflichtung des Art. 28 Abs. 4 lit. d Parl-E wurde in Art. 53 Abs. 1 lit. d KI-VO weitgehend überstimmend übertragen, wonach eine „hinreichend detaillierte Zusammenfassung“ des KI-Trainings erforderlich und dem sog. Büro für Künstliche Intelligenz der EU-Kommission vorzulegen ist. Neu hinzugefügt wurde Art. 53 Abs. 1 lit. c KI-VO, der anordnet, dass Anbieter von KI-Modellen mit allgemeinem Verwendungszweck eine Strategie zur Einhaltung des Urheberrechts der Union entwickeln und hierbei insbesondere auf die Einhaltung des Nutzungsvorbehalts aus Art. 4 Abs. 3 DSM-RL achten müssen. Eine Abweichung von Art. 71 Abs. 4 Parl-E enthält hingegen Art. 99 KI-VO, der in den in Abs. 3 u. 4 aufgeführten bußgeldbewehrten Vorschriften nicht Art. 53 KI-VO nennt. Vielmehr kann ausschließlich die Europäische Kommission durch das neu zu schaffende Büro für Künstliche Intelligenz nach Art. 93 Abs. 1 KI-VO die Anbieter der KI-Modelle zu geeigneten Umsetzungsmaßnahmen (lit. a) sowie Risikominierungsmaßnahmen verpflichten (lit. b) und sogar die Bereitstellung des Modells auf dem Markt einschränken bzw. zurücknehmen (lit. c). Vor einer Aufforderung zu entsprechenden Maßnahmen hat das Büro für Künstliche Intelligenz ein Ermessen („kann“), ob es einen regulatorischen Dialog mit dem jeweiligen Anbieter einleitet (Art. 93 Abs. 2 KI-VO). Darüber hinaus kann das Büro für Künstliche Intelligenz nach Art. 93 Abs. 3 KI-VO Verpflichtungszusagen mit Bindungswirkung annehmen.

2. Bewertung: Ambivalenz durch systemimmanente Grenzen des produkthaftungsrechtlichen Ansatzes

Die KI-Verordnung verspricht begrüßenswerte Vorteile und geht zugleich mit systemimmanenten Grenzen einher.

a) Territorialer Anwendungsbereich

Zu begrüßen ist zunächst, dass nach Art. 2 Abs. 1 lit. a KI-VO das Regelungswerk unabhängig von der Niederlassung der KI-Anbieter zur Anwendung kommt, sofern die KI-Systeme in der Union verwendet werden. Der Rückgriff auf das sog. „Markortprinzip“⁶² – vergleichbar zu Art. 1 Abs. 2 DMA oder Art. 3 Abs. 2 DS-GVO – führt insoweit zu einer Verbesserung

62 So etwa B. Paal/L. Kumkar, Die digitale Zukunft Europas, ZfDR 2021, 97 (110).

der effektiven Anwendung der KI-Verordnung. So müssen auch US-amerikanische oder asiatische Betreiber damit die Strategie zur Einhaltung des Urheberrechts der Union und die Transparenzverpflichtungen aus Art. 53 Abs.1 lit. c und d KI-VO erfüllen. Allerdings zeigen sich an dieser Stelle bereits systemimmanente Grenzen der KI-Verordnung: Grundsätzlich ist die KI-Verordnung als risikobasierte Produkthaftungsregulierung ausgestaltet, die je nach erwartetem Risiko – vergleichbar zum Digital Services Act⁶³ – gestuft reguliert und den Adressaten risikobegrenzende Verpflichtungen auferlegt. Hierbei erweisen sich Art. 53 Abs.1 lit. b und c KI-VO als „Fremdkörper“⁶⁴, da die Bestimmung primär nicht Produktrisiken begrenzen soll, sondern im Konflikt zwischen Rechteinhabern und KI-Betreibern zugunsten der Rechteinhaber ein Enforcement ermöglichen soll.⁶⁵ Der weitreichende territoriale Anwendungsbereich der Transparenzregel zur Durchsetzung von Rechten hat aber nur begrenzte Wirkung, wenn das durchzusetzende (Urheber-)Recht *de lege lata* auf den Ort der relevanten Verletzungshandlung abstellt, die oftmals nicht in der EU stattfindet.⁶⁶ Somit droht durch Art. 53 Abs.1 lit. b KI-VO ein wettbewerbsrelevante Schwächung unionaler KI-Betreiber, solange nicht hinsichtlich der Sammlung der Trainingsdaten und des Trainingsvorgangs urheberrechtlich ein „Marktortprinzip“ in Bezug auf unional geschützte digital(isiert)e Werke implementiert wird. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass im Rahmen des Trainingsprozesses im EU-Ausland unverändert kaum die urheberrechtliche Verwertung von unional geschützten digital(isiert)en Werken hinreichend abgesichert werden kann. Das Problem hat der unio-nale Gesetzgeber zwar erkannt und in ErwGr. 106 KI-VO explizit adressiert, indem er die Sicherstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen durch die Anwendung von Art. 53 Abs.1 lit. b und c KI-VO auch auf EU-ausländische Anbieter von KI-Modellen erstreckt. Gleichwohl verhindert aber auch die Einführung einer verpflichtenden Strategie zur Einhaltung des Urheberrechts der Union jedenfalls nicht, dass bereits fertige Produkte ohne Anwendung des Urheberrechts auf den im Vorfeld abgeschlossenen Trainingsvorgang auf den Markt gelangen können und die KI-VO erst mit ex-nunc-Wirkung durch den Markteintritt iSd Art. 2 Abs.1 lit. a KI-VO umzusetzen ist.

63 Vgl. B. Paal/F. Kieß, Digitale Plattformen im DSA-E, DMA-E und § 19a GWB, ZfDR 2022, 1 (13).

64 Treffend K. de la Durantaye, (Fn. 5), ZUM 2023, 645 (656).

65 In diese Richtung auch K. de la Durantaye, (Fn. 5), ZUM 2023, 645 (655 f.).

66 Vgl. oben III. 3. c.

b) Verbesserte Durchsetzungsmöglichkeiten

Im (begrenzten) Anwendungsbereich dürfte Art. 53 Abs. 1 lit. a-c KI-VO dazu führen, dass eine Stärkung der bestehenden Durchsetzungs- und Nachweismöglichkeiten bezüglich der Einhaltung bzw. Verletzung der Vorgaben des Urheberrechts erfolgt. Der grundsätzlich niedrighschwellige Anwendungsbereich durch den Rückgriff auf sog. Basismodelle führt inso- weit zu einer flächendeckende(re)n sachlichen Anwendung der für das Urheberrecht relevanten Pflichten. Die notwendige Implementierung von Designmaßnahmen nach Art. 53 Abs. 1 lit. b KI-VO zur Einhaltung auch des Urheberrechts und damit etwa auch zur Überprüfung von Nutzungsvorbehalten iSd § 44b Abs. 3 UrhG dürfte in Kombination mit dem Umsetzungsmechanismus aus Art. 93 KI-VO dazu führen, dahingehend derzeit bestehende Defizite⁶⁷ zu reduzieren. Insoweit erscheint es nachvollziehbar, dass aufgrund des (zumindest auch) wettbewerblichen Bezugs des Art. 53 Abs. 1 lit. b-d KI-VO in Art. 93 KI-VO eine Überwachung nur durch die Europäische Kommission mit aus dem Kartellrecht und dem DMA bekannten Instrumentarien erfolgt. So sind die in Art. 93 KI-VO geregelten Instrumentarien der (auch strukturellen) Abhilfemaßnahmen (vgl. Art. 7 VO 1/2003, Art. 18 DMA), des fakultativen „regulatory dialogue“ (vgl. Art. 6 iVm Art. 8 Abs. 3 DMA) und der Verpflichtungszusagen (vgl. Art. 9 VO 1/2003 und Art. 25 DMA) etablierte Instrumente des europäischen Wettbewerbs- bzw. Regulierungsrechts. Schließlich sind Transparenzinstrumente wie die Strategie zur Einhaltung des Urheberrechts der Union und die Veröffentlichung einer Zusammenfassung der verwendeten Trainingsdaten nach Art. 53 Abs. 1 lit. c und d KI-VO grundsätzlich dazu geeignet, die Sanktionierung von Urheberrechtsverletzungen zu verbessern.

c) Rechtsvergleichender Vorteil der Rechtssicherheit durch Bestimmtheit?

An der Umsetzung des Art. 28b Abs. 4 lit. b und c Parl-E war grundlegend zu kritisieren, dass er auf (zu) unbestimmten und auslegungsbedürftigen Rechtsbegriffen basierte. Dies zeigte sich bereits an dem Begriff der Basismodelle aus Art. 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. c Parl-E: Die maßgeblichen Parameter der „breiten Datenbasis“ („broad data“) und „der „breite[n] Palette unterschied-

67 Auf das Defizit hinweisend P. J. Pesch/R. Böhme, (Fn. 19), GRUR 2023, 997 (1003 ff.).

licher Aufgaben“ („wide range of distinctive tasks“) wurden im Parl-E nicht näher präzisiert,⁶⁸ waren aber gerade grundlegend für die Anwendung der weitreichenden Vorschriften. Insoweit ist es zu begrüßen, dass die Definition von KI-Modellen mit allgemeinem Verwendungszweck in Art. 3 Nr. 63 KI-VO deutlich detaillierter ausfällt und umfangreich durch ErwGr. 97 ff. KI-VO konturiert wird. Insbesondere die Nennung von mindestens einer Milliarde Parameter als Merkmals der allgemeinen Verwendung in ErwGr. 98 KI-VO dient als nützliche Orientierung für potenziell betroffene KI-Modell-Anbieter.

Erhebliche Bestimmtheitsdefizite zeigten sich auch bei der Transparenzverpflichtung aus Art. 28b Abs. 4 lit. c Parl-E auf, da der Begriff der „hinreichend detaillierten Zusammenfassung“ („sufficiently detailed summary“) auslegungsbedürftig ist und durch den Parl-E nicht näher definiert wurde. Mit Blick auf die Defizite begrüßenswert ist daher die Vorgabe abstrakter Leitlinien der Begriffsauslegung durch ErwGr. 107 KI-VO und der Umstand, dass das Büro für Künstliche Intelligenz in den zu erarbeitenden Praxisleitfäden iSd Art. 56 Abs. 1 KI-VO insbesondere Vorlagen für die angemessene Detailgenauigkeit der Zusammenfassung erstellen soll (vgl. Art. 56 Abs. 2 lit. b iVm ErwGr. 107 KI-VO).

Die im Gesetzgebungsverfahren erhöhte Bestimmtheit kann dazu beitragen, die Vorteile aus dem bestehenden bestimmten und damit rechtssichere(re)n Urheberrecht⁶⁹ gegenüber flexibel(er)en Rechtsordnungen – wie insbesondere der der USA – zu gewährleisten.

V. Zusammenfassung und Ausblick

Grundsätzlich ist die KI-Verordnung mit Blick auf ihr Alleinstellungsmerkmal und der möglichen Vorbildfunktion im Allgemeinen sowie überdies auch bezüglich der vereinzelten urheberrechtlichen Regelungen im Besonderen zu begrüßen. Technisch-organisatorische Maßnahmen und Transparenzpflichten, wie konkret in Art. 53 Abs. 1 lit. b-d KI-VO, sind geeignete Instrumente zur Förderung der Einhaltung und Durchsetzung des bestehenden Urheberrechtsschutzes.

68 Vgl. auch *K. de la Durantaye*, (Fn. 5), ZUM 2023, 645 (654).

69 Vgl. hierzu III. 3. a.

1. Notwendigkeit einer Evaluation

Insgesamt ist der Entwurf der KI-VO – vor allem durch die produktsicherheitsrechtliche Konzeption des Regelungswerkes – systemimmanent nicht geeignet, den vorliegend untersuchungsgegenständlichen urheberrechtlichen Konflikt bei generativer KI als „Werkzeug der Zukunft“⁷⁰ zwischen Innovationspotenzial und Urheberschutz als Mittel zur „Erhaltung und Entwicklung kreativer Tätigkeit“ (vgl. ErwGr. 10 S. 1 RL 2001/29/RG) sachgerecht aufzulösen. Da insbesondere die Text und Data Mining-Schranke aus Art. 4 DSM-RL iVm § 44b UrhG als Ausprägung eines Interessenausgleichs tendenziell zugunsten der Innovation (vgl. ErwGr. 18 UAbs. 1 S. 4 DSM-RL) noch vor der disruptiven Entwicklung generativer KI konzipiert und implementiert wurde, sollten unionale und nationale Gesetzgeber die Ausbalancierung der Interessen neu gewichten bzw. jedenfalls evaluieren.

2. Interessenausgleich de lege ferenda

Hierbei ist ein behutsames und abgewogenes Vorgehen auch vor dem Hintergrund geboten, dass eine überschießende Regulierung (iSe Over-enforcement) zur Behinderung der Innovation und eine Unterregulierung zum Niedergang ganzer Sektoren führen kann. Ein Königsweg zur gerechten Auflösung der betroffenen Interessen ist bislang zwar nicht ersichtlich. Fest steht aber jedenfalls, dass aus jedem regulierenden Eingriff ein Einfluss auf die Balance zwischen Innovation und Urheberschutz erwächst. Sofern aus der vorzunehmenden Evaluation der Gesetzeslage ein Entschluss zu einem stärker ausgestalteten Urheberrechtsschutz hervorgehen sollte, könnte im Bereich des KI-Trainings zunächst eine Ausnahme von Art. 4 DSM-RL iVm § 44b UrhG statuiert werden, wodurch faktisch ein *opt-in*-Modell entstehen würde. Denkbar ist zudem die Implementierung eines Vergütungsanspruchs kumulativ oder alternativ zum Vorbehalt aus § 44b Abs. 3 UrhG, wobei hier aber zu berücksichtigen ist, dass Urheber unter Umständen ein Interesse daran haben, dass gar keine Nutzung ihrer Inhalte erfolgt.⁷¹ Sollte demgegenüber ein stärkerer Investitionsschutz bezweckt werden, kommt vergleichbar zu Art. 3 DSM-RL iVm § 60d UrhG ein Rückgriff auf eine vorbehaltsunabhängige, vergütungsfreie Schrankennutzung

70 So S. Bußmann/C. Glasowski/M. Niehaus/S. Stecher, (Fn. 13), RDi 2022, 391.

71 Vgl. K. de la Durantaye, (Fn. 5), ZUM 2023, 645 (658).

in Betracht, wodurch aber ein Rückgang kostenfreier Online-Inhalte zu befürchten wäre.⁷² Sofern eine Evaluation schließlich dazu führt, dass die aktuelle Interessengewichtung als sachgerecht erachtet wird, sollten neben Transparenzverpflichtungen weitere tradierte Instrumente wie die kollektive Lizenzvergabe (vgl. §§ 51 ff. VGG)⁷³ zur Verbesserung der Durchsetzungsmöglichkeiten der Rechteinhaber in den Blick genommen werden.

3. Fokus auf Wettbewerb der Rechtsordnungen

Unbeschadet dessen sollten auch und gerade mit Blick auf den Wettbewerb der Rechtsordnungen⁷⁴ zugunsten des Innovationspotenzials generativer KI angemessene Maßnahmen getroffen werden. Das Alleinstellungsmerkmal einer umfassenden KI-Regulierung kann durch Rechtssicherheit verbesserte Rahmenbedingungen für Innovation gegenüber einer flexiblen und somit schwer vorhersehbaren „*rule of reason*“ wie die US-amerikanische *fair-use*-Doktrin bewirken. Rechtssicherheit durch klare Regeln könnte insoweit gleichsam ein „*unique selling point*“ des unionalen Urheberrechts sein. Mit Blick darauf sind die im Gesetzgebungsverfahren erfolgten Konturierungen zu begrüßen, wenngleich etwa die Aufnahme von quantitativen Schwellenwerten mit Vermutungswirkung – vergleichbar zu Art. 3 Abs. 2 DMA oder Art. 33 Abs. 1 DAS – zur Bestimmung von KI-Modellen mit allgemeinem Verwendungszweck über ErwGr. 98 KI-VO hinaus eine noch größere Rechtssicherheit zu bewirken versprechen würde.

Ferner könnte durch die Implementierung eines „Marktortprinzips“ – zumindest im Anwendungsbereich generativer KI – im unionalen Urheberrecht noch stärker darauf hingewirkt werden, dass unionale KI-Betreiber keine Nachteile gegenüber EU-ausländischen KI-Betreibern zu verzeichnen haben. Zu erwägen ist schließlich eine „große Lösung“ durch Schaffung einer digitalen Urheberrechtsverordnung, um das „*level playing field*“ in der Union zu stärken und eine Kohärenz zu interdependenten

72 So K. de la Durantaye, (Fn. 5), ZUM 2023, 645 (658).

73 Hierzu insbesondere J. Pukas, (Fn. 2), GRUR 2023, 614.

74 Bezüglich des Wettbewerbs von Rechtsordnungen im Datenschutzrecht B. Paal, Kollisionsrecht und Wettbewerb der Rechtsordnungen im Datenschutzrecht, in: FS Ebke, Deutsches, Europäisches und Vergleichendes Wirtschaftsrecht, 2022, S. 769 ff.

Gesetzgebungsakten wie DS-GVO⁷⁵ oder DMA⁷⁶ zu befördern. In der Gesamtwürdigung bleibt also noch viel zu tun und der Jubilar *Georgios Gounalakis* wird sich mit seiner gewichtigen Stimme in die Diskussion einbringen, auch und gerade mit dem Blick auf die Bedeutung der KI für den von ihm (sowohl wissenschaftlich als auch in der praktischen Anwendung) intensiv bearbeiteten Medienbereich – herzliche Geburtstagsglückwünsche und *ad multos annos*!

75 Hierzu etwa *L. Franke*, Datenschutzkonformes Training von KI-Systemen mit öffentlich verfügbaren personenbezogenen Daten.

76 Vgl. etwa *P. Hacker*, KI und DMA – Zugang, Transparenz und Fairness für KI-Modelle in der digitalen Wirtschaft, GRUR 2022, 1278.

Der Einsatz generativer Künstlicher Intelligenz in der Presse

*Rolf Schwartmann und Moritz Köhler**

Die Presse¹ kämpft weiterhin mit der Digitalisierung der Welt und dem Überleben ihrer Produkte in dieser. Der Vertrieb über das offene und das Plattforminternet wird immer bedeutsamer und die Verlage müssen diesem Wandel folgen,² sollen ihre Produkte nicht auf dem täglich wachsenden Friedhof digitaler Bedeutungslosigkeit enden.³ Dass der Niedergang der Zeitschriften und Zeitungen nicht nur deren Macher und Liebhaber beträfe, sondern die gesamte Gesellschaft, dürfte angesichts der herausragenden Bedeutung der Presse für die freiheitliche Demokratie an dieser Stelle keiner tiefergehenden Erklärung bedürfen.⁴ Den Gefahren, die sich aus der zunehmenden wirtschaftlichen Akzentuierung für die Pressefreiheit ergeben, hat sich der Jubilar bereits 2013 in einem lesenswerten Beitrag gewidmet.⁵ Doch während sich der breite Diskurs diesen Gefahren insbesondere im digitalen Raum seither und weiterhin recht träge annähert, entwickelt sich eine Technologie, die bei verantwortungsbewusster Anwendung die Rettung der freien Presse, andernfalls eine weitere große Gefährdung darstellen könnte.

