Direkt zu den Leuten. Die funktionale Interpretation der Rundfunkfreiheit und die neuartige Environmentalität intelligenter Computernetzwerke*

Thomas Vesting

I. Einleitung

Mein Beitrag entwickelt die These, dass das Medienrecht der Bundesrepublik Deutschland ursprünglich – auch als Verfassungsrecht – auf einer normativen Modellbildung basierte, die eine spezifisch sozio-politische Voraussetzung hatte: eine industrielle Massengesellschaft samt einer dazu gehörenden stabilen Kultur großer Gruppen – Volksparteien, Gewerkschaften und Wirtschaftsverbände –, die ihrerseits fest in den verschiedenen kulturellen Milieus der Industriegesellschaft verankert waren. Das zeigt eine genauere Analyse von Konrad Hesses verfassungsrechtlichem Modell öffentlicher Meinungsbildung, an der sich die funktionale Interpretation der Rundfunkfreiheit lange Zeit orientiert hat. Die Voraussetzungen dieses Modells verlieren jedoch heute, in einer von Computernetzwerken geprägten intelligenten informationstechnologischen Umwelt des Menschen, ihre Gültigkeit. Es kann daher im Medienrecht kein Weiter-So geben. Vielmehr bedarf es einer Diskussion über ein neues netzwerkadäquates Medienrecht, auch über eine neue Medienverfassung, die die freie Entwicklung digitaler Technologien in gerechter Weise abstützt und nicht zu Gunsten überkommener Strukturen blockiert.

---

* Der vorliegende Text ist eine überabeitete und ergänzte Version eines von mir – unter dem Titel „Die Rundfunkfreiheit und die neue Logik der „Content-Curation" in elektronischen Netzwerken" – in der Juristenzeitung publizierten Artikels (JZ 20/2020), 975 - 982.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-205 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Konrad Hesses Modell öffentlicher Meinungsbildung

In seinen *Grundzügen des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, die 1966 zum ersten Mal erscheinen und zwanzig Auflagen erleben, bemerkt Konrad Hesse, dass „politische Antriebe (heute) nur noch in geringem Maße von Einzelpersonen ausgehen".[1]

Konrad Hesse gehörte mit Horst Ehmke, Peter von Oertzen, Wilhelm Hennis, Ernst Gottfried Mahrenholz und anderen zu einer Gruppe von Staatsrechtslehrern und Politikwissenschaftlern, die in den staats- und kirchenrechtlichen Seminaren Rudolf Smends im Göttingen der 1950er und 1960er Jahre ihr geistiges Zentrum hatte. Diese Gruppe war der Ort einer intellektuellen Verdichtung für vieles, was die alte Bundesrepublik ausgemacht hat. Ihre Bedeutung bestand vor allem darin, dass sie – mehr als jede andere staats- und verfassungsrechtliche Bewegung ihrer Zeit – eine für eine prosperierende Industriegesellschaft angemessene Sprache entwickelt hat. Sie hat das verfassungsrechtliche Denken nicht länger auf die staatliche Ordnung beschränkt, sondern den Verfassungsbegriff um die Grundlagen des gesellschaftlichen (nicht-staatlichen) Lebens erweitert; und hat damit, wenn auch eher unbewusst, Anschluss an den anglo-amerikanischen Typus einer heterarchisch-dezentralen Gesellschaftsbildung gesucht. Das gilt auch und gerade für Konrad Hesse.[2] Bei Hesse geht es um eine Öffnung des Verfassungsrecht für gesellschaftliche Institutionen wie Ehe und Familie, Eigentum, Bildung, Kunst und Wissenschaft – und nicht zuletzt um ein Verfassungsdenken, das für das „Wirken sozialer Gruppen" Platz hat.[3] Hesse konzipierte mit anderen Worten ein Verfassungsrecht, dass die sozio-politischen Kräfte einschloss, die die junge Bundesrepublik bestimmten, wie etwa die politischen Parteien, die noch große Volksparteien waren, die Gewerkschaften und andere einflussreiche Verbände. Weil es diese großen Gruppen und Organisationen waren, die die Industriegesellschaft, ihre kulturellen Milieus und damit auch die verfassungsrechtliche Wirklichkeit prägten,[4] konnte Konrad Hesse sagen, dass

1 *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (1966), Neudruck 20. Aufl. 1999, Rn. 151.

2 *Hesse* (Fn. 1), Rn. 18; *Dieter Grimm*, Offenheit als Leitmotiv im Verfassungsverständnis von Konrad Hesse, AöR 144 (2019) / Heft 3, S. 457, 461; vgl. auch *Michael Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts, Bd. IV.: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in West und Ost 1945-1990, 2012, 356 ff.