* Prof. Dr. *Rolf Schwartmann* ist Leiter der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht an der Technischen Hochschule Köln und Privatdozent an der Johannes-Gutenberg-Universität Mainz. Er ist außerdem Vorsitzender der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit (GDD). *Moritz Köhler* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht an der Technischen Hochschule Köln und Doktorand bei Prof. Dr. Rolf Schwartmann.

- 1 Vgl. zur Problematik mit Blick auf den Journalismus insgesamt bereits *R. Schwartmann*, Anwendungsszenarien und Rechtsrahmen für den Einsatz Künstlicher Intelligenz im Journalismus, AfP 2024, 1-9.
- 2 *C. Fiedler*, „Die Frage der Pressefreiheit nicht den Monopolen überlassen“, medienpolitik.net vom 17.1.2024, abrufbar unter <https://www.medienpolitik.net/aktuelle-themen/die-frage-der-pressefreiheit-nicht-den-monopolen-ueberlassen-483>, zuletzt abgerufen am 3.7.2024.
- 3 *M. Andree*, Big Tech muss weg, Frankfurt a.M. 2023, S. 35.
- 4 Dazu bereits BVerfGE 20, 162 (164).
- 5 *G. Gounalakis*, Wer schützt die Pressefreiheit vor der Wirtschaft? Neue Gefährdungslagen für ein demokratiesensibles Grundrecht, in: M. Demel/S. Heck/T. Schäfer (Hrsg.), Auf festem Fundament – Festschrift für Christean Wagner zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, S. 331.

I. Grundlagen

Spätestens seitdem ChatGPT Ende 2022 der breiten Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt wurde, ist Künstliche Intelligenz (KI) in aller Munde. Die Anwendung hat uns gezeigt, dass Kreativität keine exklusiv menschliche Fertigkeit ist. Obwohl auch ChatGPT bei weitem keine fehlerfreien Ergebnisse erzeugt, sind die sprachlichen Fähigkeiten des Programms erstaunlich. In kürzester Zeit werden syntaktisch tadellose Texte erzeugt, die kaum mehr von menschengemachten zu unterscheiden sind. Inhaltlich lassen die generierten Ergebnisse hingegen regelmäßig zu wünschen übrig. Hieraus ergibt sich das Dilemma des Einsatzes derartiger Programme im Printjournalismus: Die Presse darf nicht gänzlich auf KI verzichten, will sie nicht am offenen Wasserhahn verdursten. Zugleich muss sie sicherstellen, dass sie sich nicht an einer verunreinigten Quelle vergiftet.

1. Funktionsweise

Bis Ende 2022 handelte es sich bei texterstellenden Computeranwendungen zumeist um automatisierte textbasierte Dialogsysteme.⁶ Sie waren darauf trainiert, auf bestimmte Schlagworte mit bestimmten Textbausteinen zu reagieren. Die Einsatzmöglichkeiten waren dementsprechend begrenzt und die Ergebnisse ernüchternd. Mittlerweile existiert eine neue Generation derartiger Anwendungen: Die beschriebenen „diskriminativen“ Modelle werden von sog. generativen Sprachmodellen wie dem ChatGPT zugrundeliegenden Modell GPT verdrängt. Generative Sprachmodelle sind darauf ausgelegt, die Verteilung von Trainingsdaten zu lernen und neue Daten aus dieser Verteilung zu generieren. Mittels sogenannter Crawler werden im Rahmen des Trainings der Sprachmodelle Unmengen an Text durchforstet. Das Modell passt die Parameter seiner Wahrscheinlichkeitsberechnungen dabei mit jedem eingespielten Datensatz an. So lernt es, welches Wort sich wahrscheinlich an eine bestimmte Wortfolge anschließt.⁷ Nach Abschluss des Trainings kann das Modell auf Grundlage seiner Berechnungen auf jede Eingabe eines Nutzers (sogenannter Prompt) reagieren, indem es einen syntaktisch daran anknüpfenden Text generiert.

6 F. Remmert in: C. Hamm (Hrsg.), Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, 12. Aufl., München 2022, § 64 Rn. 57.

7 M. Grabmair, Einsatz von ChatGPT im Justizbereich, LT-NRW Stellungnahme 18/588, I.

2. Risiken

KI-basierte Sprachmodelle generieren ihre Ergebnisse also auf Grundlage der Berechnung der wahrscheinlichsten Wortfolge. Ihnen fehlt allerdings die Fähigkeit, den Inhalt ihrer Ergebnisse zu erfassen. Der generierte Text ist aus der Perspektive des Sprachmodells Produkt narrativer Notwendigkeit.⁸ Diese Funktionsweise führt dazu, dass bisweilen Texte generiert werden, deren Inhalte weder antizipiert noch erwünscht sind. Typische inhaltliche Unzulänglichkeiten der Ergebnisse, die auf der technischen Funktionalität der Programme beruhen, sind sogenannte Halluzinationen sowie Diskriminierungen und Persönlichkeitsrechtsverletzungen.⁹ Unter einer Halluzination versteht man in diesem Kontext die Erzeugung von Text, der faktisch inkorrekt ist, Informationen aus Quellen verfälscht oder unsinnige Aussagen enthält.¹⁰ Diskriminierungen können aufgrund sozialstereotypischer Muster aus den Trainingsdaten in den generierten Ergebnissen enthalten sein.¹¹ So wird ein KI-Modell den Begriff des Doktors regelmäßig mit einem weißen, männlichen Arzt verknüpfen.¹² Daneben können persönlichkeitsrechtsverletzende Ergebnisse auf Grundlage erlernter schädlicher, insbesondere beleidigender, Inhalte generiert werden.¹³ Nach den mathematischen Maßstäben sind derartige Ergebnisse indes korrekt errechnet, so dass sich der „Fehler“ aus der Inkompatibilität von menschlich reflektiertem Werten und autonom agierendem Rechnen ergibt.

Im journalistischen Kontext werden derart fehlerhafte Ergebnisse grundsätzlich erst mit ihrer Publikation problematisch. Es ließe sich daher argumentieren, dass durch eine menschliche Redaktion der maschinengenerierten Texte etwaige Unzulänglichkeiten korrigiert werden können. Während dieser Vermutung dem Grunde nach zuzustimmen ist, sollte doch zweierlei berücksichtigt werden: Zum einen legt die rasante Entwicklung des KI-Ein-

8 Zum Begriff der narrativen Notwendigkeit *L. Bottou/B. Schölkopf*, Borges und die Künstliche Intelligenz, F.A.Z. vom 18.12.2023, 18.

9 *Grabmair*, LT-NRW Stellungnahme 18/588, 5 ff.

10 *Z. Ji et al.*, Survey of Hallucination in Natural Language Generation, ACM Computing Surveys Vol. 55, Issue 12, Article No. 248, 3.

11 *Grabmair*, LT-NRW Stellungnahme 18/588, 7.

12 Am Beispiel eines bildgenerierenden KI-Modells *Hansen/Köhler/Schwartzmann*, Was gegen die Voreingenommenheit der KI-Systeme hilft, F.A.Z. vom 18.12.2023, 18.

13 *Grabmair*, LT-NRW Stellungnahme 18/588, 7; *S. Gehmann et al.*, RealToxicity-Prompts: Evaluating Neural Toxic Degeneration in Language Models, Findings of the Association for Computational Linguistics: EMNLP 2020, 3356, abrufbar unter <https://aclanthology.org/2020.findings-emnlp.301/>, zuletzt abgerufen am 3.7.2024.

satzes in allen Branchen nahe, dass auch im Journalismus perspektivisch mit vollautomatisiert erstellten Beiträgen ohne menschliche Redaktion zu rechnen ist, wenn nicht entsprechende Gegenmaßnahmen ergriffen werden. Zum anderen ist die Versuchung des KI-Anwenders groß, die generierten Ergebnisse ohne hinreichende Kontrolle zu übernehmen. Dieses Phänomen wird in der Psychologie als Automatisierungsbias bezeichnet.¹⁴ Es dürfte durch die überdurchschnittlichen Simulationen sprachlicher Fähigkeiten der Modelle verstärkt werden, die den Eindruck vermitteln, der Nutzer kommuniziere mit einem fachlich kompetenten Gesprächspartner.

II. Regulierung nach der KI-Verordnung

Die Risiken des KI-Einsatzes sind auch dem europäischen Gesetzgeber bewusst. Im Dezember 2023 haben sich Kommission, Parlament und Rat daher nach zähen Verhandlungen auf ein Gesetz geeinigt, das die Werte der Union und die Grundrechte ihrer Bürger beim Einsatz von KI schützen soll. Am 12. Juli 2024 wurde das Gesetz über künstliche Intelligenz schließlich im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht.¹⁵

1. Überblick

Grundsätzlich verfolgt die KI-VO einen risikobasierten Ansatz. Im Wesentlichen basierend auf dem Zweck des jeweiligen KI-Systems wird dieses nach dem grundlegenden Konzept der Verordnung einer von drei Risikoklassen zugeteilt: Bestimmte Systeme sind nach Art. 5 KI-VO verboten, da von ihnen ein Risiko ausgeht, das nach Einschätzung des Gesetzgebers nicht zu kontrollieren ist. Mit anderen KI-Systemen wird ein Zweck verfolgt, von dem nach der KI-VO zwar ein hohes Risiko ausgeht, welches aber noch in einem angemessenen Verhältnis zum Nutzen seines Einsatzes steht. Derartige Hochrisiko-KI-Systeme sind im Anhang zur KI-VO aufgeführt

14 L. Skitka/K. Mosier/M. Burdick, Does Automation Bias Decision-Making?, *International Journal of Human-Computer Studies* 51, no. 5, 991 ff.

15 Verordnung (EU) 2024/1689 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2024 zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 300/2008, (EU) Nr. 167/2013, (EU) Nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 und (EU) 2019/2144 sowie der Richtlinien 2014/90/EU, (EU) 2016/797 und (EU) 2020/1828 (Verordnung über künstliche Intelligenz), im Folgenden: KI-VO).

und unterliegen einer umfassenden technologiespezifischen Regulierung. Für KI-Systeme, die in keine der beiden genannten Kategorien fallen, sollen hingegen lediglich die allgemeinen Gesetze gelten.¹⁶

2. Regulierung von GPAI-Modellen

Ein Problem für dieses Konzept bilden sogenannte General Purpose Artificial Intelligence Models (GPAI-Modelle). Diese Modelle werden ohne spezifischen Zweck entwickelt und können als Grundlage für eine Vielzahl unterschiedlicher KI-Systeme eingesetzt werden. Die KI-VO definiert sie in Art. 3 Nr. 63 KI-VO als KI-Modelle, die eine erhebliche Allgemeinheit aufweisen und in der Lage sind, ein breites Spektrum unterschiedlicher Aufgaben kompetent zu erfüllen, unabhängig davon, wie das Modell auf den Markt gebracht wird, und das in eine Vielzahl von nachgelagerten Systemen oder Anwendungen integriert werden kann. Derzeit ist der wichtigste Anwendungsbereich dieser Modelle die Generierung von Bildern, Videos, Audio oder eben Texten. Ein textgenerierendes GPAI-Modell kann also etwa Grundlage für ein KI-System in der Kunden- oder Mitarbeiterberatung sein, aber ebenso bei der Produktion journalistischer Texte Anwendung finden. Im Gesetzgebungsverfahren war deshalb häufig von sogenannten Basismodellen die Rede. Das derzeit wohl prominenteste GPAI-Modell heißt GPT und dient unter anderem als Grundlage des bereits angesprochenen Chatbots ChatGPT. Da GPAI-Modelle *per definitionem* einen allgemeinen Verwendungszweck haben, lassen sie sich keiner der vornehmlich zweckorientierten Risikokategorien der KI-VO zuordnen. Ohne spezifische Vorschriften gelten für sie daher nur die allgemeinen Gesetze.

Eine mangelnde Qualität des GPAI-Modells hat allerdings enorme Auswirkungen auf alle darauf aufsetzenden KI-Systeme. Wurde ein Modell etwa mit mangelbehafteten Datensätzen trainiert, werden KI-Systeme, die auf der Basis dieses Modells arbeiten, Ergebnisse produzieren, die ähnliche Mängel aufweisen. In der Informatik ist dieses Phänomen unter dem Stichwort „garbage in, garbage out“ (Müll rein, Müll raus) bekannt.¹⁷ Der europäische Gesetzgeber hat sich daher entschlossen, die Entwickler der

16 Allgemein zum risikobasierten Ansatz R. Schwartmann/M. Köhler in: R. Schwartmann/T. Keber/K. Zenner (Hrsg.), KI-Verordnung, Heidelberg 2024, 2. Teil 1. Kap. Rn. 51 ff.

17 D. Rutherford, God has an App for That: Discover God's Solutions for the Major Issues of Life, Grand Rapids: Revell 2012, S. 122 schreibt dieses Zitat G. Fuechsel zu.

GPAI-Modelle in Art. 53 ff. KI-VO besonderen Transparenz-, Informations- und Meldepflichten zu unterwerfen. Die Reichweite dieser Verpflichtungen bestimmt sich danach, ob es sich bei dem zu entwickelnden Modell um ein Modell mit systemischem Risiko handelt. Die Klassifizierung als Modell mit systemischem Risiko hängt gemäß Art. 51 KI-VO von seinen Fähigkeiten ab, die unter anderem durch die für Entwicklung und Betrieb erforderliche Rechenleistung bestimmt werden.

Alle Entwickler von GPAI-Modellen müssen gem. Art. 53 KI-VO technische Dokumentationen ihres Modells erstellen sowie Informationen über dessen Fähigkeiten und Grenzen für KI-Anbieter bereithalten, die das jeweilige Modell in ihre Systeme integrieren wollen. Die Entwickler von GPAI-Modellen, die nach Art. 51 KI-VO ein systemisches Risiko aufweisen, müssen gem. Art. 55 KI-VO darüber hinaus regelmäßige Bewertungen ihres Modells durchführen und Störungen unverzüglich melden.

3. Transparenzpflichten der Nutzer generativer Systeme

Wird ein generatives KI-System zu einem Zweck eingesetzt, der keiner der im Anhang der KI-VO genannten Risikokategorien unterfällt, sind nach der grundlegenden Konzeption der Verordnung lediglich die allgemeinen Gesetze anwendbar. Ein System, das autonom journalistische Beiträge verfasst und publiziert, unterläge hiernach keiner spezifischen KI-Regulierung. Mit Art. 50 KI-VO wird der Grundsatz der Risikoklassifizierung von KI-Systemen in der KI-VO allerdings durchbrochen. Gem. Art. 50 Abs. 4 KI-VO trifft die Betreiber bild-, audio-, video- und textgenerierender KI-Systeme eine besondere Transparenzpflicht: Sie müssen spätestens bei der ersten Wahrnehmung der generierten Ergebnisse durch eine natürliche Person offenlegen, dass der jeweilige Inhalt maschinellen Ursprungs ist. Für KI-generierte Texte soll diese Pflicht allerdings nicht gelten, wenn der Text vor der ersten Wahrnehmung durch eine natürliche Person von einem Menschen redigiert wurde und dieser die redaktionelle Verantwortung trägt. Zudem verlangt Art. 50 Abs. 4 UAbs. 2 S. 1 KI-VO eine Offenlegung des KI-Einsatzes nur, wenn der Text mit der Intention veröffentlicht wird, die Öffentlichkeit über eine Angelegenheit von öffentlichem Interesse zu informieren.

Grundsätzlich ist der Ansatz dieser Regulierung zu begrüßen. Mit Blick auf presserechtliche Vorgaben weist er allerdings Inkonsistenzen auf, welche sich am Fall eines KI-generierten Interviews darstellen lassen, das kurz

nach dem Aufkommen von ChatGPT im Frühjahr 2023 für Schlagzeilen sorgte: Auf der Titelseite der Boulevardzeitschrift „Die Aktuelle“ prangte damals der Text „Michael Schumacher: Das erste Interview!“, darunter der Zusatz „Es klingt täuschend echt“. Erst im Innenteil wurde der Leser im letzten Drittel des Beitrags darüber aufgeklärt, dass es sich um einen KI-generierten Text handelt.¹⁸ Für dieses Vorgehen wurde die Zeitschrift wegen eines schweren Verstoßes gegen Ziffer 1 des Pressekodexes vom Presserat gerügt.¹⁹ Die Transparenzpflicht des Art. 50 Abs. 4 UAbs. 2 KI-VO würde in diesem Fall indes nicht greifen, da die damalige Chefredakteurin der Zeitschrift die redaktionelle Verantwortung trug. Zudem hätte nach Art. 50 Abs. 5 S. 1 KI-VO aber auch ein Hinweis auf den KI-Einsatz zu Beginn des Textes im Innenteil der Zeitschrift genügt. Es ist allerdings naheliegend, dass das Werben mit KI-generierten Inhalten ohne entsprechenden Hinweis die Leserschaft auf vergleichbare Weise in die Irre führen kann, wie eine unmittelbare Exponierung. Die Rüge des Presserats ist vor diesem Hintergrund zu begrüßen. Wünschenswert wäre es, wenn parallel hierzu auch die KI-VO einen Hinweis verlangen würde, sobald auf KI-generierte Inhalte verwiesen wird.²⁰

III. Verfassungsrecht

Bei der Betrachtung des nationalen Rechts soll der Normenhierarchie folgend zunächst der verfassungsrechtliche Schutz des KI-Einsatzes im Journalismus beleuchtet werden. Grundsätzlich umfasst der Schutzbereich der Pressefreiheit die Wahrnehmung aller wesensmäßig mit der Pressearbeit im Zusammenhang stehenden Tätigkeiten.²¹ Der Schutz reicht von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachricht.²² Im Rahmen des Einsatzes von KI-Systemen ist der Schutz durch die Pressefreiheit

18 Pressemitteilung des Presserats vom 16.6.2023, abrufbar unter <https://www.presserat.de/presse-nachrichten-details/presserat-rügt-clickbaiting-schleichwerbung-und-sensationsberichterstattung.html>, zuletzt abgerufen am 3.7.2024.

19 Pressemitteilung des Presserats vom 16.6.2023 (Fn. 18).

20 Schwartmann, AfP 2024, 1 (3).

21 C. Grabenwarter in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 102. EL, München 2023, Art. 5 Rn. 271.

22 BVerfGE 10, 118 (121).

abhängig vom konkreten Anwendungsszenario.²³ So divergiert die Schutzwürdigkeit und -bedürftigkeit eines Journalisten, der sich bei der Erstellung eines Beitrags von einem KI-System unterstützen lässt, deutlich von der eines Verleges, der einem KI-System die eigenständige Recherche, Generierung und Verbreitung eines journalistischen Gesamtangebots überträgt.

1. KI-assistierter Journalismus

KI-Systeme auf Basis generativer Sprachmodelle können zunächst als journalistische Werkzeuge eingesetzt werden. Typische Einsatzszenarien sind die Auswertung großer Datenmengen zur Recherche und die Analyse von Texten, Bildern, Audiodateien oder Videos auf Ungereimtheiten im Rahmen eines sogenannten Fact Checkings.²⁴ Auch die Straffung eines zu lang geratenen Beitrags kann von einem solchen KI-System übernommen werden.²⁵ Mit der Entwicklung der Fähigkeiten neuerer Systeme ist außerdem das Generieren journalistischer Texte ein realistisches Anwendungsszenario geworden.²⁶

Jedenfalls solange der Journalist bestimmenden Einfluss auf die Erstellung des Presseerzeugnisses ausübt, würde es der elementaren Bedeutung der freien Presse für die freiheitliche Demokratie entgegenlaufen, wenn ihm allein wegen der Nutzung assistierender Software der Schutz versagt würde.²⁷ Andernfalls bestünde die Gefahr, dass die Bedrohungswirkung die Arbeit der freien Presse behindert, die maßgeblich auf die Unterstützung durch technische Hilfsmittel angewiesen ist.

Entscheidend für den Schutz durch die Pressefreiheit ist, dass beim Einsatz eines assistierenden KI-Systems die menschliche Verantwortung für das Endergebnis fortbesteht.²⁸ Unsere Rechtsordnung ist anthropozentrisch

23 R. Schwartmann in: A. Heusch/N. Ullrich/H.Posser (Hrsg.), *Handbuch Verfassungsrecht in der Praxis*, München 2024, § 20 Rn. 99b.

24 N. Diakopoulos, *Automating the News: How Algorithms are Rewriting the Media*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 2019, S. 68 ff.

25 Schwartmann, AfP 2024, 1 (2).

26 Vgl. I.

27 Schwartmann, AfP 2024, 1 (2).

28 T. Conraths, *Wege zum Roboterjournalismus? – Wie verändert KI die journalistische Arbeit?*, ZUM 2023, 574 (576); ders. in: M. Ebers/C. Heinze/T. Krügel/B. Steinrötter (Hrsg.), *Künstliche Intelligenz und Robotik*, München 2020, § 29 Rn. 25; J. Weberling, *Medienrechtliche Bedingungen und Grenzen des Roboterjournalismus*, NJW 2018, 735 (736).

aufgebaut²⁹ und auf den Menschen ausgelegt, den sie für Rechtsverletzungen verantwortlich zeichnet.³⁰ Solange Wirkungen in der tatsächlichen Welt auf menschliches Handeln zurückführbar sind und damit einen Anhaltspunkt für die Haftung eines Menschen bieten, ist ein entsprechender Schutz nach dem Grundgesetz obligatorisch. Demgegenüber ist der Nutzer eines KI-Systems nicht schutzbedürftig, wenn er seine gesamte Verantwortung auf das System überträgt. Diese Wertung lässt sich im Übrigen Art. 50 Abs. 4 UAbs. 2 S. 2 Hs. 2 KI-VO entnehmen, der für den Fall menschlicher redaktioneller Verantwortung von den besonderen Transparenzpflichten beim Einsatz textgenerierender KI-Systeme befreit.³¹

2. KI-generiertes Gesamtangebot

Mit steigender Automatisierung des KI-Einsatzes in der Presse werden künftig auch KI-generierte Gesamtangebote möglich sein. Bereits jetzt ist die KI-gestützte Aggregation, Selektion und Präsentation journalistischer Inhalte von zahlreichen Internetseiten bekannt, so etwa auf der Startseite des Webbrowsers Mozilla Firefox. Hinzu treten nunmehr die eigenständige Recherche und die Generierung eigener Inhalte durch KI-Systeme. Die Risiken des Einsatzes dieser Technologie zeigen sich exemplarisch am Fall der News-Seite Microsoft Start, die Ende 2023 auf sich aufmerksam machte, als neben der KI-gestützten Präsentation eines Artikels des Guardian über den ungeklärten Tod einer jungen Frau in Australien eine Umfrage angeboten wurde, in welcher die Nutzer über die wahrscheinlichste Todesursache abstimmen konnten.³² Für die KI, welche die Umfrage erstellt und platziert hatte, stellte sich diese Form der Präsentation als besonders wirksam dar, um die Interaktion der Nutzer mit der Seite zu erhöhen. Für die daraus resultierende Geschmacklosigkeit hatte das System im wahrsten

29 S. Hähnchen/P. Schrader/F. Weiler/T. Wischmeyer, Legal Tech: Rechtsanwendung durch Menschen als Auslaufmodell?, JuS 2020, 625.

30 Die Rechtssubjektivität von KI-Systemen wird von der herrschenden Meinung in der Literatur abgelehnt, vgl. zur Diskussion L. Rösinger, Autonome Maschinen als „Normadressaten“? – Eine Erinnerung an die Bedeutung von Autonomie als Selbstgesetzgebung für das Rechtsverständnis, ZfDR 2021, 147 m.w.N.

31 Vgl. II. 3.

32 D. Milmo, Microsoft accused of damaging Guardian's reputation with AI-generated poll, The Guardian vom 31.10.2023, abrufbar unter <https://www.theguardian.com/media/2023/oct/31/microsoft-accused-of-damaging-guardians-reputation-with-ai-generated-poll>, zuletzt abgerufen am 3.7.2024.

Sinne des Wortes hingegen kein Gefühl. Sollen KI-Systeme künftig über die Präsentation menschengemachter journalistischer Beiträge hinaus auch eigene Gesamtangebote erstellen und präsentieren, ist daher eine Auseinandersetzung mit den dahinterstehenden Verantwortlichkeiten erforderlich.³³ Die Verantwortlichkeit der Presseorgane für die Ergebnisse des KI-Einsatzes ist wiederum entscheidend für ihren verfassungsrechtlichen Schutz.³⁴ Es besteht Einigkeit in der Literatur, dass ebenso wie im Rahmen einer KI-Assistenz auch bei der Erstellung KI-generierter Gesamtangebote die Möglichkeit des Journalisten entscheidend ist, Einfluss auf die Arbeitsweise der KI auszuüben und so den anerkannten journalistischen Grundsätzen gerecht zu werden. Sofern er die Möglichkeit hat, seinen Sorgfaltspflichten nachzukommen, soll mit der daraus resultierenden Verantwortlichkeit für deren Einhaltung der grundrechtliche Schutz durch die Pressefreiheit korrespondieren.³⁵

Teilweise wird unter Zugrundelegung dieses Maßstabs vertreten, dass der Schutz der Pressefreiheit auch bei völlig autonomer Erstellung und Verbreitung journalistischer Inhalte greifen soll.³⁶ Dieser Auffassung ist nicht zuzustimmen. Es mag zwar der Realität entsprechen, dass sich die journalistischen Sorgfaltspflichten mit dem Aufkommen von KI in der Medienproduktion wandeln werden. Unverhandelbar ist hingegen die menschlich-journalistische Verantwortung für die Individuen und deren Interessen, über die im konkreten Fall berichtet wird.³⁷ Dieser Verantwortung kann sich der Einzelne nicht dadurch entziehen, dass er das autonome Modell mit allgemeinen Maßstäben für Roboterjournalisten programmiert, die künftig für solche Berichterstattungen gelten sollen.³⁸ Im Falle einer vollständigen Delegation der Generierung und Verbreitung journalistischer Inhalte im Sinne eines KI-generierten Gesamtangebots ist ein Schutz durch die Pressefreiheit daher abzulehnen.³⁹

33 Vgl. Schwartmann, AfP 2024, I (5).

34 Vgl. III. 1.

35 Conraths., Künstliche Intelligenz (Fn. 29), § 29 Rn. 24; Schwartmann, AfP 2024, I (5).

36 Conraths, ZUM 2023, 574 (576).

37 Schwartmann, AfP 2024, I (5).

38 Weberling, NJW 2018, 735 (737).

39 So die wohl herrschende Meinung: Schwartmann, AfP 2024, I (5); Weberling, NJW 2018, 735 (737); S. Uphues in: T. Hoeren/U. Sieber/B. Holznapel (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, 59. EL, München 2023, Teil 15.3 Rn. 64.

3. Individualjournalismus

Zuletzt sei eine Form des KI-Einsatzes angesprochen, die bisher ein Schattendasein in der Debatte um den Roboterjournalisten führt, angesichts der zunehmenden Personalisierung des Medienkonsums aber eine realistische Zukunft des Einsatzes textgenerierender KI-Systeme zur Herstellung journalistischer Beiträge darstellt. Unter dem Stichwort „Individualjournalismus“ wird eine Form des Journalismus verstanden, in welcher der Nutzer in Interaktion mit einem KI-System Nachrichten konsumiert, die auf seine persönlichen Interessen zugeschnitten sind.⁴⁰ Die Aufgabe des KI-Systems geht dabei über die interessengerechte Aggregation, Selektion und Präsentation menschengemachter Inhalte hinaus. Vielmehr werden auf Basis der gesammelten Nutzerdaten Nachrichtenbeiträge von der KI individuell erstellt. Dabei können die Interessen des Nutzers, aber ebenso seine Aufmerksamkeitsspanne Auswirkungen auf die generierten Beiträge haben. Eine nutzerorientierte Einbindung generativer KI-Systeme in den journalistischen Kontext ist mit der Bereitstellung des auf ChatGPT beruhenden Chatbots „Hey“ im Internetauftritt der Bild-Zeitung sowie in der Bild-App bereits erfolgt. Die Bild-Zeitung weist darauf hin, dass „Hey“ nicht als Alternative zu journalistischen Angeboten bereitgestellt wird. Für den Nutzer dürften die Ausgaben des Bots indes kaum von Journalismus zu unterscheiden sein. Insgesamt ist absehbar, dass Chatbots wie „Hey“ in Zukunft auch zu journalistischen Zwecken eingesetzt werden.

Bei der Beurteilung des verfassungsrechtlichen Schutzes der hinter entsprechenden Anwendungen stehenden Menschen durch die Pressefreiheit ist zunächst zu fragen, ob es sich bei den Anwendungen überhaupt um Presse im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Var. 1 GG handelt. Nach traditionellem Verständnis umfasst der Begriff der Presse im GG alle zur Verbreitung an einen unbestimmten Personenkreis geeigneten und bestimmten Druckerzeugnisse.⁴¹ In der Literatur wird mittlerweile hingegen die Ansicht vertreten, dass das Erfordernis einer Verkörperung im Sinne eines Druckerzeugnisses nicht mehr zeitgemäß sei, da Zeitungen heute mit identischem oder teilweise identischem Inhalt auch über das Internet verbreitet werden.⁴² Tatsächlich würde die Pressefreiheit wohl perspektivisch vollends in der Rundfunkfreiheit aufgehen, wenn weiterhin am Kriterium der Ver-

40 Schwartmann, AfP 2024, 1 (6); Schwartmann (Fn. 23), § 20 Rn. 99b.

41 BVerfGE 95, 28 (35).

42 Grabenwarter (Fn. 21), Art. 5 Rn. 250.

körperung der Inhalte festgehalten und der Schutz von Online-Angeboten durch die Pressefreiheit abgelehnt wird.⁴³ Daneben ist aber auch fraglich, ob der Einsatz eines Chatbots zur Verbreitung journalistischer Inhalte an einen unbestimmten Personenkreis geeignet und bestimmt ist. Hieran ließe sich unter Verweis auf die individuelle Aufbereitung der Information zweifeln. Allerdings dürfte dieser Auffassung ein formalistischer Ansatz zugrunde liegen, welcher der Bedeutung der Presse und ihrer Entwicklung nicht gerecht wird. Jedenfalls kann nicht entscheidend sein, ob eine an einen unbestimmten Empfängerkreis gerichtete Information den Nutzerinteressen entsprechend aufbereitet wird. Solange Beiträge nicht im errechneten Sinne des Nutzers inhaltlich verändert werden, sondern lediglich priorisiert oder zusammengefasst werden, ist auch im Rahmen des Individualjournalismus demnach noch von einer vom Pressebegriff des Grundgesetzes erfassten Allgemeinkommunikation auszugehen. Werden die Beiträge hingegen inhaltlich verändert, muss eine Individualkommunikation angenommen werden, die schon deshalb nicht durch die Pressefreiheit geschützt ist.

Auch wenn nach den genannten Kriterien im Einzelfall anzunehmen ist, dass ein individualjournalistisches Angebot dem Pressebegriff des Grundgesetzes unterfällt, genießen die dahinterstehenden Presseschaffenden dennoch nicht den Schutz der Pressefreiheit. Unter Zugrundelegung des oben besprochenen Maßstabs kann nicht davon ausgegangen werden, dass der einzelne Presseschaffende in einer Weise Einfluss auf die individuell generierten KI-Ergebnisse nehmen kann, die seine presserechtliche Verantwortlichkeit und damit einen entsprechenden verfassungsrechtlichen Schutz begründen könnte. Während die Generierung von Inhalten im Rahmen des Individualjournalismus damit bereits keine Presse im Sinne des Grundgesetzes darstellt, greift die Pressefreiheit auch nicht im Rahmen einer individuellen Aufbereitung der Inhalte durch einen entsprechend programmierten Chatbot.

IV. Urheberrecht

Die KI-VO trifft keine (hinreichenden) Regelungen zum Schutz des Urheberrechts. Die Entwickler der GPAI-Modelle müssen zwar gem. Art. 53 Abs. 1 Buchst. c KI-VO unternehmensinterne Richtlinien entwerfen, die den Schutz des Urheberrechts sicherstellen sollen und darüber hinaus gem.

43 Grabenwarter (Fn. 21), Art. 5 Rn. 250 m.w.N.

Art. 53 Abs. 1 Buchst. d Zusammenfassungen über den Inhalt der für das Training verwendeten Daten veröffentlichen. Berücksichtigt man allerdings die umfangreichen urheberrechtlichen Implikationen, die das Training und der Einsatz generativer KI-Modelle haben, ist eine Novelle des bestehenden Urheberrechts auf europäischer Ebene und in den Mitgliedstaaten indes unerlässlich. Im Folgenden sollen drei der hierbei drängenden urheberrechtlichen Herausforderungen behandelt werden: die Zulässigkeit des Trainings (1.), die Zulässigkeit der Nutzung KI-generierter Ergebnisse (2.) sowie der Schutz der generierten Ergebnisse (3.).

1. Zulässigkeit des Trainings

Für die Entwicklung textgenerierender KI-Modelle ist die Verarbeitung großer Mengen an bestehenden Texterzeugnissen erforderlich.⁴⁴ Diese sind jedenfalls in Teilen urheberrechtlich geschützt. Konkret sind die KI-Modelle und darauf aufsetzende Systeme also auf den Input menschengemachter und urheberrechtlich geschützter Texte angewiesen.⁴⁵ Es stellt sich daher die Frage, ob das Urheberrecht *de lege lata* die menschlichen Urheber hinreichend vor einer Verwertung ihrer Texte im Rahmen des Trainings von KI-Modellen schützt und für einen angemessenen Interessenausgleich sorgt.

a) Text Mining und Widerrufsvorbehalt

Gem. Art. 44b Abs. 2 Satz 1 UrhG sind Vervielfältigungen von rechtmäßig zugänglichen Werken für das Text und Data Mining grundsätzlich zulässig. Als Text Mining definiert Abs. 1 der Vorschrift die automatisierte Analyse von einzelnen oder mehreren digitalen oder digitalisierten Werken, um daraus Informationen insbesondere über Muster, Trends und Korrelationen zu gewinnen. GPAI-Modelle können daher dem Grunde nach rechtmäßig Texte zu Trainingszwecken vervielfältigen und zur Vornahme der erforderlichen Wahrscheinlichkeitsberechnungen nutzen.⁴⁶ Um einen Ausgleich mit den Interessen der Rechteinhaber herzustellen, hat der Gesetzgeber

⁴⁴ Vgl. I. 1.

⁴⁵ Dazu bereits *Schwartmann*, AfP 2024, 1 (5).

⁴⁶ Dazu *R. Schwartmann/M. Köhler*, Rechtskonformer Einsatz von Chatbots im Unternehmen, in: *R. Schwartmann/K. Benedikt/Y. Reif* (Hrsg.), *Datenschutz im Internet*,

in § 44b Abs. 3 Satz 1 UrhG die Möglichkeit eines Nutzungsvorbehalts für rechtmäßig zugängliche Werke vorgesehen. So soll es den Rechteinhabern ermöglicht werden, im Sinne eines Opt-Out selbst darüber zu entscheiden, ob sie ihre Werke für das Text Mining zu kommerziellen Zwecken zur Verfügung stellen wollen.⁴⁷ Die Regelung ist allerdings mit erheblicher Rechtsunsicherheit verbunden und sieht sich dem Vorwurf ausgesetzt, praxisuntauglich zu sein.⁴⁸ Dies gilt insbesondere für online zugängliche Werke, für die ein wirksamer Nutzungsvorbehalt gem. § 44b Abs. 3 Satz 2 UrhG ausschließlich in maschinenlesbarer Form erklärt werden kann. Hintergrund dieses Formerfordernisses ist der im Rahmen des Trainings von KI-Modellen typische Einsatz von Webcrawlern, die das Internet durchforsten, um eine Datenbasis für das Modell zusammenzustellen.⁴⁹ Diese sollen den Nutzungsvorbehalt erkennen können.⁵⁰ Maschinenlesbar im Sinne von § 44b Abs. 3 Satz 2 UrhG ist daher nur eine technisch codierte Information, die automatische Crawler verarbeiten können.⁵¹ Eine digitalisierte Klausel in natürlicher Sprache genügt den Anforderungen eines maschinenlesbaren Formats hingegen nicht.⁵² Dies würde dem Sinn der Regelung zuwiderlaufen, eine automatisierte Auswertung zu ermöglichen.⁵³ Problematisch ist allerdings, dass derzeit keine standardisierte technische Codierung existiert, welche die Verarbeitung eines Nutzungsvorbehalts durch automatische Crawler ermöglicht. Die Ausgestaltung einer solchen Codierung ist „der Praxis überlassen“.⁵⁴

München 2024 (im Erscheinen), Kap. 29 Rn. 38; in diese Richtung auch LG Hamburg, Urt. v. 27.9.2024 - 310 O 227/23 Rn. 67-84, zit. nach juris.