3 *Hesse* (Fn. 1), Rn. 18.

4 Zur Wirklichkeitsbezogenheit der rechtlichen Verfassung vgl. *Hesse*, Die normative Kraft der Verfassung, in: *Krüper/Payandeh/Sauer* (Hrsg.), Konrad Hesse. Die norma-

https://doi.org/10.5771/9783748932741-205 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„politische Antriebe (heute) nur noch in geringem Maße von Einzelpersonen ausgehen".[5]

In der Industriegesellschaft der alten Bundesrepublik bestimmten diese großen Gruppen und Organisationen nicht nur die Prozesse politischer Willensbildung im engeren Sinn des Art. 20 Abs. 2 Grundgesetz (GG), d.h. Wahlen und Abstimmungen, den politischen Kampf um parlamentarische Mehrheiten und die Regierungsbildung. Sie prägten vielmehr auch die der politischen Willensbildung im engeren Sinne vorgelagerte öffentliche Meinungsbildung im gesellschaftlich-kommunikativen Raum. Wie Wahlen und Abstimmungen in der Massendemokratie nicht ohne Parteien und Verbände gedacht werden konnten, so war die Öffentlichkeit ebenfalls durch in der Gesellschaft vorfindliche „organisierte Gruppeninteressen"[6] bestimmt – und nicht länger als ein System privater Meinungen vorstellbar, das von Einzelpersonen getragen wurde und das liberale Individuum, das Teil einer in nachbarschaftlichen Netzwerken zu denkenden Gesellschaft und gerade kein isolierter Einzelner war, mit hervorbrachte.[7] Hesses Ausgangspunkt war also die Wahrnehmung einer grundlegenden strukturellen Veränderung der modernen Gesellschaft - der oft beschriebene Übergang von der liberalen Gesellschaft zur industriellen Massengesellschaft, den man in einer medientheoretischen Perspektive auch als Übergang vom Paradigma der „Medien in der Gesellschaft der Individuen" zu den „Medien" der „Gesellschaft der Organisationen" fassen kann.[8]

Vor diesem Hintergrund entwirft Konrad Hesse in den Randnummern 149–152 seiner Grundzüge des Verfassungsrechts ein Modell der öffentlichen Meinungsbildung, das unter den Bedingungen der modernen Massenkommunikation Gültigkeit beanspruchen kann. Diese Formulierung – „unter den Bedingungen der modernen Massenkommunikation" – ist schon eine der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts,[9] dessen Mitglied Konrad Hesse 1975 auf Vorschlag von SPD und FDP wurde. Hesse war im Bundesverfassungsgericht nicht nur maßgeblich am Urteil zur

---

tive Kraft des Faktischen, 2019, 1, 4 ff.; dazu auch *Rainer Wahl*, Die normative Kraft der Verfassung. Die Antrittsvorlesung Konrad Hesses in ihrem historischen Kontext, ebd., 19; kritisch *Matthias Jestaedt*, „Die normative Kraft der Verfassung." Eine zeitgebundene Gründungsschrift der Bonner Staatsrechtslehre, ebd., 63.

5 *Hesse* (Fn. 1), Rn. 151.

6 *Hesse* (Fn. 1), ebd.

7 Vgl. *Kirk Wetters*, The Opinion System. Impasses of the Public Sphere from Hobbes to Habermas, New York 2008, 123 ff.

8 *Karl-Heinz Ladeur*, Die Zukunft der Medienverfassung, in: Ladeur/Ingold/Graber/Wielsch, 2021, S. 17, 24.

9 BVerfGE 57, 295, 320.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-205 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Mitbestimmung beteiligt,[10] sondern hat als Berichterstatter seit den 1980er Jahren auch mehrere Urteile zum Rundfunkrecht in Verfahren vorbereitet, die durch den lange Zeit umstrittenen Übergang vom öffentlich-rechtlichen Rundfunkmonopol zu der so genannten dualen Rundfunkordnung ausgelöst wurden. Ich will hier keine Verfassungsrechtsprechungsgeschichte betreiben, aber ich denke, dass man mit Fug und Recht sagen kann, dass Konrad Hesse die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Rundfunkrecht stark geprägt hat.[11] Wie also sah sein Modell öffentlicher Meinungsbildung genauer aus?

In diesem Öffentlichkeitsmodell werden Grundrechte und Staatsorganisationsrecht eng aufeinander bezogen. Das Grundrecht der Meinungsfreiheit (Art. 5 GG) wird als wichtiges Korrektiv zur Mediatisierung der politischen Willensbildung durch die besonderen Organe des Art. 20 Abs. 2 GG in Stellung gebracht. Hesses Öffentlichkeit, die sich etwa im Hinblick auf anstehende Wahlen in der gesellschaftsweiten Kommunikation immer wieder Geltung zu verschaffen sucht, ist also sehr viel umfassender angelegt als die Sphären von amtlichen Meinungen in Parlament, Regierung und Verwaltung. Hesse konzentriert sich vor allem auf die politisch relevante Massenkommunikation, die mehr als je zuvor von den Meinungsströmungen organisierter Gruppeninteressen abhängig wird. Hier kommt es zu einer die Entscheidungen in Parlament und Regierung, die Amtskommunikation, vorbereitenden „Vorformung des politischen Willens".[12] Es ist dies das Feld der „intermediären Kräfte",[13] in dessen Zentrum Hesse neben den politischen Parteien und Verbänden auch die wichtigsten (politischen) Massenmedien seiner Zeit, Presse und Rundfunk, verortet; wobei die Freiheit der Presse noch in der 20. Auflage der Grundzüge (1995) als die „wichtigste Voraussetzung der Meinungsbildung" angesehen wird.[14] Mit Hilfe der Massenmedien werden die unterschiedlichen Meinungen gebündelt – in Hesses Sprache „vorgeformt" –, um so einerseits politische Entscheidungen in Regierung und Parlament und andererseits Wahlen und Abstimmungen zu ermöglichen.

Daher liegt der Akzent bei Hesse von vornherein auf der „Bildung einer *öffentlichen Meinung*".[15] Bildung einer öffentlichen Meinung ist eine durch-

10 BVerfGE 50, 290.
11 Vgl. auch *Voßkuhle/Schemmel*, Der Staatsrechtler Konrad Hesse als Richter des Bundesverfassungsgerichts, AöR 144 (2019) / Heft 3, S. 425, 433 ff.
12 *Hesse* (Fn. 1), Rn. 151, 387.
13 *Hesse* (Fn. 1), Rn. 151.
14 *Hesse* (Fn. 1), Rn. 394 ff.
15 *Hesse* (Fn. 1), Rn. 150.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-205 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aus nicht unproblematische Formel, weil in einer liberalen Gesellschaft letztlich jede Form öffentlicher Meinungsbildung auf Beiträgen privater, in der Gesellschaft zerstreuter Meinungsäußerungen aufbauen muss, jedenfalls die private und öffentliche Meinungsbildung voneinander abhängig bleiben und die individuelle Seite der Meinungsbildung nicht einseitig gegenüber ihrer kollektiven Seite vernachlässigt werden darf. Hesse qualifiziert die Meinungsfreiheit zwar als „geistige Freiheit" und notwendiges Element des Rechtsstaates und platziert sie – mit Rudolf Smend – als „Stück sittlicher notwendiger Lebensluft" ganz in der Nähe des Art. 4 GG;[16] außerdem betont er, dass im Fall der Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit die subjektiv-rechtlichen Momente des Art. 5 Abs. 1 GG stärker hervorträten als etwa im Fall der Rundfunkfreiheit. Die Vernachlässigung der privaten Seite des spontanen Austausches von Meinungen, des „Meinungen-Systems",[17] wie Georg Christoph Lichtenberg den Prozess der freien Meinungsbildung in der Mitte des 18. Jahrhunderts nannte (dessen praktisches Vorbild das freiheitliche England war), ist in Hesses Modell öffentlicher Meinungsbildung aber insofern angelegt, als dieses unterstellt, dass die öffentliche Meinung unter den Bedingungen der Massenkommunikation nur in seltenen Fällen spontan vorhanden sei, „sondern in aller Regel Ergebnis organisierten Zusammenwirkens, oft etwas Gelenktes und darum kein unfehlbarer Maßstab der Richtigkeit."[18]

Das frühbürgerliche Subjekt, das im Medium der Öffentlichkeit an der Konstruktion eines säkularen und experimentellen Weltverständnisses sowie an seiner Fähigkeit zur ständigen Selbstveränderung arbeitet,[19] wobei die Meinungsäußerung dabei als neuartige Suche nach dem Wahrscheinlichen an die Stelle der Wahrheit tritt, weicht bei Konrad Hesse einem mehr oder weniger passiven Rezipienten, der durch die organisierten Mächte der Massenkommunikation hergebracht wird. Diese Sicht berührt sich an manchen Stellen mit Jürgen Habermas' *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, in dessen Zentrum die Vorstellung einer Überlagerung und Verdrängung des frühbürgerlichen Ideals rationaler Meinungsbildung durch eine kommerzielle Dynamik steht, die aus dem kulturräsonierenden ein kulturkon-