47 B. Raue, Die geplanten Text und Data Mining-Schranken (§§ 44b und 60d UrhG-E), ZUM 2020, 172 (173).

48 Schwartmann/Köhler, Datenschutz (Fn. 46), Kap. 29 Rn. 38.

49 Vgl. I. 1.

50 N. Maamar, Urheberrechtliche Fragen beim Einsatz von generativen KI-Systemen, ZUM 2023, 481 (484).

51 Maamar, ZUM 2023, 481 (484); T. Gausling, Kommerzialisierung öffentlich-zugänglicher Informationen im Wege des Data Scraping, CR 2021, 609 (611); M. Müller-ter Jung/L. Rixin, Rechtliche Anforderungen an intelligentes und automatisiertes Technologiescouting, CR 2022, 169 (174); W. Bullinger in: A.-A. Wandtke/W. Bullinger (Hrsg.), Praxiskommentar Urheberrecht, 6. Aufl., München 2022, UrhG § 44b Rn. 10.

52 AA M. Hartmann/J. Jacobsen, „Maschinenlesbarkeit“ des Rechtevorrbehalts im neuen § 44b UrhG, MMR-Aktuell 2021, 441332; LG Hamburg, Urt. v. 27.9.2024 - 310 O 227/23 Rn. 97-102, zit. nach juris.

53 Maamar, ZUM 2023, 481 (484).

54 Antwort des Bundesministeriums der Justiz zu einer Anfrage betreffend die technische Umsetzung von Urheberrecht / Data Mining, abrufbar unter <https://fragdensta>

b) Vergütung der Rechteinhaber *de lege ferenda*

Problematisch ist ferner, dass es den Rechteinhabern selbst bei wirksamer Erklärung eines Nutzungsvorbehalts häufig nicht möglich sein wird, die Verarbeitung ihrer Werke im Rahmen des Trainings der KI-Modelle nachzuweisen.⁵⁵ Zwar trägt der Nutzer die Beweislast für das Fehlen eines Nutzungsvorbehalts.⁵⁶ Der Nachweis einer Verwendung des urheberrechtlichen Textes obliegt indes weiterhin dem Rechteinhaber, der einen Verstoß gegen das Urheberrecht geltend macht. Hinzu kommt, dass der rechtliche Hinweis auf einen Nutzungsvorbehalt nicht unmittelbar technische Wirkung entfaltet, sodass Text Mining gleichwohl stattfinden kann.⁵⁷ Angemessen erscheint daher die Etablierung einer pauschalen Vergütungspflicht der KI-Anbieter oder der Unternehmen, die KI-Systeme zu kommerziellen Zwecken einsetzen.⁵⁸ So könnte sichergestellt werden, dass Presseunternehmen, die KI-Systeme einsetzen, um kostensparend Inhalte zu erzeugen, die Früchte ihrer Arbeit mit den menschlichen Textern teilen, die ein solches Vorgehen durch zeit- und kostenintensive Recherchen erst ermöglicht haben.⁵⁹

2. Zulässigkeit der Nutzung KI-generierter Ergebnisse

Wenn Presseunternehmen generative KI-Systeme zur Textproduktion einsetzen, können ebenfalls Konflikte mit dem Urheberrecht entstehen.⁶⁰ Wie beschrieben, analysieren die Modelle im Rahmen ihres Trainings unter anderem urheberrechtlich geschützte Texte, um Wahrscheinlichkeitsverteilungen zu ermitteln.⁶¹ Dass die Texte dabei in Form geänderter Parameter lediglich abstrakt im Modell gespeichert werden, schützt allerdings nicht hinreichend vor einer urheberrechtlich relevanten Reproduktion von Wort-

at.de/anfrage/technische-umsetzung-von-urheberrecht-data-mining/#nachricht-767159, zuletzt abgerufen am 3.7.2024.

55 Schwartmann/Köhler, Datenschutz (Fn. 46), Kap. 29 Rn. 39.

56 BT-Drs. 19/27426, S. 89.

57 Conraths, ZUM 2023, 574 (577).

58 Schwartmann/Köhler, Datenschutz (Fn. 46), Kap. 29 Rn. 39; Conraths, ZUM 2023, 574 (577); C. Fiedler, Roboterpresse und Menschenmedien, F.A.Z. vom 16.8.2023, 13.

59 Schwartmann, AfP 2024, 1 (6).

60 Schwartmann/Köhler, Datenschutz (Fn. 46), Kap. 29 Rn. 40.

61 Vgl. I. 1.

folgen.⁶² So wurde bereits nachgewiesen, dass etwa GPT-4 eine Vielzahl an Romanen wörtlich wiedergeben und zuordnen kann.⁶³ Fordert der Nutzer eines generativen KI-Systems dieses zur Reproduktion einer konkreten Textpassage auf, bestehen die Rechte des Urhebers fort. Die Verwertung eines derart generierten Textes ist daher unzulässig.⁶⁴ Gleiches gilt etwa für Übersetzungen oder Adaptionen fiktionaler Charaktere.⁶⁵ In diesen Fällen sind Eingriffe in das Vervielfältigungsrecht des Urhebers nach § 16 UrhG sowie in das Recht der Bearbeitung nach § 23 UrhG denkbar.⁶⁶ Lediglich, wenn das KI-System ein Ergebnis generiert, das rein zufällig einem urheberrechtlich geschützten Text ähnelt, stellt die Veröffentlichung dieser sog. Doppelschöpfung keine Urheberrechtsverletzung dar.⁶⁷ Um nachweisen zu können, dass tatsächlich eine Doppelschöpfung vorliegt, wird das verantwortliche Presseunternehmen allerdings darlegen müssen, dass das geschützte Werk weder unmittelbar noch mittelbar zum Training der KI verwendet wurde. Dies dürfte in der Praxis mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein. Zwar verpflichtet die KI-VO die Entwickler von GPAI-Modellen mit systemischem Risiko zur Transparenz über die für das Training eingesetzten Datensätze.⁶⁸ Es ist allerdings zweifelhaft, ob entsprechende Offenlegungen von Seiten der Entwickler so detailliert erfolgen werden, dass sie Presseunternehmen zum Nachweis einer Doppelschöpfung genügen.

Ob die Veröffentlichung eines KI-generierten Ergebnisses im Einzelfall urheberrechtlich zulässig ist, bestimmt sich anhand der Nähe des Outputs zu den urheberrechtlich geschützten Trainingsdaten.⁶⁹ Entscheidend ist, ob Werkbestandteile der Trainingsdatensätze im KI-generierten Ergebnis wiedererkennbar sind.⁷⁰ Zudem ist nach der Rechtsprechung des BGH

62 M. Baumann, *Generative KI und Urheberrecht – Urheber und Anwender im Spannungsfeld*, NJW 2023, 3673 (3677).

63 K. Chang/M. Cramer/S. Soni/D. Bamman, *Speak, Memory: An Archaeology of Books Known to ChatGPT/GPT-4*, *Proceedings of the 2023 Conference on Empirical Methods in Natural Language Processing*, 7312 (7315).

64 M. v. Welser, *ChatGPT und Urheberrecht*, GRUR-Prax, 57 (58).

65 Schwartmann/Köhler, *Datenschutz* (Fn. 46), Kap. 29 Rn. 40; v. Welser, *GRUR-Prax*, 57 (58).

66 Baumann, NJW 2023, 3673 (3677).

67 Baumann, NJW 2023, 3673 (3677).

68 Vgl. II. 2.

69 v. Welser, *GRUR-Prax*, 516 (517).

70 Zur Wiedererkennbarkeit bei der Nutzung von Audiofragmenten EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 39 – Pelham GmbH u.a. Einen Drei-

weiterhin eine Gesamtbetrachtung erforderlich.⁷¹ Weicht das KI-generierte Ergebnis von den urheberrechtlich geschützten Trainingsdatensätzen also lediglich im Detail ab, ohne dass von größeren Abweichungen in der Gesamtschau auszugehen ist, wird man zumeist von einer Wiedererkennbarkeit der prägenden Merkmale ausgehen müssen.⁷²

3. Schutz generierter Ergebnisse

Aus urheberrechtlicher Perspektive stellt sich abschließend die Frage, ob KI-generierte Ergebnisse einen besonderen Schutz genießen. Insbesondere Presseunternehmen, die aufgrund besonderer Expertise bei der Erstellung von Prompts oder aufgrund hochwertiger Recherchedaten überdurchschnittliche Ergebnisse erzielen, werden ein Interesse am Schutz ihrer Ergebnisse haben. Darüber hinaus kann die Möglichkeit eines urheberrechtlichen Schutzes für die weitere Verwertbarkeit und damit für den Preis relevant werden, wenn ein Presseunternehmen KI-generierte Texte ankauft.⁷³

Ausgangspunkt der Prüfung eines urheberrechtlichen Schutzes ist § 2 UrhG.⁷⁴ Gem. § 2 Abs. 2 UrhG können nur persönliche geistige Schöpfungen Urheberrechtsschutz genießen. Hiervon umfasst sind ausschließlich Schöpfungen natürlicher Personen.⁷⁵ Sofern ein KI-System zur Erstellung eines Textes eingesetzt wird, kommt ein urheberrechtlicher Schutz daher nur in Betracht, wenn die Software bewusst als Werkzeug eingesetzt wird.⁷⁶ Dazu ist erforderlich, dass das Ergebnis durch Anweisungen des Menschen geplant und festgelegt ist.⁷⁷ Von einem urheberrechtlichen Schutz soll etwa ausgegangen werden, wenn der Mensch die Ausgabe des Systems künstle-

schrift zur Prüfung der Wiedererkennbarkeit schlägt G. Schulze in: T. Dreier/G. Schulze (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, 7. Aufl., München 2022, UrhG § 23 Rn. 47 ff. vor. Zur Übertragung dieses Dreischritts auf KI-generierte Ergebnisse Baumann, NJW 2023, 3673 (3677).

71 BGH GRUR 2022, 899 Rn. 56 f.

72 Baumann, NJW 2023, 3673 (3677).

73 Schwartmann/Köhler, Datenschutz (Fn. 46), Kap. 29 Rn. 41.

74 Schulze (Fn. 70), UrhG § 2 Rn. 1.

75 Schulze (Fn. 70), UrhG § 2 Rn. 8; LG Berlin GRUR 1990, 270.

76 F. Krone, Urheberrechtlicher Schutz von ChatGPT-Texten?, RD, 117 (122); Baumann, NJW 2023, 3673 (3676); T. Hoeren in: U. Loewenheim (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 3. Aufl., München 2021, § 10 Rn. 2; Schwartmann/Köhler, Datenschutz (Fn. 46), Kap. 29 Rn. 41.

77 Schwartmann/Köhler, Datenschutz (Fn. 46), Kap. 29 Rn. 41.

risch beherrscht.⁷⁸ Insgesamt werden aber auch KI-assistierte Schöpfungen nur in Ausnahmefällen urheberrechtlichen Schutz genießen.⁷⁹

Teilweise wird ein Schutz KI-generierter Ergebnisse durch eine Anknüpfung an Leistungsschutzrechte begründet.⁸⁰ Tatsächlich dienen diese gerade nicht dem Schutz menschlicher Schöpfung, sondern dem Schutz von Investitionen und können daher auch juristischen Personen zugutekommen.⁸¹ Im Einzelfall wird sich ein Leistungsschutz KI-generierter Ergebnisse wohl auch begründen lassen können. Mit dem Gesetzeszweck nicht mehr vereinbar ist allerdings eine Lesart, nach welcher jedes KI-generierte Ergebnis eine Datenbank darstellt, die ein eigenes Leistungsschutzrecht nach den §§ 87a ff. UrhG genießt.⁸²

Lösungen zum Schutz KI-generierter Ergebnisse *de lege ferenda* werden derzeit in zahlreichen Facetten angeboten. So wird ein Ablassen vom Erfordernis menschlicher Schöpfung⁸³ ebenso diskutiert wie die Etablierung eines allgemeinen Leistungsschutzrechts für KI-generierte Ergebnisse⁸⁴ oder ein urheberrechtlicher Schutz der Prompts⁸⁵. Für eine ausführliche Diskussion dieser Lösungsvorschläge fehlt hier der Platz. Deren Vielfalt zeigt aber das praktische Bedürfnis eines Schutzes KI-generierter Ergebnisse, das bei konsequenter Anwendung des geltenden Rechts nicht hinreichend erfüllt wird.

V. Haftung für die Verletzung der Rechte Dritter

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass der Einsatz generativer KI-Systeme ein besonderes Risiko für die Verletzung der Rechte Dritter birgt, sei es für Persönlichkeitsrechte wie im Fall des KI-generierten Interviews mit Michael Schumacher oder für Urheberrechte. Es stellt sich daher die Frage, wer dieses besondere Risiko beim assistierenden Einsatz generativer KI tragen sollte. Die KI-VO nimmt zu dieser Frage keine Stel-

78 Krone, RD 2023, 117 (122).

79 Baumann, NJW 2023, 3673 (3676).

80 A. Lauber-Rönsber, Autonome „Schöpfung“ – Urheberschaft und Schutzfähigkeit, GRUR 2019, 244.

81 Dreier (Fn. 70), UrhG Vor § 87a Rn. 1.

82 Baumann, NJW 2023, 3673 (3676); Schwartmann/Köhler, Datenschutz (Fn. 46), Kap. 29 Rn. 41.

83 Baumann, NJW 2023, 3673 (3676) m.w.N.

84 Krone, RD 2023, 117 (123) m.w.N.

85 Maamar, ZUM 2023, 481 (486 f.) m.w.N.

lung. Zwar werden in Art. 25 KI-VO die Verantwortlichkeiten entlang der KI-Wertschöpfungskette abgesteckt, die Vorschrift bezieht sich aber lediglich auf die Einhaltung der nach der KI-VO vorgesehenen Maßnahmen und damit auf die Adressaten etwaiger Bußgelder bei Verstößen gegen das Gesetz. Eine Verteilung des Risikos einer Haftung für Rechtsverletzungen durch den Einsatz generativer KI-Systeme nimmt Art. 25 KI-VO hingegen nicht vor.

1. Haftung von Nutzer und Entwickler

Nach den geltenden Haftungsregeln trägt im Regelfall jedenfalls der Nutzer die Verantwortung für etwaige Rechtsverletzungen und haftet täterschaftlich.⁸⁶ Anknüpfend an seine Übernahme der KI-generierten Ergebnisse und deren Veröffentlichung lassen sich regelmäßige Schadensersatz- oder Unterlassungsansprüche der in ihren Rechten verletzten Dritten begründen. Insbesondere im Urheberrecht, wo ein besonders strenger Fahrlässigkeitsmaßstab herrscht, wäre in den meisten Fällen ein Verschulden des Nutzers anzunehmen.⁸⁷ Doch auch in anderen Rechtsgebieten müsste wohl in aller Regel von einem Verschulden des Nutzers ausgegangen werden.

Gegen die Anbieter der eingesetzten KI-Systeme und -Modelle wird die verletzte Person jedenfalls *de lege lata* daneben regelmäßig keine Ansprüche durchsetzen können. Bereits der Nachweis einer Pflichtverletzung des Modell-Entwicklers wird sich angesichts der komplexen Funktionsweise generativer KI-Systeme nur schwer führen lassen. Für Hochrisiko-KI-Systeme lassen sich der KI-VO zahlreiche Vorgaben zur Programmierung entnehmen. Ein Verstoß gegen diese Vorgaben stellt eine Pflichtverletzung des Entwicklers im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB dar. Ebenso kommt in diesem Fall eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB in Betracht, wenn die Pflichten der Entwickler von Hochrisiko-KI-Systemen aus der KI-VO als Schutzgesetze anzusehen sind. Unter Zugrundelegung der Diesel-Rechtsprechung des EuGH⁸⁸ spricht einiges für ein solches Verständnis. Für die Entwickler von GPAI-Modellen gelten hingegen keine entsprechenden Pflichten nach

86 G. Kastl-Riemann, Algorithmen und Künstliche Intelligenz im Äußerungsrecht, ZUM 2023, 578 (583); J. Nordemann, Generative Künstliche Intelligenz: Urheberrechtsverletzungen und Haftung, GRUR 2024, 1 (2).

87 Baumann, NJW 2023, 3673 (3676); Nordemann, GRUR 2024, 1 (2).

88 EuGH Urt. v. 21.3.2023 – C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229 Rn. 85.

der KI-VO.⁸⁹ Eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB scheidet damit in jedem Fall in Ermangelung eines Schutzgesetzes aus. Darüber hinaus helfen die im Entwurf der KI-Haftungs-Richtlinie⁹⁰ insbesondere für Hochrisiko-KI-Systeme vorgesehenen Beweiserleichterungen zur Feststellung einer nach § 823 Abs. 1 BGB erforderlichen Pflichtverletzung bei generativen KI-Systemen nicht weiter. Im Sinne der Rechtssicherheit wäre vor diesem Hintergrund eine Etablierung konkreter Pflichten der Modellentwickler in der KI-VO wünschenswert gewesen.

Angesichts der Auswirkungen, die eine ungenügende Programmierung von GPAI-Modellen haben kann, wenn diese Grundlage zahlreicher generativer KI-Systeme sind, erscheint es allerdings nicht gerechtfertigt, die Entwickler gänzlich aus der Pflicht zu nehmen. Im Bereich des Urheberrechts wird daher die Übernahme des EuGH-Haftungsmodells aus „YouTube/Cyando“⁹¹ diskutiert, im Bereich des Äußerungsrechts wurde die Übernahme der Rechtsprechung des BGH zur unmittelbaren Störerhaftung durch Unterlassen im Rahmen der Autocomplete-Funktion bei Google vorgeschlagen.⁹²

Nach beiden Ansätzen wären die Entwickler der KI-Modelle jedenfalls faktisch verpflichtet, Gefahrabwendungsmaßnahmen zu ergreifen. In der Informationstechnik sind diverse Methoden bekannt, die in unterschiedlichen Ausprägungen zu einem erhöhten Schutzniveau der Rechte Dritter führen können. Hierzu zählen etwa das Filtern der Trainingsdaten sowie der Ergebnisse, die Aufteilung zusammenhängender Textpassagen oder die Anpassung der sogenannten Temperatur, die festlegt, wie stark die Ergebnisse an den im Training verwendeten Datensätzen orientiert sind.⁹³ Es wird Aufgabe der Gerichte sein, die konkrete Reichweite der Verkehrssicherungspflichten abzustecken, welche die Entwickler durch entsprechende Gefahrabwendungsmaßnahmen zu erfüllen haben werden. Angesichts der angesprochenen Beweisschwierigkeiten, denen sich die betroffene Person beim Nachweis einer Verletzung etwaiger Verkehrssicherungspflichten ausgesetzt sieht, ist allerdings zumindest erforderlich, dass der Anspruchsteller Einblicke in die Trainingsprozesse erhalten kann, um mangelhafte Gefahr-

89 Vgl. II. 2.

90 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Anpassung der Vorschriften über außervertragliche zivilrechtliche Haftung an künstliche Intelligenz (Richtlinie über KI-Haftung), KOM(2022)496 endg.