16 *Hesse* (Fn. 1), Rn. 388.
17 *Wetters* (Fn. 7), 188 ff.
18 *Hesse* (Fn. 1), Rn. 150.
19 *Wetters* (Fn. 7), 137 („self-reformation"); *Karl-Heinz Ladeur*, Helmut Ridders Konzeption der Meinungsfreiheit als Prozessgrundrecht, KJ 52/2 (2020), S. 172, 176, 178.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-205 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sumierendes Publikum macht.[20] Zwar wird der Aufstieg des Gruppenpluralismus und der Massenmedien bei Hesse keineswegs so negativ bewertet wie bei Habermas,[21] aber beide sind doch Vertreter eines Öffentlichkeitsdenkens, in dem ein politisches Verständnis von Meinungsbildung dominiert, die Verständigung der Bürger oder Gruppen über gemeinsame staatspolitische Ziele. Dieses Denken sieht die Öffentlichkeit nicht, wie es für die liberale Ordnung allein angemessen wäre, mit Prozessen der spontanen gesellschaftlichen Selbstorganisation und des „poetic making" verknüpft,[22] der Konstruktion einer von Menschen selbst gemachten Wissensordnung, eines „maker's knowledge",[23] von der die politische Meinungsbildung und die Entscheidungsöffentlichkeit des Staates nur ein Teil sind. Vielmehr bindet es die Öffentlichkeit von vornherein an eine Vorstellung *politischer* Einheitsbildung (Hesse) oder an einen von kommerziellen Verzerrungen und Organisationen befreiten rationalen Diskurs zwischen Individuen, die lediglich deliberieren, sich aber anscheinend nicht um ihre materielle Selbsterhaltung kümmern müssen (Habermas).

III. Der Organisationsmensch als Paradigma funktionaler Grundrechtsinterpretation

Aus dem gruppenpluralistischen Öffentlichkeitsmodell ergibt sich die Notwendigkeit, Art. 5 GG anders zu verstehen und anders zu interpretieren als andere Grundrechte. Während nach herrschender Auffassung grundsätzlich natürliche oder juristische Personen im Zentrum des Grundrechtschutzes stehen, das heißt Individuen oder Organisationen, nimmt Hesse eine sich von ihrem personalen Substrat tendenziell lösende funktionale Freiheit in den Blick, die im 3. Rundfunkkurteil als „dienende Freiheit" bezeichnet wird.[24] Andreas Voßkuhle und Jakob Schemmel haben in jüngerer Zeit zu recht bemerkt, dass diese funktionalistische Interpretation der Rundfunkfreiheit durchaus über die bis zu diesem Zeitpunkt vorlie-

20 Vgl. *Jürgen Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft (1962), 1990, 248 ff., 261, 267 ff.
21 Vgl. *Habermas* (Fn. 20), 293 ff., 326 ff., 340.
22 *Victoria Kahn*, The Trouble with Literature, Oxford 2020, 2.
23 *Kahn* (Fn. 22), 25, 120.
24 BVerfGE 57, 295, 320 (im Original kursiv). Dazu *Martin Stock*, Medienfreiheit als Funktionsgrundrecht. Die journalistische Freiheit des Rundfunks als Voraussetzung allg. Kommunikationsfreiheit, 1985.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-205 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gende Rechtsprechung hinausgeht:[25] Danach gewährleistet Art. 5 Abs. 1 GG die Bildung einer öffentlichen Meinung, der sowohl die Kommunikationsgrundrechte des Abs. 1 (Meinungs- und Informationsfreiheit) wie die Mediengrundrechte des Abs. 2 (Presse, Rundfunk, Film) zugeordnet sind. Allerdings wird dieser fruchtbare Gedanke, der auf eine Art Prozeduralisierung der Kommunikations- und Mediengrundrechte hinauslaufen müsste, weder in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts noch bei Konrad Hesse selbst näher ausgearbeitet. An die Stelle der Idee des grundrechtlichen Schutzes eines unpersönlichen Prozesses der Meinungsbildung, eines transsubjektiven Phänomens „des ‚organizing intelligence'", der „Herstellung einer ‚creative, progressive, exciting and intellectually robust community'",[26] tritt bei Hesse letztlich doch wieder eine mit ihrem personalen Substrat verknüpfte Rundfunkfreiheit, die Freiheit der Verlagshäuser, Zeitungsverleger oder der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, die als juristische Personen als die primären Träger der Presse- und Rundfunkfreiheit angesehen werden, während natürliche Personen vor allem als Mediennutzer, als Rezipienten, als Träger der Informationsfreiheit ins Spiel kommen.[27]

Die funktionale Interpretation der Rundfunkfreiheit hat also eine ganz klare Botschaft: Das Zentrum des Prozesses der freien Meinungsbildung und der Medienverfassung bilden die großen Organisationen und die Organisationsmenschen. Davon geht Hesse aus und kann das in gewisser Weise auch, weil in der prosperierenden Industriegesellschaft der Bundesrepublik Deutschland nicht nur die Volkparteien Großorganisationen waren. Auch die großen Tageszeitungen und Wochenmagazine waren in der Hand großer deutscher Verlagshäuser, gehörten privatrechtlich verfasster Medienunternehmen oder Presseverlagen wie dem Axel Springer Verlag oder der WAZ-Mediengruppe. Auch der Rundfunk operierte in der Form der Großorganisation, zunächst als ausschließlich öffentlich-rechtlich organisierte Rundfunkanstalt wie der WDR oder das ZDF und später auch als privates Medienunternehmen wie RTL oder Pro-Sieben/Sat 1. Und weil es unter den Bedingungen der Massenkommunikation keine andere politisch auch nur annähernd gleich relevante Öffentlichkeit als die Öffentlichkeit

25 *Voßkuhle/Schemmel* (Fn. 11), S. 425 (Fn. 58).

26 *Ladeur* (Fn. 19), S. 172, 176; vgl. auch *Dan Wielsch*, Medienregulierung durch Persönlichkeits- und Datenschutzrechte, JZ 75 (2020) / Heft 3, S. 105; *Gunther Teubner*, Zum transsubjektiven Potential subjektiver Rechte. Gegenrechte in ihrer kommunikativen, kollektiven und institutionellen Dimension, in: Franzki/Horst/Fischer-Lescano (Hrsg.), Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts, 2018, 357.

27 *Hesse* (Fn. 1), Rn. 393.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-205 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der großen Organisationen gab, konnte Konrad Hesse sagen, dass die „politischen Antriebe" in Prozessen öffentlicher Meinungsbildung heute „nur noch in geringem Maße von Einzelpersonen" ausgehen.

IV. Die Garantie der Rundfunkfreiheit und die liberale Ordnung des Grundgesetzes

Wenn also die Mediengrundrechte primär die die öffentliche Meinungsbildung prägenden großen Organisationen schützen, weil das Organisationsmenschentum die Bedingung politischer Macht ist und die einzelnen Mediennutzer sich nur aus von Organisationsmenschen gemachten Medien informieren können, warum können Radio und Fernsehen dann nicht wie Presseunternehmen und Filmproduktionsunternehmen privatrechtlich und marktwirtschaftlich organisiert sein? Warum öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten oder jedenfalls eine Mischung aus öffentlich-rechtlichen Anstalten und privaten Medienunternehmen?

Eine überzeugende Beantwortung dieser Frage ist für das Verfassungsrecht unabdingbar. Die Errichtung von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ist eine politische Lösung zur Gewährleistung der Rundfunkfreiheit, die den Kern liberaler Ordnung, dem das Grundgesetz verpflichtet ist, tangiert. Dieser Kern besteht darin, dass jeder Eingriff des Staates in die Selbstorganisation der Gesellschaft und ihrer Wissensordnung einer besonderen Legitimation bedarf, da politisches Handeln im Unterschied zu wirtschaftlichem Handeln letztlich immer mit dem Einsatz oder der Drohung staatlicher Gewalt verbunden ist. Natürlich wird niemand gezwungen, die Programme von ARD und ZDF zu konsumieren, aber alle müssen Rundfunkbeiträge bezahlen, wohingegen niemand gezwungen wird, eine FAZ oder eine TAZ zu kaufen, die er nicht lesen will; alles, was private Medienunternehmen einsetzen können, ist „sweet talk",[28] die Qualität des Produkts, Rhetorik, Verführung, Werbung usw. Hinter der privaten Presse steht aber kein „Beitragsservice". Das ist ein Unterschied ums Ganze, über den das Verfassungsrecht nicht einfach hinweggehen kann, auch nicht mit dem Argument, dass „große Konzerne" heute eine dem Staat vergleichbare Handlungsmacht hätten.