91 Nordemann, GRUR 2024, 1 (2).

92 Kastl-Riemann, ZUM 2023, 578 (584 f.).

93 Baumann, NJW 2023, 3673 (3677).

abwendungsmaßnahmen geltend machen zu können. Insofern wird der Entwurf der KI-Haftungs-RL anzupassen sein, indem die in Art. 3 vorgesehene Pflicht zur Offenlegung von Beweismitteln auf GPAI-Modelle ausgeweitet wird.

2. Risikoverteilung zwischen Nutzer und Entwickler

Daneben stellt sich die Frage der internen Risikoverteilung zwischen Entwickler und Nutzer. Sofern neben der Haftung des Nutzers eine Haftung des Entwicklers etabliert würde, wären beide Gesamtschuldner. Im Innenverhältnis würden sie nach § 426 Abs. 1 BGB jeweils hälftig für den Schaden aufkommen müssen, wenn sich nicht aus den Umständen (z.B. einer vertraglichen Regelung zwischen Nutzer und Entwickler) etwas anderes ergibt. Auch aus § 254 BGB kann eine abweichende Verteilung des Schadens im Innenverhältnis folgen.⁹⁴ Haftet hingegen nur der Nutzer, nicht aber der Entwickler unmittelbar, käme ein vertraglicher Schadensersatzanspruch des Nutzers gegen den Entwickler unter Berücksichtigung eines Mitverschuldens nach § 254 Abs. 1 BGB in Betracht. Im Rahmen eines Mitverschuldens muss der individuelle Verschuldensanteil im Einzelfall von den Gerichten ermittelt werden. Bei der Verteilung des Haftungsrisikos ist zwar einerseits zu berücksichtigen, dass der Nutzer jedenfalls beim Einsatz des generativen KI-Systems als Werkzeug zur Textproduktion ohnehin die redaktionelle Verantwortung trägt und daher zur Überprüfung des Ergebnisses gehalten ist. Andererseits ist es gerade selbst erklärtes Ziel der KI-Entwickler, die Effizienz ihrer Kunden durch ihre Produkte zu erhöhen. Wenn aber der wirtschaftliche Wert des Systems gerade daraus folgt, dass sich der Nutzer auf dessen Fähigkeiten verlässt, sollte sich der Entwickler im Schadensfall nicht gänzlich auf die Eigenverantwortlichkeit des Nutzers berufen können.

VI. Vielfaltsregulierung

Insbesondere beim Einsatz generativer KI-Systeme durch die Presse stellt sich abschließend die Frage einer Vielfaltsregulierung. Dass die Funktionsweise von Algorithmen eine Gefährdung der Meinungsvielfalt darstellen

94 Vgl. z.B. BGH, NJW 2023, 2109 Rn. 13 m.w.N.

kann, zeigt sich bereits am Disruptionspotenzial Sozialer Medien, die Inhalte lediglich aggregieren, selektieren und präsentieren.⁹⁵ Wenn KI-Systeme künftig verstärkt Inhalte generieren, dürfte dieses Gefährdungspotenzial erheblich gesteigert werden.⁹⁶ Es entspricht gerade der Funktionsweise generativer KI-Systeme, dass häufig geäußerte Meinungen häufig reproduziert werden. Daher besteht die Gefahr, dass der Einsatz entsprechender Systeme eine Verengung der Meinungsvielfalt zur Folge hat. Dies gilt umso mehr, wenn die Inhalte den Leser im Wege eines KI-generierten Gesamtangebots oder des Individualjournalismus ohne menschliche Überprüfung erreichen.

Denkbar ist, auf Vielfalt durch den Wettbewerb verschiedener Anbieter zu vertrauen. So könnten unterschiedliche Presseunternehmen durch eine bestimmte Prägung der von ihnen eingesetzten und angebotenen KI-Systeme für Meinungsvielfalt in der Gesamtgesellschaft sorgen. Dahinter steht der Gedanke eines außenpluralen Modells, das vom privaten Rundfunk bekannt ist.⁹⁷ Unklar ist allerdings, ob dieses Modell auf den KI-gestützten Journalismus übertragbar ist. Hiergegen spricht zum einen die derzeit mangelnde Vielfalt unterschiedlicher Sprachmodelle und zum anderen der zeitliche und finanzielle Aufwand, der einer Entwicklung und Prägung entsprechender Systeme entgegensteht. Es ist naheliegend, dass die Presseunternehmen die eingesetzten Systeme in weiten Teilen unverändert einsetzen würden, um Kosten zu sparen.

Vorzugswürdig erscheint daher eine vielfaltssichernde Regulierung. Die Datenethikkommission hat bereits im Jahr 2019 das sogenannte Zwei-Säulen-Modell für Soziale Netzwerke vorgeschlagen.⁹⁸ In dessen Rahmen soll ausgewogene Vielfalt durch ein Gesamtangebot erzeugt werden, das jeder Intermediär aus zwei Einzelangeboten generieren muss. Aus der ungefilterten Datenbasis soll ein Angebot nach persönlichen und sonstigen Interessen unter der Hoheit des Intermediärs für den Nutzer generiert werden (Säule 1). Dieses Angebot bildet die individuelle Vielfalt der angezeigten Inhalte ab. Dem ersten Angebot soll auf demselben Datenpool fußend ein zweites gegenübergestellt werden, das ungeachtet der Vorlieben des

95 N. Gudarzi, Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken: Eine verfassungsrechtliche Betrachtung des Schutzes der Meinungsvielfalt und der Meinungsbildungsfreiheit, Köln 2022, S. 102 ff. m.w.N.

96 Schwartmann (Fn. 23), § 20 Rn. 99c.

97 BVerfGE 57, 295.

98 Datenethikkommission, Gutachten der Datenethikkommission, S. 208 ff.

jeweiligen Nutzers Vielfalt im Sinne einer gesetzlich vorzugebenden positiven Ordnung für Intermediäre abbilden soll (Säule 2). Wenn generative KI-Systeme durch Presseunternehmen nicht nur als Werkzeug, sondern zur Generierung eines Gesamtangebots oder individueller Beiträge eingesetzt wird, könnte dieses Modell ebenso zur Anwendung kommen: Dabei müsste jedem KI-generierten Beitrag (Säule 1) eine nach transparenten und allgemein anerkannten Kriterien generierte Antwort eines Referenzalgorithmus gegenübergestellt werden (Säule 2). Auch der Jubilar hat in seinem eingangs zitierten Beitrag auf die wachsende Bedeutung der objektivrechtlichen Funktion der Pressefreiheit hingewiesen.⁹⁹ Mit dem hier beschriebenen Modell ließen sich die Kriterien für Pluralität, wie man sie aus der Rechtsprechung des BVerfG zur positiven Rundfunkordnung kennt,¹⁰⁰ zur Sicherung der Meinungsvielfalt auf den Einsatz generativer KI-Systeme durch Presseunternehmen übertragen.

VII. Fazit

Der Einsatz generativer KI-Systeme birgt für Presseunternehmen ein kaum zu unterschätzendes Potenzial, ebenso aber erhebliche Risiken. Im Zentrum der Betrachtung sollte, soweit möglich, die menschliche Verantwortung stehen. In einigen Bereichen erfordert die Autonomie der Systeme und ihr wirtschaftliches sowie gesellschaftliches Potenzial indes ein Umdenken und eine spezifische Regulierung durch den Gesetzgeber. Für Presseunternehmen besonders drängend ist insofern die Absicherung vor Urheberrechtsverletzungen durch KI-Sprachmodelle. Aus gesellschaftlicher Perspektive sollte zudem die Möglichkeit einer Vielfaltsregulierung bedacht werden.

⁹⁹ Gounalakis, FS Wagner (Fn. 5), S. 331 (340 f.).

¹⁰⁰ BVerfGE 57, 295.

Liste der Veröffentlichungen von Georgios Gounalakis

Schriftenverzeichnis

Professor Dr. Georgios Gounalakis

I. Monographien

- Medienkonzentrationsrecht. Vielfaltsicherung in den Medien, Beck-Verlag, München 2008, 224 S. (zus. m. *Georgios Zagouras*)
- Embryonenforschung und Menschenwürde, Nomos-Verlag, Baden-Baden 2006, 80 S.
- Wirtschaftliche Kooperation bayerischer Hörfunkanbieter, Verlag Reinhard Fischer, München 2005, 70 S.
- Elektronische Handelsplattformen für Unternehmen am Beispiel von T-Mart, Beck-Verlag, München 2005, 186 S. (zus. m. *Heiko Drebes*)
- Elektronische Kopien für Unterricht und Forschung (§ 52a UrhG) im Lichte der Verfassung, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen 2003, 72 S. (Besprochen von: *Peukert*, UFITA 2004, Heft 2, S. 564 - 567; *Ansgar Ohly*, Die Verwaltung 2005, S. 419 - 422)
- Kabelweiterleitung und urheberrechtliche Vergütung, Beck-Verlag, München 2003, 131 S. (zus. m. *Elmar Mand*) (Besprochen von: *Berger*, tv diskurs, Heft 27/April 2004, S. 98-100; *Dittrich*, RundfunkRecht 2004, S. 23 - 24)
- Konvergenz der Medien. Sollte das Recht der Medien harmonisiert werden? Gutachten C zum 64. Deutschen Juristentag Berlin 2002, Beck-Verlag, München 2002, 151 S.
- Persönlichkeitsschutz im Internet. Grundlagen und Online-Spezifika, Beck-Verlag, München 2002, 348 S. (zus. m. *Lars Rhode*) (Besprochen von: *Schmittmann*, MMR 9/2002, MMR aktuell, XXXVII)
- Urhebervertragsrecht. Verfassungs- und europarechtliche Bewertung des Entwurfs der Bundesregierung vom 30. Mai 2001, Vistas-Verlag, Berlin 2001, 284 S. (zus. m. *Meinhard Heinze* und *Dieter Dörr*)
- Funktionsauftrag und wirtschaftliche Betätigung des Zweiten Deutschen Fernsehens. Am Beispiel des ZDF-Medienparks, ZDF-Schriftenreihe, Band 59, Mainz 2000, 217 S. (Besprochen von: *Dörr*, K&R (Kommunikation und Recht) 2003, 138 - 139)
- Privacy and the Media. A Comparative Perspective, Schriftenreihe Information und Recht Bd. 7, Beck-Verlag, München 2000, 101 S. (Besprochen in: RDV 2005, S. 55)
- Werbung im Internet. Rechtliche Aspekte, Leitfaden E-Business - Erfolgreiches Management Nr. 19, Hrsg. v. Pricewaterhouse Coopers Deutsche Revision AG, Frankfurt am Main 1999, 54 S.
- Das Signaturgesetz. Hindernis oder solide rechtliche Infrastruktur zur Etablierung digitaler Signaturen im electronic Business? Leitfaden E-Business - Erfolgreiches Management Nr. 16, Hrsg. v. Pricewaterhouse Coopers Deutsche Revision AG, Frankfurt am Main 1999, 36 S.
- Ehre, Meinung und Chancengleichheit im Kommunikationsprozeß. Eine vergleichende Untersuchung zum englischen und deutschen Recht der Ehre, Nomos-Verlag, Ba-

- den-Baden 1998, 181 S. (zus. m. *Hannes Rösler*) (Besprochen von: *Nolte*, AfP (Archiv für Presserecht) 1998, S. 664 - 665)
- The Service Area Principle in the Framework of Cable Television, Legal Expertise for and on behalf of European Cable Communications Association (ECCA), Nomos-Verlag, Baden-Baden 1995, 37 S.
- Berufshaftung. Studien zur Haftung freier Berufe am Beispiel des Anwalts, *Habilitationschrift*, Frankfurt am Main 1992, online Publikation, pdf, 275 S. = englische Fassung:
- Professional Liability. A Study of the Liability of the Independent Professions with Particular Reference to Lawyer's Professional Liability, Frankfurt am Main 1992, online published, pdf, 303 p.
- Kabelfernsehen im Spannungsfeld von Urheberrecht und Verbraucherschutz. Zur urheberrechtlichen Problematik der Einspeisung von Rundfunksendungen in Kabelanlagen aus nationaler, internationaler und rechtsvergleichender Sicht, *Dissertation*, UFITA-Schriftenreihe Bd. 80, Nomos-Verlag, Baden-Baden 1989, 318 S. (Besprochen von: *Windisch*, BB (Betriebs-Berater) 1989, Heft 22 S. X u. *ders.*, BB (Betriebs-Berater) 1989, Heft 28 S. XIV; *Strauß*, Filmkunst Nr. 121/1989, S. 19-20; *Müller*, Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft der DDR, 11/1989, S. 1-3; *Nordemann*, AfP (Archiv für Presserecht) 3/1989, S. 699-700; *Dreier*, Medien und Recht 1989, S. 75; *ders.*, GRUR Int. (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, International) 2/1990, S. 170-171; *Ehlgen*, ZUM (Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht) 1990, S. 315-316; *Emmerich*, Die Verwaltung 23 (1990), S. 110-111; *Dittrich*, UFITA (Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht) Bd. 113 (1990), S. 294-295; S.A., Communicatio Socialis Heft 1/1991; *Vieweg*, JR (Juristische Rundschau) 1991, S. 394-395)
- Handbuch des Unterrichtsrechts. Schulung, Bildung und Freizeitgestaltung durch kommerziellen Direktunterricht und Fernunterricht privater Dienstleistungsunternehmen in Recht und Praxis, Beck-Verlag, München 1988, XX, 400 S. (zus. m. *Peter Gilies* und *Holger Heinbuch*) (Besprochen von: *Schatzschneider*, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 1988, S. 1772; *Wimmer*, Zeitschrift für Erziehung und Schule 3/1988; *Wörz*, Kultus und Unterricht 8/1989; *Fetzer*, Zeitschrift für Internationserziehung und sozialwissenschaftliche Forschung 1989)

II. Herausgeberschaften (mit eigenen Beiträgen) und Mitarbeit

- Media Diversity Law. Australia and Germany Compared, Peter Lang Verlag, Frankfurt a. M. 2016 (Hrsg. zus. m. *Greg Taylor*)
- Rechtshandbuch Electronic Business. Rechtsgrundlagen, Branchenspezifische Geschäftsfelder, Auslandsmärkte, Beck-Verlag, München 2003, 2092 S. (Hrsg.) (Besprochen von: *Brutzer*, OP (Oberhessische Presse), Weihnachtsausgabe 2003, S. 19; *Cybiz*, Januar/Februar 2004, S. 10; *Lehmann*, MMR (Multimedia und Recht) 4/2004, S. XXXIII; *Marburger Uni Journal* Nr. 19, April 2004, S. 18; *Haar*, AfP (Archiv für Presserecht) 4/2004, S. 389 ff.; *Heinbuch*, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 2004, S. 3027; *Eckhardt*, CR (Computer und Recht) 09/2004, S. 718 f.; *Müller*, GRUR (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht) 10/2004, S. 844; *Nachtwey*, VuR

- (Verbraucher und Recht) 09/2004, S. 345 ff.; RdW (Recht der Wirtschaft) 10/2004, S. XVII f.; *Alt*, ZUM (Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht) 2006, 88)
- Savigny-Vorlesung des Fachbereichs Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg: *Jutta Limbach*, Grundrechtsschutz in der Europäischen Union, Nomos Verlag, Baden-Baden 2001, 23 S. (Hrsg.)
- Festgabe zur Ehrenpromotion des griechischen Ministerpräsidenten *Konstantin Simitis* durch den Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg am 25.4.1997, Nomos Verlag, Baden-Baden 1998, 60 S. (Hrsg.)
- Wirtschafts- und Medienrecht in der offenen Demokratie, Freundesgabe für *Friedrich Kübler* zum 65. Geburtstag, C.F. Müller-Verlag, Heidelberg 1997, XVI, 598 S. (Hrsg. zus. m. *Heinz-Dieter Assmann*, *Tomas Brinkmann*, *Helmuth Kohl*, *Rainer Walz*)
- Eheanbahnung und Partnervermittlung. Untersuchung der Rechtslage und Rechtsreform des gewerblichen Partnerschaftsservice aus Anlaß des Gesetzentwurfs über Maklerverträge von 1984, Beck-Verlag, München 1985, XII, 162 S. (von *Peter Gilles* unter Mitarbeit von *Georgios Gounalakis* u. *Kathrin Murkiewicz*)

III. Kommentierungen

- HPMG (Hessisches Gesetz über privaten Rundfunk und neue Medien i.d. Fassung v. 24.7.2023) § 5, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Kommentar, hrsg. v. *Gersdorf/Paal*, 42. Edition, Stand: 01.02.2024
- Einführung in das Informations- und Medienrecht in Hessen, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Kommentar, hrsg. v. *Gersdorf/Paal*, 41. Edition, Stand: 01.11.2023
- HPMG (Hessisches Gesetz über privaten Rundfunk und neue Medien v. 30.11.2022) §§ 1-12, 30, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Kommentar, hrsg. v. *Gersdorf/Paal*, 40. Edition, Stand: 01.08.2023
- HPMG (Hessisches Gesetz über privaten Rundfunk und neue Medien v. 30.11.2022) § 61, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Kommentar, hrsg. v. *Gersdorf/Paal*, 39. Edition, Stand: 01.05.2023
- HDSIG (Hessisches Datenschutz- und Informationsfreiheitsgesetz i.d. Fassung v. 15.11.2021), §§ 81, 88, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Kommentar, hrsg. v. *Gersdorf/Paal*, 36. Edition, Stand: 01.08.2022
- Landesrecht Hessen - Einführung in das Informations-, Presse- und Medienrecht in Hessen, in: Informations- und Medienrecht (EU-GRCharta, EMRK, GG, MStV, IFG, VIG, GWB, TKG, TMG u.a.), Kommentar, hrsg. v. *Gersdorf/Paal*, 2. Auflage, Beck-Verlag, München 2021, S. 2426 – 2474
- HPRG (Hessisches Privatrundfunkgesetz) § 61, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Kommentar, hrsg. v. *Gersdorf/Paal*, 22. Edition, Stand: 01.11.2018
- HPRG (Hessisches Privatrundfunkgesetz) §§ 1-11, in: BeckOK Informations- und Medienrecht Kommentar, hrsg. v. *Gersdorf/Paal*, 16. Edition, Stand: 01.05.2017

Einführung in das Informations- und Medienrecht in Hessen, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Kommentar, hrsg. v. *Gersdorf/Paal*, 16. Edition, Stand: 01.02.2017

Kommentierung des Gesetzes über den Datenschutz bei Telediensten (Teledienstedatenschutzgesetz – TDDSG v. 22.7.1997, zuletzt geändert durch Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz vom 14.12.2001), in: Das Deutsche Bundesrecht, Nomos Verlag, 994. Lieferung, Juli 2006

Kommentierung des Gesetzes über die Nutzung von Telediensten (Teledienstegesetz – TDG v. 22.7.1997, zuletzt geändert durch Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz vom 14.12.2001), in: Das Deutsche Bundesrecht, Nomos Verlag, 994. Lieferung, Juli 2006