Konrad Hesse gibt auf diese Frage nach der Notwendigkeit öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten folgende Antwort: Der Gesetzgeber ist

28 *Deirdre N. McCloskey*, Why Liberalism Works. How True Liberal Values Produce a Freer, More Equal, Prosperous World for All, New Haven/London 2019, 27.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-205 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

im Fall der Rundfunkordnung aufgrund besonderer Umstände nicht zu marktwirtschaftlichen Lösungen verpflichtet. Er darf eine „positive Ordnung" etwa in Form einer gruppenpluralistischen Medienverfassung schaffen.[29] Diese muss aber sicherstellen, dass die Vielfalt der in der Gesellschaft vorhandenen Meinungen, also die gebündelten Meinungen der großen Gruppen, in der durch den Gesetzgeber geschaffenen positiven Ordnung repräsentiert sind. Die gesellschaftlichen Ströme freier Meinungsbildung müssen durch die Rundfunkorganisation hindurchfließen, und das Programm muss die in der Gruppenöffentlichkeit vorhandene Vielfalt der Meinungen abbilden.[30] Alle großen gesellschaftlichen Gruppen, alle gesellschaftlich relevanten Kräfte, müssen, wie es bereits im ersten Rundfunkurteil heißt, im Gesamtprogramm – nicht in jeder einzelnen Sendung – „zu Wort kommen".[31] Wie dann auch in der weiteren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts herausgearbeitet worden ist, ist es vor allem die Aufgabe der Rundfunkräte der öffentlich-rechtlichen Sender, diese Vielfalt der Meinungen im Programm sicherzustellen,[32] also Aufgabe jener Minirepubliken im Körper der Anstalten, in der die sozio-politische Landschaft und die kulturellen Milieus der großen Republik gespiegelt werden und sich effektiv artikulieren können sollen.

Die am Gruppenpluralismus der alten Bundesrepublik abgelesene Vielfaltsvorstellung gilt zunächst für die binnenpluralistische Organisation des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und sein darauf abgestimmtes Programm. Aber auch die außenpluralistische Struktur des privaten Rundfunks wird von Hesse in die positive Ordnung integriert. Der Gesetzgeber muss, wenn er dem privaten Rundfunk einen Entfaltungsraum geben will, dafür einen gesetzlichen Rahmen zur Verfügung stellen (der heutige Medienstaatsvertrag), zu dem eine begrenzte Staatsaufsicht gehört (die heutigen Landesmedienanstalten). Umgekehrt bedürfen private Rundfunkveranstalter einer staatlichen Zulassung, sie unterfallen, im Unterschied zur Presse (und den Telemedien), dem verwaltungsrechtlichen Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Und zu guter Letzt muss die bestehende Meinungsvielfalt auch im außenpluralistischen System des privaten Rundfunks zur Darstellung gelangen.[33] Daher muss der private Rundfunk gesetzlich etwa auf ein Mindestmaß an inhaltlicher Ausgewogenheit, Sachlichkeit und gegenseitiger Achtung in seinem Programm verpflichtet werden (jetzt §§ 59 ff. MStV).

---

29 BVerfGE 57, 295, 320.
30 *Hesse* (Fn. 1), Rn. 396; BVerfGE 57, 295, 319 ff.
31 BVerfGE 12, 205, 262.
32 BVerfGE 136, 9 (Rn. 38 ff.).
33 *Hesse* (Fn. 1), Rn. 396; BVerfGE 74, 297, 325 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-205 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Auch wenn die Darstellung des von Konrad Hesse entworfenen Modells der öffentlichen Meinungsbildung und ihrer Fortführung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hier lückenhaft bleiben müssen, dürften die Grundzüge der funktionalen Interpretation der Rundfunkfreiheit und die daraus hervorgehende Vorstellung einer gruppenpluralistischen Medienverfassung doch hinreichend klar geworden sein: Die Einzelperson ist nur in der spontanen, gesellschaftlichen Alltagskommunikation unmittelbar an der öffentlichen Meinungsbildung beteiligt. Ansonsten kann sie sich nur als Organisationsmensch, als Teil einer politischen Partei oder eines anderen gesellschaftlichen Verbandes in die Prozesse politischer Willensbildung einbringen. Sofern aber die sozio-politische Realität der tragenden Gruppen der Gesellschaft und ihre kulturellen Weltbilder im Gesamtprogramm des Rundfunks zu Wort kommt und die Mediennutzer die unterschiedlichen, in der Gesellschaft fließenden Meinungsströme im Programm wiederfinden, bleibt die Freiheit der Berichtserstattung gewahrt, einschließlich der Freiheit der Einzelperson, sich aus unterschiedlichen Quellen zum Zweck der Meinungsbildung informieren zu können.

V. Direkt zu den Leuten

Wir machen jetzt einen räumlichen und zeitlichen Sprung. Vom Freiburg und Karlsruhe der 1970er bis 1990er Jahre geht es nun in den vorletzten amerikanischen Präsidentschaftswahlkampf. Im Januar 2016 sagt der republikanische Präsidentschaftskandidat Ted Cruz in einem Interview mit Fox News: „Die Reporter wollen, dass Hillary gewinnt. Die Antwort darauf ist das zu tun, was Reagan getan hat, über die Köpfe der Medien hinweg zu gehen."[34] Aber wie Cruz zugleich klarstellt, sei das heute viel einfacher als zu Reagans Zeiten. Denn die Zeit, in der drei Fernsehsender den Informationsfluss mit einer Art Würgegriff hätten steuern können, liege hinter uns. „Wir haben das Internet. [...] Wir haben die sozialen Medien. Wir haben die Möglichkeit direkt herumzugehen, direkt zu den Leuten."[35]

Die Tragweite dieser Beobachtung kann man kaum überschätzen. Mit dem Aufstieg einer technologischen Umwelt intelligenter Computernetz-

34 Zitiert nach *Jill Lepore*, The New Yorker, Februar 2016 https://www.newyorker.com/magazine/2016/02/22/did-social-media-produce-the-new-populism (meine Übersetzung, Thomas Vesting).

35 *Lepore* (Fn. 34): „We have got the Internet. ... We have got talk radio. We have got social media. We've got the ability to go directly around, and directly to the people."

https://doi.org/10.5771/9783748932741-205 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

werke haben die Prozesse öffentlicher Meinungsbildung neue Informationskanäle und neuartige Intermediäre bekommen. Man braucht keine Presseverlage oder Rundfunkanstalten mehr, um zu den Leuten gehen zu können. Man kann sie direkt adressieren; und dazu benötigt man nicht mehr als ein Smartphone. Mit Hilfe entsprechender Algorithmen kann diese Ansprache sogar personalisiert und dadurch bis zu einem gewissen Grad auf die kulturellen oder politischen Präferenzen von Einzelpersonen zugeschnitten werden. Und umgekehrt können die Menschen jetzt über Twitter, Facebook, Instagram, TikTok oder WhatsApp ihre Meinungen zu jedem beliebigen Thema ohne die herkömmlichen intermediären Organisationen kundtun. Das gilt insbesondere für Personen, die ohnehin schon in der Öffentlichkeit stehen und prominent sind. Nicht nur Popstars wie Rihanna oder Katy Perry haben mehr als 120 Millionen Follower auf Twitter. Auch ein früherer Politiker wie Barack Obama kann in dieser Liga mitspielen. Selbst eine nicht übermäßig prominente brasilianische Abgeordnete wie Carla Zambelli hat über Facebook, Instagram und Twitter im Februar 2020 nach eigenen Angaben ca. 90 Millionen Personen erreicht, eine unglaubliche Zahl, wenn man bedenkt, dass die neun größten brasilianischen Tageszeitungen zusammen nur knapp 1,5 Millionen Leser haben. In Deutschland ist die Entwicklung noch weit hinter solchen Zahlen zurück. Christian Lindner hat aber immerhin ca. 1.300.000 Follower auf Twitter, Facebook und Instagram, und Rezo hat mit seinem Video über „Die Zerstörung der CDU" im Jahr 2019 immerhin zehnmal so viele Zuschauer erreicht wie Markus Lanz im Schnitt mit einer Sendung.

Der Aufstieg intelligenter Computernetzwerke hat das allgemein zugängliche Medienangebot auf ein noch vor wenigen Jahrzehnten unvorstellbares Niveau gehoben und sowohl zur Ausdifferenzierung des Medienangebots wie zu neuen Formen und Wegen seiner Verbreitung geführt. Diese Entwicklung führt ökonomisch und medial gesehen dazu, dass die Einschaltquoten der großen Fernsehsender in allen westlichen Ländern bestenfalls stagnieren, aber jedenfalls bei jungen Leuten zurückgehen. Ebenso sinken die Auflagen von Tageszeitungen und Wochenzeitschriften. Es gibt Variationen dieses Bildes, aber der Trend ist eindeutig: Die herkömmlichen (national orientierten) Massenmedien, Rundfunk und Presse, verlieren an Einfluss und Bedeutung. Gewinner sind (international agierende) soziale Netzwerke, Suchmaschinenbetreiber, Streaming-Dienste und Plattformen aller Art wie Apple, Amazon, Google, Facebook, Twitter, Netflix usw. Das zwingt die herkömmlichen Medienanbieter, sich auf die neue Situation einzustellen – und es ist allgemein bekannt, wie schwierig das ist. Besonders der öffentlich-rechtliche Rundfunk kann aufgrund sei-

https://doi.org/10.5771/9783748932741-205 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ner Geschichte und seiner Organisationsstruktur nur sehr eingeschränkt und nur sehr langsam auf die neue mediale Lage reagieren.