Kommentierung des Gesetzes über den Datenschutz bei Telediensten (Teledienstedatenschutzgesetz – TDDSG v. 22.7.1997, zuletzt geändert durch Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz vom 14.12.2001), in: Das Deutsche Bundesrecht, Nomos Verlag, 921. Lieferung, Juli 2003

Kommentierung des Gesetzes über die Nutzung von Telediensten (Teledienstegesetz – TDG v. 22.7.1997, zuletzt geändert durch Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz vom 14.12.2001), in: Das Deutsche Bundesrecht, Nomos Verlag, 921. Lieferung, Juli 2003

Kommentierung des Gesetzes zur digitalen Signatur (Signaturgesetz – SigG v. 22.7.1997), in: Das deutsche Bundesrecht, Nomos Verlag, 794. Lieferung, Februar 1998

Kommentierung des Gesetzes über den Datenschutz bei Telediensten (Teledienstedatenschutzgesetz – TDDSG v. 22.7.1997), in: Das Deutsche Bundesrecht, Nomos Verlag, 794. Lieferung, Februar 1998

Kommentierung des Gesetzes über die Nutzung von Telediensten (Teledienstegesetz – TDG v. 22.7.1997), in: Das Deutsche Bundesrecht, Nomos Verlag, 794. Lieferung, Februar 1998

IV. Aufsätze in Fachzeitschriften, Sammelwerken und Festschriften

Bildberichte über Prominente und private Prägung der Aufnahmesituation, NJW 2020, S. 3692 - 3695

Können Modelle auf ihre Bild- und Namensrechte gegenüber ihren Auftraggebern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam verzichten?, in: Weltbürgerliches Recht, Festschrift für *Micheal Martinek* zum 70. Geburtstag, hrsg. v. *Sebastian Om- lor*, 2020, S.237 - 256

Schutz der Persönlichkeit und Reputation in Online-Medien, in: *Götting/Schertz/Seitz* (Hrsg.), Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2019, 6. Teil, II. Kapitel, § 24, S. 483 - 537

Meinungsmacht im Internet, in: Vielfaltsbericht der Medienanstalten 2018, S. 42 - 51

Reaktive Prüfpflichten für Google ab Kenntnis einer offensichtlichen Rechtsverletzung, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 2018, S. 2299 - 2301 (zus. m. *Benedikt Muer*)

- Cross media ownership - A comparison of the legal framework of Australia and Germany, in: *Gounalakis/Taylor* (eds.), *Media Diversity Law*, Peter Lang Verlag, Frankfurt a. M. 2016, S. 13 - 48 (zus. m. Simon Röß)
- Geldentschädigung bei vorverurteilenden Äußerungen durch Medien oder Justiz, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 2016, S. 737 - 744
- Geldentschädigung bei vorverurteilenden Äußerungen durch Medien oder Justiz (Langfassung) NJOZ (Neue Juristische Online Zeitschrift) 2016, S. 361 - 371
- Geldentschädigung bei zu eigen gemachten ehrverletzenden Äußerungen Dritter im Internet, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 2014, S. 2000 - 2003
- Wer schützt die Pressefreiheit vor der Wirtschaft?, in: *Auf festem Fundament*, Festschrift für *Christean Wagner* zum 70. Geburtstag, hrsg. v. *Michael Demel, Stefan Heck und Thomas Schäfer*, Verlag Duncker & Humblot, Berlin 2013, S. 331 - 341
- Rechtliche Grenzen der Autocomplete-Funktion von Google, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 2013, S. 2321 - 2324
- Verdachtsberichterstattung durch den Staatsanwalt, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 2012, S. 1473 - 1479
- ACTA und die Meinungsfreiheit, K&R 2012, S. 233 - 236 (zus. m. *Richard Helwig*)
- Gleichbehandlung im Privatrecht - das Ende der Vertragsfreiheit?, in: *Gedächtnisschrift für Manfred Wolf*, hrsg. von *Jens Damman, Wolfgang Grunsky, Thomas Pfeiffer*, Beck-Verlag, München 2011, S. 623 - 638
- Rosenkrieg im Web 2.0, *Forum Familienrecht* 2011, S. 487 - 493. (zus. m. *Catherine Klein*)
- Drei-Stufen-Test: Wettbewerbsliche Elemente und kartellrechtliche Grundsätze, ZWeR (Zeitschrift für Wettbewerbsrecht) 2011, S. 243 - 258. (zus. m. *Florian Jäkel*)
- Copyright law between ideological pincers, in: *Festschrift für Michalis P. Stathopoulos*, Athen 2010, S. 683 - 689
- Zulässigkeit von personenbezogenen Bewertungsplattformen - Die „Spickmich“-Entscheidung des BGH vom 23. 6. 2009, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 2010, S. 566 - 571 (zus. m. *Catherine Klein*)
- Der Betrieb eines DVB-T-Sendernetzes durch die Sächsische Landesmedienanstalt aus wettbewerbsrechtlicher Sicht, in: *Recht als Medium der Staatlichkeit*, Festschrift für *Herbert Bethge* zum 70. Geburtstag, hrsg. v. *Steffen Detterbeck, Jochen Rozek, Christian von Coelln*, Verlag Duncker & Humblot, Berlin 2009, S. 469 - 496
- Ιδιοκτησία των Μέσων Ενημέρωσης και πολυφωνία. Μια συγκριτική επισκόπηση: ΔΙΚΑΙΟ ΜΕΣΩΝ ΕΝΗΜΕΡΩΣΗΣ & ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΣ, DIME&E 2009, ΤΕΥΧΟΣ 4/2009, Σ. 462 - 466
- Urheberrecht im ideologischen Zangengriff - Wie Web 2.0 in Deutschland einen bislang strikt mono-paradigmatisch geführten Diskurs polarisiert: Ein Beruhigungsversuch, in: *Soziale Netze in der digitalen Welt - Das Internet zwischen egalitärer Teilhabe und ökonomischer Macht*; Schriftenreihe des Zentrums für Medien und Interaktivität (ZMI), Gießen, Band 7; hrsg. v. *Christoph Bieber, Martin Eifert, Thomas Groß, Jörn Lamla*, Frankfurt 2009, S. 215 - 224
- Der Begriff des Sendens aus urheberrechtlicher Sicht, ZUM (Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht) 2009, S. 447 - 542.

- Urheberrecht und E-Learning - Elektronische Kopien für Lehre und Forschung, WiSt (Wirtschaftswissenschaftliches Studium) 2008, S. 468 - 474
- Publizistische Vielfaltsicherung - Eine Aufgabe für Europa? JZ (Juristenzeitung) 2008, S. 652 - 661 (zus. m. *Georgios Zagouras*)
- Öffentlich-rechtlicher Rundfunk hat seinen Preis, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 2008, S. 800 - 804 (zus. m. *Christoph Wege*)
- Werberegulungen und Herkunftslandprinzip, in: Medien in der europäischen Gemeinschaft, hrsg. v. *Dieter Dörr u. Peter-Christian Müller-Graff*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2007, 61 ff.
- Ein neuer Morgen für den Wissenschaftsparagrafen: Geistiges Eigentum weiter in Piratenhand, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 2007, S. 36 - 38
- Plädoyer für ein europäisches Medienkonzentrationsrecht, ZUM (Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht) 2006, S. 716 - 725 (zus. m. *Georgios Zagouras*)
- Der Rundfunkbegriff im Wandel, in: BLM Symposium Medienrecht 2005, 20 Jahre private Rundfunkangebote in Bayern: Medienrecht im Wandel - Rückblick und Ausblick, BLM Schriftenreihe, Band 84, München 2006, S. 33 - 40
- Crossmedia Konzentration und multimediale Meinungsmacht, AfP (Archiv für Presse-recht) 2006, S. 93 - 103 (zus. m. *Georgios Zagouras*)
- Konglomerate Medienkonzentrationen und die Wettbewerbsaufsicht - Eine Nachlese zum Fall Springer/ProSiebenSat.1, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 2006, S. 1624 - 1627 (zus. m. *Georgios Zagouras*)
- Product Placement und Schleichwerbungsverbot - Widersprüche im neuen Fernsehrichtlinien-Entwurf, K&R (Kommunikation & Recht) 2006, S. 97 - 101 (zus. m. *Christoph Wege*)
- Gegendarstellung bei gemischten Äußerungen? - Überlegungen wider eine übermäßige Beschränkung des Gegendarstellungsrechts in Deutschland, in: Festschrift für *Apostolos Georgiades*, hrsg. v. *Michael Stathopoulos, Kostas Beys, Philippos Doris, Ioannis Karakostas*, Athen 2005, S. 187 - 204
- Werbung im Rundfunkprogramm - Zwischen Trennungsgrundsatz und Schleichwerbungsverbot, WRP (Wettbewerb in Recht und Praxis) 2005, S. 1476 - 1484
- Medienkonzentrationskontrolle versus allgemeines Kartellrecht, AfP (Archiv für Presse-recht) 2004, S. 394 - 397
- Urheberschutz für die Bibel?, GRUR (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht) 2004, S. 996 - 1001
- US-Copyright für das Neue Testament?, GRUR Int. ((Journal of European and International IP Law) 2004, S. 480 - 488
- Elektronische Marktplätze und Kartellrecht, ZHR (Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht) 167 (2003), S. 632 - 665 (zus. m. *Sebastian Lochen*)
- Funktionsauftrag und anstaltliches Selbstverwaltungsrecht, AfP (Archiv für Presse-recht), 2003, S. 395 - 405
- Digitale Lehrbücher im Computernetzwerk von Schulen und Hochschulen und das Urheberrecht, JZ (Juristenzeitung), 2003, S. 1099 - 1101

- § 55 Elektronische Presse, in: Rechtshandbuch Electronic Business, Beck-Verlag, München 2003, S. 1642 - 1661 (zus. m. *Lars Rhode*)
- § 24 Werbung, in: Rechtshandbuch Electronic Business, Beck-Verlag, München 2003, S. 874 - 895 (zus. m. *Elmar Mand*)
- § 22 Persönlichkeitsschutz, in: Rechtshandbuch Electronic Business, Beck-Verlag, München 2003, S. 785 - 826 (zus. m. *Lars Rhode*)
- Regulierung von Presse, Rundfunk und elektronischen Diensten in der künftigen Medienordnung, ZUM (Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht) 2003, S. 180 - 192
- Das TK-Sonderkartellrecht und die Regelungen zur Belegung von Übertragungskapazitäten auf dem Prüfstand, K&R (Kommunikation & Recht) 2003, S. 49 - 51
- Liability and responsibility in Education: Germany, European Journal for Education Law and Policy 6/2002, S. 83 - 92
- Der virtuelle Rosenkrieg, Persönlichkeitsverletzungen im Internet und ihre familienrechtlichen Implikationen, Forum Familien- und Erbrecht 2002, S. 202 - 206 (zus. m. *Lars Rhode*)
- Konvergenz der Medien - Sollte das Recht der Medien harmonisiert werden? NJW (Neue Juristische Wochenschrift) Beilage 23/2002, S. 20 - 26
- Medienpersönlichkeitsrechte in rechtsvergleichender Sicht, AfP (Archiv für Presse-recht) 2001, S. 271 - 275
- Rechtsinformationsprogramme im Internet, UFITA (Archiv für Urheber- und Medien-recht) 2001, S. 757 - 806
- Das Verhältnis des Internationalen Privatrechts zum Europäischen Gemeinschaftsrecht am Beispiel des Diskriminierungsverbotes (Art.6 EGV), der Niederlassungsfreiheit (Art.52, 58 EGV) und des Kollisionsrechts der EG-Datenschutzrichtlinie, in: Estudios en homenaje al professor *Martínez Valls* (Festschrift für *Martínez Valls*), Vol. 2, Spanien 2000, S.1129-1155 (zus. m. *Wolfram Radke*) = ZvglRwiss (Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft) 1999, S.1 - 27
- Rechtliche Grenzen des Outsourcings im Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, in: Bayerische Landeszentrale für neue Medien (Hrsg.), Rundfunk in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft - Modell für modernes Rundfunkmanagement, BLM-Symposium Medienrecht 1999, BLM-Schriftenreihe Bd. 62, München 2000, S. 111 - 121
- Unentgeltlicher Vertrieb anzeigenfinanzierter Zeitungen - modernes Medienkonzept oder Marktstörung? AfP (Archiv für Presserecht) 2000, S. 321 - 329 (zus. m. *Lars Rhode*)
- Haftung des Host-Providers: ein neues Fehlurteil aus München? NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 2000, S. 2168 - 2171 (zus. m. *Lars Rhode*)
- Werbung im Internet, in: Marburger Gespräche zum Pharmarecht, Rechtliche Veränderungen des Wettbewerbs am europäischen Pharmamarkt, 2. Symposium von Wissenschaft und Praxis, Hrsg. im Auftrag der Forschungsstelle für Pharmarecht der Philipps-Universität Marburg von *Dieter Meurer*, pmi-Verlag Frankfurt am Main 2000, S. 115 - 146
- Handelsrechtlicher gutgläubiger Erwerb, in: *Thomas Pfeiffer* (Hrsg.), Das Recht der Handelsgeschäfte, RWS-Verlag, Köln 1999, § 10, S. 379 - 427 (zus. m. *Carsten Heuel*)

- Kommunikationsnetze und -dienste: Konvergenz in der Wettbewerbsaufsicht, K&R (Kommunikation und Recht) 1999, S. 541 - 547
- Elektronische Medien im Regelungsgeflecht des Bundes und der Länder - Eine Synopse der rechtlichen Rahmenbedingungen, WiSt (Wirtschaftswissenschaftliches Studium) 1999, S. 378 - 382 (zus. m. *Lars Rhode*)
- Handelskauf, in: *Thomas Pfeiffer* (Hrsg.), Das Recht der Handelsgeschäfte, RWS-Verlag, Köln 1999, § 11, S. 429 - 474 (zus. m. *Guido Hobert*)
- Das vierte Urheberrechtsänderungsgesetz: Kritische Bemerkungen zur Hypertrophie des Urheberrechtes, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 1999, S. 545 - 547
- Das Verhältnis des Internationalen Privatrechts zum Europäischen Gemeinschaftsrecht am Beispiel des Diskriminierungsverbots (Art. 6 EGV), der Niederlassungsfreiheit (Art. 52, 58 EGV) und des Kollisionsrechts der EG-Datenschutzrichtlinie, ZvglRwiss (Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft) 1999, S. 1 - 27 (zus. m. *Wolfram Radke*) (= Festschrift für Martínez Valls, Vol. 2, 2000, S. 1129 - 1155)
- Haftung des Steuerberaters - Gefahrenanalyse und Risikobegrenzung, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 1998, S. 3593 - 3600 (Vortrag vor der Steuerberaterkammer Hessen)
- La loi allemande relative aux documents de la Stasi - entre protection de la personnalité et liberté de la presse, in: Festschrift für Hans G. Leser, hrsg. v. *Olaf Werner, Peter Häberle, Zentaro Kitagawa, Ingo Saenger*, Mohr Siebeck, Tübingen 1998, S. 258 - 275
- Das Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz - Ein Jahr im Rückblick: Rechtsrahmen des Bundes für die Informationsgesellschaft, K&R (Kommunikation & Recht) 1998, S. 321 - 331 (zus. m. *Lars Rhode*)
- Elektronische Kommunikationsangebote zwischen Telediensten, Mediendiensten und Rundfunk, CR (Computer und Recht) 1998, S. 487 - 492 (zus. m. *Lars Rhode*)
- Haftung der Zertifizierungsstellen. Neue Signaturnormen als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB?, K&R (Kommunikation & Recht) 1998, S. 225 - 234 (zus. m. *Lars Rhode*)
- Persönlichkeitsschutz und Geldersatz, AfP (Archiv für Presserecht) 1998, S. 10 - 25 (Vortrag vor dem Studienkreis für Presserecht und Pressefreiheit) (S. Bericht von *Wallraf*, AfP (Archiv für Presserecht) 1998, S. 46 - 49 und *Gelinsky*, FAZ (Frankfurter Allgemeine Zeitung) v. 19.11.1997, S. 16)
- Der Mediendienste-Staatsvertrag der Länder, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 1997, S. 2993 - 3000
- Reformbestrebungen zum Persönlichkeitsschutz in England - Teil 2: Evaluation durch den Review of Press Self-Regulation (Culcutt-Review), AfP (Archiv für Presserecht) 1997, S. 870 - 875 (zus. m. *Rainer Glowalla*)
- Reformbestrebungen zum Persönlichkeitsschutz in England - Teil 1: Gegenwärtige Rechtslage und die Vorschläge des Report of the Committee on Privacy and Related Matters (Culcutt-Report), AfP (Archiv für Presserecht) 1997, S. 771 - 777 (zus. m. *Rainer Glowalla*)
- Rechtsprobleme der Vertragsgestaltung bei privaten Unterrichtseinrichtungen, RdJB (Recht der Jugend und des Bildungswesens) 1997, S. 229 - 237 (zus. m. *Kathrin Gounalakis*)

- Kameras im Gerichtssaal. Rechtsvergleichende Überlegungen zu einem Pilotprojekt „Gerichtsfernsehen“, in: Wirtschafts- und Medienrecht in der offenen Demokratie, Freundesgabe für Friedrich Kübler, hrsg. v. *Heinz-Dieter Assmann, Tomas Brinkmann, Georgios Gounalakis, Helmut Kohl, Rainer Walz, C.F. Müller*, Heidelberg 1997, S. 173 - 200 = (Vortrag vor der IBA - International Bar Association), Dazu Bericht von *Neumann*, Fernsehen aus dem Gerichtssaal bleibt umstritten - Marburger Professor will Pilot-Projektzeit durchsetzen, FAZ (Frankfurter Allgemeine Zeitung) v. 6.9.1996, S. 69
- Die neue EG-Datenschutzrichtlinie - Grundlagen einer Umsetzung in nationales Recht (Teil II), CR (Computer und Recht) 1997, S. 497 - 504 (zus. m. *Elmar Mand*)
- Die neue EG-Datenschutzrichtlinie - Grundlagen einer Umsetzung in nationales Recht (Teil I), CR (Computer und Recht) 1997, S. 431 - 438 (zus. m. *Elmar Mand*)
- Steuerberaterhaftung - Haftungsanalyse und Vermeidungsstrategien, Sonderdruck der Steuerberaterkammer Hessen zum Kammertag am 15.5.1997, Frankfurt a. M. 1997, 50 S., (zus. m. *Carsten Heuel*)
- Einleitung, in: Festgabe zur Ehrenpromotion des griechischen Ministerpräsidenten *Konstantin Simitis* durch den Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg am 25.4.1997, hrsg. v. *Georgios Gounalakis*, Nomos, Baden-Baden 1998, S. 7 - 8
- Der Gesetzentwurf zu § 109 b StGB (Verunglimpfung der Bundeswehr), AfP (Archiv für Presserecht) 1996, S. 357 - 359
- „Soldaten sind Mörder“, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 1996, S. 481 - 487
- Zivilprozeß, Zivilprozeßzwecktheorie und Gesellschaft - Eine juristische und soziologische Betrachtung, in: Gedenkbund für *Alkis Argyriadis*, hrsg. v. *L. Georgakopoulos* u.a., Athen 1996, S. 177 - 206
- Rechtsprobleme beim Nachhilfeunterricht, Schulverwaltung Bayern 1995, S. 316 - 318
- Freiräume und Grenzen politischer Karikatur und Satire, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 1995, S. 809 - 816 (Frankfurter und Marburger Antrittsvorlesung)
- Die Haftung des „solicitor“ und „barrister“ - ein deutsch-englischer Vergleich, in: Festschrift für *Wolfgang Gitter* zum 65. Geburtstag, hrsg. v. *Meinhard Heinze u. Jochem Schmitt*, Chmielorz Verlag, Wiesbaden 1995, S. 295 - 313
- Handwerker- und Kundendienstverträge - Werkvertragsrecht und AGB-Gesetz, ZAP (Zeitschrift für die Anwaltspraxis) 1994 (Fach 6), S. 193 - 208 (zus. m. *Lydia Klose-Mokroß*)
- Rechtsfragen des Nachhilfeunterrichts, RdJB (Recht der Jugend und des Bildungswesens) 1994, S. 50 - 71 (zus. m. *Lydia Klose-Mokroß*)
- Daekningsomrade-princippet (The Service Area Principle), in: FDA-Orientering (Faellesforeninger af Danske Antenneforeninger) 1/1993 (Saernummer 1), S. 3 - 8 (dänische Übersetzung aus dem englischen von *John D. Steffensen*)
- Rechte und Pflichten privater Konzertveranstalter gegenüber den Massenmedien (Bild-, Ton- und Fernsehberichterstattung), AfP (Archiv für Presserecht) 1992, S. 343 - 346
- Stasi-Unterlagen-Gesetz - „Sprachrohr“ oder „Maulkorb“ für die Presse?, AfP (Archiv für Presserecht) 1992, S. 36 - 40 (zus. m. *Marion Vollmann*)

- Der presserechtliche Gegendarstellungsanspruch, ZAP (Zeitschrift für die Anwaltspraxis) 1992 (Fach 2), S. 103 - 116 (zus. m. *Marion Vollmann*)
- Die pressespezifischen Vorschriften des Stasi-Unterlagen-Gesetzes im Lichte des Art. 5 GG, DtZ (Deutsch-Deutsche Rechtszeitschrift) 1992, S. 77 - 78 (zus. m. *Marion Vollmann*)
- Rechtsfragen beim Geschäftsverkehr mit Banken unter besonderer Berücksichtigung der AGB-Banken, NWB (Neue Wirtschaftsbriefe) 1992 (Fach 21), S. 1045 - 1056 (zus. m. *Felix Breidenstein*)
- Zinsberechnungsklauseln bei Hypothekendarlehen. Eine Übersicht zum Stand der Rechtsprechung, NWB (Neue Wirtschaftsbriefe) 1991 (Fach 21), S. 1019 - 1024 (zus. m. *Jens Waltermann*)
- Anfängernarkose und -operation - Behandlungsfehler oder Aufklärungspflichtverletzung?, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 1991, S. 2945 - 2946
- Rechtsfragen beim Lastschriftverfahren, NWB (Neue Wirtschaftsbriefe) 1991 (Fach 21), S. 1009 - 1012
- Sind Rundfunksender zur Ausstrahlung „nationalistischer Wahlwerbespots“ verpflichtet?, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 1990, S. 2532 - 2534
- Das Recht der privaten Unterrichtsverträge, ZAP (Zeitschrift für die Anwaltspraxis) 1999 (Fach 6), S. 35 - 52
- Nationalistische Wahlwerbespots - Einige Überlegungen zum Rechtsstreit der DVU gegen SAT 1, in: Rechtsradikalismus in Wiesbaden, hrsg. v. *Rainer Fromm*, Wiesbaden 1990, S. 131 - 134
- Privates Unterrichtsrecht, NWB (Neue Wirtschafts-Briefe) 1990 (Fach 30), S. 777 - 782
- Formularmäßige ärztliche Aufklärung im Lichte des AGB-Gesetzes, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 1990, S. 752
- Kabelfernsehen im Versorgungsbereich gebührenfinanzierter Sender, UFITA (Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht) Bd. 111 (1989), S. 31 - 61
- Kabelfernsehen im Ausland aus urheberrechtlicher Sicht (Teil 2: Großbritannien, Irland, Dänemark, Europäische Gemeinschaft, USA), ZUM (Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht) 1988, S. 555 - 564
- Kabelfernsehen im Ausland aus urheberrechtlicher Sicht (Teil 1: Schweiz, Österreich, Belgien, Niederlande, Frankreich), ZUM (Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht) 1988, S. 488 - 503
- Erschöpfung des Senderechts? Zur Frage der Anwendbarkeit des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes auf die unkörperliche Werkwiedergabe des Weitersenderechts, ZUM (Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht) 1986, S. 638 - 656
- Urheberrechtliche Probleme der Kabelverbreitung ausländischer Rundfunksendungen. Darstellung anhand der österreichischen Urheberrechtsgesetz-Novelle 1980, FuR (Film und Recht) 1983, S. 463 - 476

V. Kleinere Beiträge, Berichte und Falllösungen

„Ein herzlicher Glückwunsch!“, K&R (Kommunikation und Recht) 2023, S. 5

Vorwort in: 24. Jahresbericht der KEK (Berichtszeitraum 01.01.2022 - 31.12.2022), 2023, S. 5 - 6

„Für die KEK den Zugang zu Daten aller Streaming-Anbieter sichern“, medienpolitik.net, vom 15.03.2022

Vorwort in: Siebter Konzentrationsbericht der KEK. Zukunftsorientierte Vielfaltssicherung im Gesamtmarkt der Medien, 2021, S. 5 - 6

Vorwort in: 23. Jahresbericht der KEK (Berichtszeitraum 01.01.2021 - 31.12.2021), 2022, S. 5 - 6

„Eine unabhängige KEK als Garant für eine effektive Vielfaltssicherung“, medienpolitik.net, vom 14.12.2020

„Den Worten müssen Taten folgen“, medienpolitik.net, vom 28.01.2020

Vorwort in: 22. Jahresbericht der KEK (Berichtszeitraum 01.07.2019 - 31.12.2020), 2020, S. 5 - 6

Marktmacht und Meinungsmacht sind nicht deckungsgleich, medienpolitik.net, vom 13.12.2019

Die Gefahr vorherrschender Meinungsmacht ist nicht gebannt, medienpolitik.net, vom 21.10.2019

Der neue MW-Herausgeber Prof. Dr. *Georgios Gounalakis*, MedienWirtschaft 3/2019, S. 48 - 50

Vorwort in: 21. Jahresbericht der KEK (Berichtszeitraum 01.07.2018 - 30.06.2019), 2019, S. 5 - 6

Gesetzlich gefesselt, Textintern März 2019, S. 13 - 15

Zeit für eine Kehrtwende!, Frankfurter Allgemeine Einspruch, vom 16.09.2019

Eine Reform ist überfällig, pro media 9/2018, S. 9 - 10

Auf die Vorbeugung nicht verzichten, pro media 4/2018, S. 25 - 26

Vorwort in: Sechster Konzentrationsbericht der KEK - Sicherung der Meinungsvielfalt im digitalen Zeitalter, 2018 S. 5 - 6

Relikt aus analogen Zeiten, medienpolitik.net am 11.12.2018

Partnersuche mit Hindernissen, MLR (Marburger Law Review) 1/2017, S. 14 - 21 (Falllösung zus. m. *Anna Sophie Weinhhammer*)

Vorwort in: 20. Jahresbericht der KEK (Berichtszeitraum 01.07.2017 - 30.06.2018), 2018, S. 5 - 6

Reform der Juristenausbildung - Mal wieder Fehlanzeige?, LTO (Legal Tribune Online), vom 14.08.2017

50 Millionen sind ein scharfes Schwert, in: OP (Oberhessische Presse) vom 28.06.2017, S. 13

Wir brauchen ein umfassendes Modell der Vielfaltsicherung, pro media 6/2017, S. 17 - 19

- Hessische Examensprüfer auf Wanderschaft: Wer lehrt, der prüft - außer bei den Juristen, LTO (Legal Tribune Online), vom 28.06.2017
- „Das Medienkonzentrationsrecht ist nicht mehr zeitgemäß“, medienpolitik.net am 06.06.2017
- Vorwort in: 19. Jahresbericht der KEK (Berichtszeitraum 01.07.2016 - 30.06.2017), 2017, S. 5 - 6
- Böhmermann-Affäre - das ist keine Schmähkritik, FAZ-Online, vom 15.4.2016
- Auch Erdogan hat Grundrechte - Repräsentanten ausländischer Staaten können sich in Deutschland auf die Meinungsfreiheit berufen, FAZ (Frankfurter Allgemeine Zeitung) vom 13.04.2017, S. 7
- Bildberichterstattung über Prominente, LTO (Legal Tribune online), vom 03.05.2013
- Bild.de durfte über Reitgeräte und Handschellen berichten, LTO (Legal Tribune online), vom 20.03.2013
- Persönlichkeitsrechtsverletzung der Eltern durch Verbreitung eines Fotos der getöteten Tochter, BGH Urt. v. 20.03.2012- VI ZR 123/11, in NJW Audio-CD 9/2012
- Ein Missverständnis - Kulturförderung und Urheberrecht, in: Politik und Kultur, November/Dezember 2007, S. 17
- Friedrich Kübler* zum 75. Geburtstag, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 2007, 3047 - 3048
- Warentests müssen neutral sein - Meinungsfreiheit gilt auch bei der Prüfung der WM-Stadien, in: FAZ (Frankfurter Allgemeine Zeitung) v. 08.02.2006, S. 21
- Die Caroline-Rechtsprechung - „Es war einmal...“?, K&R (Kommunikation & Recht) Heft 10/2004, I.
- Im Clinch mit der Verfassung: Der leidige § 52a UrhG und das Grundgesetz (Interview), in: Börsenblatt Heft 25/2003, S. 50 - 51
- Friedrich Kübler* zum 70. Geburtstag, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 2002, S. 3156 - 3157
- Medienforscher: „Banken zu lange zugesehen“ (Interview mit *D. Schäfer*), in: OP (Oberhessische Presse) v. 9.4.2002, S. 2
- Der Teufel steckt im Detail. Warum die Novellierung des Urheberrechts ihr Ziel nicht erreichen wird und wie verfassungsrechtliche Bedenken auszuräumen wären, in: FR (Frankfurter Rundschau) v. 23.1.2002, S. 23
- Justitia in Nöten - Wer haftet für den illegalen Umgang mit Musik im Internet? in: FAZ (Frankfurter Allgemeine Zeitung) v. 5.5.2000, S. 50
- Medienrecht, in: Rechtsanwälte und ihre Spezialgebiete, Hrsg. Kübler-Verlag, Würzburg 1999, S. 124 - 125
- Nur Verträge schützen - Der Bilderstreit und das Recht, in: FAZ (Frankfurter Allgemeine Zeitung) v. 11.8.1999, S. 45
- Manfred Krug darf nicht für alles Reklame machen - Warum das Verbot für politische Werbung im Rundfunk noch immer sinnvoll ist, in: FR (Frankfurter Rundschau) v. 12.7.1999, S. 1
- Von Paparazzi, gejagten Erbkönigen und Presseopfern, Interview in: PS report, Ausgabe 27/99, vom 5.7.1999, S. 1-5

- Herr über die Information bleiben, Interview in: PS report, Ausgabe 26/99, vom 28.6.1999, S. 1 - 6
- Der praktische Fall - Bürgerliches Recht: Der gekaufte Dokortitel, JuS (Juristische Schulung) 1999, S. 776 - 784 (Falllösung zus. m. *Nicola Schelling*), (bespr. von *Joachim Hübner*, Der gekaufte Dokortitel in: JuS 2000, Heft 8, S. 831-832)
- Bei uns könnte Clinton die Sendung verhindern, Interview in: TAZ (Die Tageszeitung) v. 22.9.1998, S. 3
- Vom schwierigen Verhältnis zwischen Pressefreiheit und Persönlichkeitsschutz, in: Deutscher Presserat, Jahrbuch 1998, Verlag UVK Medien, Konstanz 1998, S. 14 - 15
- Einführung: Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten und Online-Dienste - Programmauftrag Internet?, in: *Carl-Eugen Eberle, Christoph Degenhart, Hans D. Jarass, Richard Rebmann*, Programmauftrag Internet? Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten und Online-Dienste, FAZ-Institut für Management-, Markt- und Medieninformationen, Frankfurt a. M. 1998, S. 11 - 15
- Vorwort, in: *Carl-Eugen Eberle, Christoph Degenhart, Hans D. Jarass, Richard Rebmann*, Programmauftrag Internet? Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten und Online-Dienste, FAZ-Institut für Management-, Markt- und Medieninformationen, Frankfurt a. M. 1998, S. 5
- Vorwort, in: *Günter Sieben, Concha Sieben, Rolf Nafziger*, Ballungsraum-Fernsehen, Auswirkungen auf die Medienlandschaft im Rhein-Main-Gebiet, FAZ-Institut für Management-, Markt- und Medieninformationen Frankfurt a. M. 1998, S. 5 - 6
- Die Presse und der Persönlichkeitsschutz, Gastkommentar in: Abendzeitung v. 19./20.9.1998, S. 3
- Kooperation mit der Marburger Forschungsstelle für Medienrecht und Medienwirtschaft, Editorial, in: K&R (Kommunikation & Recht) 1998, Heft 3, S. I
- Bericht über die 80. Tagung des Studienkreises für Presserecht und Pressefreiheit am 8./9. 11. 1996 in Hannover, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 1997, S. 3009 - 3010
- Schweiz: Gemeinsamer Tarif für die Kabelweiterverbreitung urheberrechtlich geschützter Werke vereinbart, ZUM (Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht) 1989, S. 234
- Kabelfernsehen und Urheberrecht, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 1988, S. 1011 - 1012
- Kabelfernsehen und Urheberrecht: Der Fall Kaufbeuren. Zugleich eine Anmerkung zum BGH-Urteil „Kabelfernsehen II“, ZUM (Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht) 1988, S. 20 - 24

VI. Urteilsanmerkungen

- Zur Zulässigkeit einer Berichterstattung, die über eine Liebesbeziehung spekuliert, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 02.08.2022 - VI ZR 26/ 21 (KG), LMK (Lindenmaier-Möhring kommentierte BGH-Rspr.) 2023, 801037
- Verletzung des Persönlichkeitsrechts durch einen Pressebericht trotz Selbstöffnung des Partners, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 14.12.2021 - VI ZR 403/ 19 (KG), LMK 2022, 810450
- Zulässige identifizierbare Bildberichterstattung im Zusammenhang mit Ausschreitungen beim G20-Gipfel in Hamburg, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 29.09.2020 - VI ZR 449/19 (OLG Frankfurt a. M.), LMK 2021, 437103
- Unterlassungsanspruch von Wortberichterstattungen wegen schwerwiegenden Eingriffs in Privatsphäre, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 30.04.2019 - VI ZR 360/18 (KG), (GRUR 2019, 1092), LMK 2019, 422738
- Ersatz von Rechtsverfolgungskosten bei rechtswidriger Filmberichterstattung, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 09.04.2019 - VI ZR 89/18 (OLG Jena), (GRUR 2019, 862), LMK 2019, 421241
- Eingriff eines „presserechtlichen Informationsschreibens“ in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eines Presseunternehmens, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 15.01.2019 - VI ZR 506/17 (OLG Frankfurt a.M.), (GRUR 2019, 314), LMK 2019, 415377
- Reichweite den Schutz der Privatsphäre beschränkender Selbstöffnung in einer Biographie - Jan Josef Liefers, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 12.06.2018 - VI ZR 284/17 (OLG Köln), LMK 2019, 414094
- Zulässige Bildberichterstattung über ehemaligen Bundespräsidenten, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 06.02.2018 - VI ZR 76/17 (OLG Köln), NJW 2018, 1820
- Zur Abgrenzung von Verdachtsberichterstattung und Meinungsäußerung sowie zur zulässigen Kritik an journalistischer Arbeit, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 27.09.2016 - VI ZR 250/13 (KG), (NJW 2017, 482), LMK 2017, 387139
- Zur Parodie, Anmerkung zu BGH, NJW 2017, S. 806 ff.
- Zum Anspruch auf Löschung intimer Aufnahmen nach Beendigung einer Liebesbeziehung, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 13.10.2015 - VI ZR 271/14 (OLG Koblenz), (NJW 2016, 1094), LMK 2016, 377470
- Koordinierte Kündigung als Wettbewerbsverstoß, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 16.06.2015 - KZR 83/13 (OLG Stuttgart), (Beck RS 2015, 11404), LMK 2015, 372420
- Zulässigkeit presseähnlicher Angebote auf öffentlich-rechtlichen Telemedien - Tageschau-App, Anmerkungen zu BGH, Urt. v. 30.04.2015 - I ZR 13/14 (OLG Köln), (GRUR 2015, 1228), LMK 2015, 374236
- Ausübung beruflicher Tätigkeit als konkludente Einwilligung in Bildberichterstattung, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 11.11.2014 - VI ZR 9/14 (LG Berlin), LMK 2015, 367294
- Zulässigkeit der Veröffentlichung rechtswidrig erlangter Informationen durch die Medien, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 30.09.2014 - VI ZR 490/12 (KG), LMK 2015, 366674

- Informationelle Selbstbestimmung eines Prominenten-Kindes, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 29.04.2014 - VI ZR 137/13 (OLG Hamburg), LMK 2014, 359831
- Abwägung schutzwürdiger Belange der Presse an der Veröffentlichung von persönlichen Daten mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung von Kindern, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 05.11.2013 - VI ZR 304/12 (OLG Hamburg), LMK 2014, 354128
- Berichterstattung über Äußerungen in einem Strafverfahren - Fall Kachelmann, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 19.03.2013 - VI ZR 93/12 (OLG Köln), LMK 2013, 347893
- Die Presse darf Verlautbarungen des Bundesbeauftragten für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der DDR ein gesteigertes Vertrauen entgegenbringen, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 11.12.2012 - VI ZR 314/10 (OLG Hamburg), LMK 2013, 343833
- Wettbewerbsrechtliche Bedeutung des Grundsatzes der Staatsferne der Presse – „Einkauf Aktuell“, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 15.12.2011 - I ZR 129/10, LMK 2012, 335783
- Veröffentlichung eines Portraitfotos eines Unfallopfers, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 20.03.2012 - VI ZR 123/11, LMK 2012, 333917
- Voraussetzung der Verletzung des Rechts am eigenen Wort - Eva Hermann, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 21.06.2011 - VI ZR 262/09, LMK 2011, 326135
- Werbung für eine Zeitung mit Prominentem auf Titelbild - Markt und Leute, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 18.11.2010 - I ZR 119/08, LMK 2011, 321438
- Unterschiedlicher Schutz des Persönlichkeitsrechts gegenüber Wort- und Bildberichterstattung - Charlotte Casiraghi, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 26.10.2010 - VI ZR 230/08, LMK 2011, 315372
- Zum Schutz der Meinungsfreiheit bei Verbreitung fremder Äußerungen in einem Interview - Helmut Markwort, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 17.11.2009 - VI ZR 226/08, LMK 2010, 299656
- Identifizierende Berichterstattung über einen verurteilten Straftäter durch Bereithaltung von Altmeldungen auf dem Internetportal einer Rundfunkanstalt - Walter Sedlmayr, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 15.12.2009 - VI ZR 227/08, LMK 2010, 300818
- Zulässigkeit der Berichterstattung über einen künftigen Funktionsträger - A. Casiraghi, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 10.03.2009 - VI ZR 261/07, LMK 2009, 284367
- Bildberichterstattung über Strafvollzug bei bekanntem Schauspieler - Karsten Speck, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 28.10.2008, VI ZR 307/07, LMK 2009, 276849
- Zur Frage der Zulässigkeit der Bildberichterstattung über das Privatleben aus dem Amt geschiedener Politiker - Heide Simonis, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 24.06.2008, VI ZR 156/06, LMK 2008, 269893
- Richtigstellungsanspruch einer Behörde, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 22.04.2008, VI ZR 83/07, LMK 2008, 265952
- Regressansprüche des Unfallversicherungsträgers gegen fehlerhaft behandelnden Durchgangsarzt, Anm. zu BGH, in: LM (Lindenmaier-Möhring) 12/1994 zu § 556 RVO
- Zu den sog. Weiterfresserschäden, Anm. zu BGH, Urt. v. 24.3.1992, VI ZR 210/91, Telefonkommentar, in: NJW-Cassette 6/1992

VII. Buchrezensionen

- Buchbespr. *Maximilian Volmar*, Digitale Marktmacht (2019), MedienWirtschaft 1/2021, S. 6-7
- Buchbespr. *Maria Kairies*, Das Filmförderungsgesetz und seine Ansätze zur Steigerung der Eigenkapitalbasis deutscher Kinospielefilmproduzenten (2019), MedienWirtschaft 3/2019, S. 43-44
- Buchbespr. *Axel Beater*, Medienrecht (2007), JZ (Juristenzeitung) 2009, S. 464-465
- Buchbespr. *Damm/Rehbock*, Widerruf, Unterlassung und Schadensersatz in den Medien (2008), NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 2008, S. 1792
- Buchbespr. *Thomas Hoeren* (Hrsg.), Handbuch Wegerecht und Telekommunikation (2008), NVwZ (Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht) 2008, S. 644
- Buchbespr. *Karl-Nikolaus Peifer* (Hrsg.), Vierzig Jahre Institut für Rundfunkrecht (2008), NJW (Neue Juristische Wochenschrift) Heft 7/ 2008, NJW-aktuell S. XVIII
- Buchbespr., Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht (2007), NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 2007, S. 3480
- Buchbespr. *Dimitrios Doukas*, Werbefreiheit und Werbebeschränkungen (2005), M&K (Medien- und Kommunikationswissenschaft) 2005, S. 573 - 575
- Buchbespr. *Ali Yarayan*, Der Schutz von Datenbanken im deutschen und türkischen Recht (2005), ZUM (Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht) 2005, S. 685 - 686
- Buchbespr. *Rolf H. Weber*, E-Commerce und Recht - Rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen (2001), CR (Computer und Recht) 2002, S. 312 - 313
- Buchbespr. *Frank Bayreuther*, Fälle zum Urheberrecht und Gewerblichen Rechtsschutz (2001), GRUR (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht) 2002, S. 230
- Buchbespr. *Jan Sorth*, Rundfunkberichterstattung aus Gerichtsverfahren. Eine Untersuchung des Verbots von Fernseh- und Hörfunkaufnahmen während der Gerichtsverhandlung (1999), ZZP (Zeitschrift für Zivilprozeß) 2001, S. 365 - 372
- Buchbespr. *Matthias Kuß*, Öffentlichkeitsmaxime der Judikative und das Verbot von Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal (1999), ZZP (Zeitschrift für Zivilprozeß) 2001, S. 365 - 372
- Buchbespr. *Guido Britz*, Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal. Ein rechtsvergleichender Beitrag zum Öffentlichkeitsgrundsatz im Strafverfahren (1999), ZZP (Zeitschrift für Zivilprozeß) 2001, S. 365 - 372
- Buchbespr. *Klaus Beucher / Ludwig Leyendecker / Oliver von Rosenberg*, Mediengesetz, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, Mediendienste-Staatsvertrag, Teledienstegesetz und Teledienstedatenschutzgesetz (1999), K&R (Kommunikation & Recht) 2000, S. 348 - 349
- Buchbespr. *Jürgen Gräfe / Rolf Lenzen / Andreas Schmeer*, Steuerberaterhaftung, 3. Aufl. 1998, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 2000, S. 53 - 54
- Buchbespr. *Reinhart Ricker / Peter Schiwy*, Rundfunkverfassungsrecht 1997, AfP (Archiv für Presserecht) 1999, S. 113 - 115

- Buchbespr. *Wolfgang Janisch*, Investigativer Journalismus und Pressefreiheit. Ein Vergleich des deutschen und amerikanischen Rechts (1998), RuF (Rundfunk und Fernsehen) 1999, S. 125 - 127
- Buchbespr. *Joachim Scherer* (Ed.), Telecommunication Laws in Europe, Fourth Edition 1998, JZ (Juristenzeitung) 1999, S. 31
- Buchbespr. *Athanassios Kaissis*, Deutsch-griechisches Wörterbuch (Band 1, A - K) 1997, ZEuP (Zeitschrift für europäisches Privatrecht) 1998, S. 409 - 410
- Buchbespr. *Michael Kloepfer*, „Innere Pressefreiheit“ und Tendenzschutz im Lichte des Artikels 10 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, ZRP (Zeitschrift für Rechtspolitik) 1997, S. 501
- Buchbespr. *Thomas Braun*, Schutzlückenpiraterie (1996), UFITA (Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht) Bd. 133 (1997), S. 304 - 306
- Buchbespr. *Knut Müller*, Postmortaler Rechtsschutz - Überlegungen zur Rechtssubjektivität Verstorbener (1996), NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 1997, S. 1690 - 1691 (zus. m. *Kathrin Gounalakis*)
- Buchbespr. *Paul W. Hertin*, Urheberrecht (1996), ZUM (Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht) 1996, S. 1004
- Buchbespr. *Erwin Deutsch*, Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz und Schmerzensgeld, 3. Aufl. (1995), NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 1996, S. 1586
- Buchbespr. *Manfred Reh binder*, Beiträge zum Urheber- und Medienrecht (1995), UFITA (Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht) Band 130 (1996), S. 283 - 284
- Buchbespr. *Jürgen Becker/Thomas Dreier* (Hrsg.), Urheberrecht und digitale Technologie (1994), ZUM (Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht) 1995, S. 650 - 651
- Buchbespr. *Dietmar Schmidt/Erwin Dörr*: Stasi-Unterlagengesetz. Kommentar für Betroffene, Wirtschaft und Verwaltung (1993), DtZ (Deutsch-Deutsche Rechtszeitschrift) 1993, S. 307 - 308
- Buchbespr. *Johannes Weberling*: Stasi-Unterlagen-Gesetz. Kommentar (1993), DtZ (Deutsch-Deutsche Rechtszeitschrift) 1993, S. 307 - 308
- Buchbespr. *Klaus Stoltenberg*: Stasi-Unterlagen-Gesetz. Kommentar (1992), DtZ (Deutsch-Deutsche Rechtszeitschrift) 1993, S. 307 - 308
- Buchbespr. *Thomas Beckmann*: Ehevermittlung und sonstige Partnervorschlagsleistungen (1988), JR (Juristische Rundschau) 1991, S. 43
- Buchbespr. *Rolf Grawert/Christian Tomuschat* (Hrsg.): Der Journalismus in der Verfassungsordnung. Die Privatfunkordnung (1989), AöR (Archiv für öffentliches Recht) 1991, S. 294 - 297

VIII. Studierendenliteratur (Reader im pdf-Format)

- BGB Allgemeiner Teil - anhand höchstrichterlicher Entscheidungen, 20. Aufl. 2023
BGB Schuldrecht Allgemeiner Teil - anhand höchstrichterlicher Entscheidungen, 20. Aufl. 2023
Gesetzliche Schuldverhältnisse - anhand höchstrichterlicher Entscheidungen, 10. Aufl. 2018
Vertragliche Schuldverhältnisse (außer Kaufrecht) - anhand höchstrichterlicher Entscheidungen, 4. Aufl. 2016
Medienrecht - anhand höchstrichterlicher Entscheidungen, 2. Aufl. 2010
Persönlichkeitsschutz - anhand höchstrichterlicher Entscheidungen, 20. Aufl. 2023
Internationales Privatrecht - anhand höchstrichterlicher Entscheidungen, 4. Aufl. 2008
Sachenrecht II (Sicherungsrechte) - anhand höchstrichterlicher Entscheidungen, 5. Aufl. 2009

IX. Herausgeberschaften, Mitarbeit und Beirat (Fachzeitschriften und Schriftenreihen)

- Mitherausgeber der Zeitschrift MedienWirtschaft, Perspektiven der digitalen Transformation, New Business Verlag, Hamburg, ab 2019 (Hrsg. zus. m. *Martin Gläser, Thomas Hess, Frank Lobigs, Christoph Neuberger, Insa Sjurts*)
Herausgeber der Schriften zum Medien-, Urheber- und Wirtschaftsrecht, Peter Lang Verlag, Frankfurt a. M., ab 2009
Beirat der Zeitschrift „Kommunikation und Recht“ (K&R), Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, ab 1998
Ständiger Mitarbeiter der „Zeitschrift für die Anwaltspraxis“ (ZAP), Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, Herne/Berlin, ab 1996
Mitherausgeber der Schriftenreihe „Information und Recht“, Beck-Verlag, München, ab 1999 (Hrsg. zus. m. *Thomas Hoeren, Gerald Spindler, Bernd Holznapel, Herbert Burkert, Thomas Dreier*)
Mitherausgeber der Schriftenreihe „Marburger Medienbeiträge“, IMK Verlag Frankfurt/Main, ab 1997 (Hrsg. zus. m. *Volker Beuthien, Frank Meik*)
Mitherausgeber der Schriftenreihe „Marburger Medienschriften“, IMK Verlag Frankfurt/Main, ab 1998 (Hrsg. zus. m. *Volker Beuthien, Frank Meik*)

Autorinnen und Autoren

- Christmann, Sabine; LL.M. (LSE), Bereichsleiterin Inhalteregulierung & Aufsicht bei der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien (BLM).
- von Coelln, Christian; Prof. Dr. Dr. h.c. (TSU Tiflis), Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Wissenschaftsrecht und Medienrecht, Universität zu Köln.
- Detterbeck, Steffen; Prof. Dr., Richter am Hessischen Staatsgerichtshof, Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Philipps-Universität Marburg.
- Dörr, Dieter; Prof. Dr., Johannes Gutenberg-Universität Mainz.
- Erdemir, Murad; Prof. Dr., Direktor der Medienanstalt Hessen, Honorarprofessor an der Georg-August-Universität Göttingen sowie Lehrbeauftragter am Mainzer Medieninstitut.
- Flamme, Florian; Dr., Rechtsreferendar und ehem. Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM), Universität Münster.
- Gersdorf, Hubertus; Prof. Dr., Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Medienrecht, Universität Leipzig.
- Hain, Karl-E.; Prof. Dr., Direktor des Instituts für Medienrecht und Kommunikationsrecht, Universität zu Köln.
- Heinker, Markus; Prof. Dr., LL.M., Professor für Medienwirtschaft und Medienpolitik und Dekan der Fakultät Medien der Hochschule Mittweida, Präsident des Medienrates der Sächsischen Landesmedienanstalt, Mitglied der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich.
- Hoeren, Thomas; Prof. Dr., Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM), Universität Münster.
- Holznagel, Bernd; Prof. Dr., Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM), Universität Münster.
- Kieß, Fabian; Dr., ehem. Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Law and Regulation of the Digital Transformation an der TU München, TUM School of Social Sciences and Technology, Department of Governance, Rechtsreferendar am Hanseatischen Oberlandesgericht.
- Kling, Michael; Prof. Dr., Professur für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Europarecht sowie Gewerblichen Rechtsschutz, Philipps-Universität Marburg.
- Köhler, Moritz; Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Kölner Forschungsstelle für Medienrecht an der TH Köln.
- Krebs, Christian; Prof., LL.M., Direktor der Niedersächsischen Landesmedienanstalt und Honorarprofessor der Hochschule für Musik, Theater und Medien Hannover.
- Kreißig, Wolfgang; Dr., Präsident und Vorsitzender des Vorstands der Landesanstalt für Kommunikation Baden-Württemberg sowie Mitglied der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK).

- Langenbucher, Katja; Prof. Dr., Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Bankrecht, House of Finance, Goethe-Universität Frankfurt am Main.
- Le Goff, Pierrick; Prof. Dr., LL.M., Partner, Kanzlei De Gaulle Fleurance sowie Honorarprofessor, Institut d'Études Politiques de Paris.
- von Lewinski, Kai; Prof. Dr., Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Medien- und Informationsrecht Universität Passau.
- Mand, Elmar J.; Prof. Dr. LL.M. (Yale), Honorarprofessor, Mitglied der Forschungsstelle für Pharmarecht, Philipps-Universität Marburg, Richter am Landgericht Bielefeld, Mitglied des Justizprüfungsamtes OLG Hamm.
- Möslein, Florian; Prof. Dr., LL.M. (London), Professur für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht, Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Institut für das Recht der Digitalisierung (IRDi), Philipps-Universität Marburg.
- Müller-Franken, Sebastian; Prof. Dr., Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Philipps-Universität Marburg.
- Müller-Terpitz, Ralf; Prof. Dr., Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Recht der Wirtschaftsregulierung und Medien, Universität Mannheim.
- Natt, Alexander; LL.M., Leiter der Abteilung 4 – Medien, Staatskanzlei Rheinland-Pfalz.
- Neuberger, Christoph; Prof. Dr., Arbeitsstelle Digitalisierung und Partizipation, Institut für Publizistik- und Kommunikationswissenschaft, Freie Universität Berlin.
- Omlor, Sebastian; Prof. Dr., LL.M. (NYU), LL.M. Eur., Professur für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bankrecht sowie Rechtsvergleichung sowie Institut für das Recht der Digitalisierung (IRDi), Philipps-Universität Marburg.
- Ory, Stephan; Prof. Dr., Rechtsanwalt sowie *Honorarprofessor* für Rundfunkrecht und Urheberrecht an der Universität des Saarlandes.
- Oster, Eva; Dr., Leiterin der Abteilung 4 – Medien, Staatskanzlei Rheinland-Pfalz.
- Oster, Jan; Prof. Dr., LL.M. (Berkeley), Professur für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht, Medienrecht, Daten- und Digitalisierungsrecht, Universität Osnabrück.
- Paal, Boris; Prof. Dr., M. Jur. (Oxford), Lehrstuhl für Law and Regulation of the Digital Transformation an der TU München, TUM School of Social Sciences and Technology, Department of Governance.
- Paschke, Anne; Prof. Dr., Institut für Rechtswissenschaften, Technische Universität Braunschweig.
- Peifer, Karl-Nikolaus; Prof. Dr. iur., Direktor des Instituts für Medienrecht und Kommunikationsrecht der Universität zu Köln, Richter am OLG Köln.
- Petri, Michael; LL.M., Leiter des Bereichs Medienkonzentration in der Gemeinsamen Geschäftsstelle der Landesmedienanstalten in Berlin.
- Pfeiffer, Thomas; Prof. Dr. Dr. h.c., Direktor des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg.
- Podszun, Rupprecht; Prof. Dr., Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Wettbewerbsrecht, Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

- Raab, Heike; Staatssekretärin und Bevollmächtigte des Landes Rheinland-Pfalz beim Bund und für Europa und Medien.
- Rösler, Hannes; Prof. Dr., LL.M. (Harvard), Professor für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung und Direktor am Institut für Medien- und Kommunikationsrecht (IMKR), Universität Siegen.
- Roth, Markus; Prof. Dr., Institut für Handels- Wirtschafts- und Arbeitsrecht, Philipps-Universität Marburg.
- Schelberg, Simone; Dr., Rechtsanwältin, Direktorin des Mainzer Medieninstituts sowie Mitglied der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK).
- Schertz, Christian; Prof. Dr., Rechtsanwalt, Schertz Bergmann Rechtsanwälte PartG mbH, Honorarprofessor an der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam sowie Honorarprofessor für Persönlichkeits-, Presse- und Medienrecht an der Technischen Universität Dresden.
- Schiedermaier, Stephanie; Univ.-Prof. Dr. iur., Lehrstuhl für Europarecht, Völkerrecht und Öffentliches Recht, Universität Leipzig.
- Schmiege, Thorsten; Dr., Präsident der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien (BLM).
- Schneiders, Pascal; M.A., Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Publizistik, Johannes Gutenberg-Universität Mainz.
- Schramke, Luca; Rechtsanwalt im Frankfurter Büro der Anwaltssozietät Schalast Law | Tax.
- Schrödter, Dirk; Minister und Chef der Staatskanzlei Schleswig-Holstein.
- Schwartmann, Rolf; Prof. Dr., Leiter der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht an der TH Köln.
- Stark, Birgit; Prof. Dr., Institut für Publizistik, Johannes Gutenberg-Universität Mainz.
- Taylor, Greg; Fellow of the Royal Historical Society, Honorary Professor of Comparative Law and Common Law an der Philipps-Universität Marburg sowie Honorary Professor an der R.M.I.T. University Melbourne; formerly Professor, Adelaide Law School, University of Adelaide.
- Uebber, Sarah; Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Recht der Wirtschaftsregulierung und Medien, Universität Mannheim.
- Walter, Andreas; Prof. Dr., LL.M., Rechtsanwalt u. Partner im Frankfurter Büro der Anwaltssozietät Schalast Law | Tax und Akademischer Direktor des Master of Banking & Capital Market Law-Studiengangs an der Frankfurt School of Finance & Management.
- Willems, Constantin; Prof. Dr., Professur für Bürgerliches Recht und Römisches Recht, Philipps-Universität Marburg.
- Zagouras, Georgios; Prof. Dr., Syndikus, Generaldirektion Rechtsdienste, Europäische Zentralbank, Frankfurt am Main und Honorarprofessor an der Philipps-Universität Marburg.