VI. Eine neuartige mediale Environmentalität

Der Aufstieg datengetriebener und umweltsensibler Computernetzwerke ist das Resultat eines tiefen medientechnologischen Einschnitts, der den Bifurkationen der Evolutionsbiologie gleichkommt.[36] Dadurch ist ein neuartiger umweltlicher Sinnhorizont entstanden, der hier, in Anknüpfung an eine von Michel Foucault benutzte Terminologie, als mediale „Environmentalität" beschrieben wird,[37] und mit dem sich die Gesellschaft, die Kultur und die Subjektivierungsprozesse verändern. Das hat auch Konsequenzen für die Medienverfassung: Der herkömmliche Rundfunk als Medium der „Gesellschaft der Organisationen" wird jetzt mit den Medien der „Gesellschaft der Netzwerke" konfrontiert,[38] mit sozialen Netzwerken, Suchmaschinen und Streaming-Diensten, die über neuartige multifunktionale Endgeräte wie Smartphones oder Tablets individuell genutzt werden können. In diesen Kontext gehört auch der im letzten Abschnitt schon angedeutete Bedeutungszuwachs einer neuartigen Plattformökonomie,[39] deren Geschäftsmodelle sich in vielfacher Hinsicht von denjenigen der klassischen Massenmedien unterscheiden.

Schon seit einiger Zeit wird die Medienverfassung durch die informationstechnologische Entwicklung herausgefordert. Die massenmediale Kultur wird mehr und mehr durch eine informationstechnologische Kultur überlagert. Diese ist durch ein ständiges Fluktuieren der Muster der kommunikativen Beziehungen zwischen Individuen gekennzeichnet, die sich keiner vorab gegebenen Allgemeinheit mehr fügen und der keine mit der gruppenpluralistischen Medienverfassung noch verbundene Ein-

---

36 Vgl. *Mark B. N. Hansen*, Feed Forward – On the Future of Twenty-First-Century Media, Chicago/London 2015; *Thomas Vesting*, Die Medien des Rechts IV: Computernetzwerke, 2015.

37 Vgl. *Michel Foucault*, Die Geburt der Biopolitik. Geschichte der Gouvernementalität II. Vorlesungen am Collège de France 1978/1979. Berlin: Suhrkamp, 2006, 361; vgl. auch *Hansen* (Fn. 36); und *Erich Hörl*, Die environmentalitäre Situation. Überlegungen zum Umweltlich-Werden von Denken, Macht und Kapital, in: Internationales Jahrbuch für Medienphilosophie 4 (2018), 221 ff.

38 *Ladeur* (Fn. 8), 24 ff., 30 ff.

39 Vgl. *Julie E. Cohen*, Law for the Platform Economy, 51 U.C. Davis L. Rev. 133-2014 (2017), S. 136 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-205 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

heitserwartung mehr unterlegt werden kann.[40] Es entsteht vielmehr eine Welt jenseits weniger gesellschaftlich tonangebender großer Gruppen. In der Kultursoziologie ist diese neuartige Lage in jüngerer Zeit als labile Aggregation von Singularitäten beschrieben worden, von Einzelnen, die ständig daran arbeiten, ihre Einzigartigkeit durch die Selbststilisierung von Verhaltensmustern – vom Konsum bis zur sexuellen Orientierung – zu dokumentieren.[41] Man könnte auch von einer Kultur ohne festes Zentrum sprechen, die sich, wie die Parteienlandschaft nach dem Bedeutungsverlust der großen Volksparteien,[42] durch kurzfristige Schwankungen und größere Disparitäten auszeichnet. Im Focus einer solchen Perspektive stünde dann eine dynamische, auf ständige Selbstveränderung angelegte Kultur, in der die digitalen Computernetzwerke eine neuartige Environmentalität generieren, von dem sich das Medienrecht – auch als Verfassungsrecht – künftig leiten lassen müsste.[43]

Nimmt man die Entwicklung von sozialen Netzwerken stellvertretend für die Emergenz digitaler Medien liegt der entscheidende Unterschied zwischen diesen und dem herkömmlichen Rundfunk in der grundlegenden Veränderung des Charakters der Medienproduktion und Medienrezeption. Die plattformvermittelte Kommunikation der sozialen Netzwerke sprengt die Form der passiven Rezeption zeitlich genau fixierter Programme durch wiederkehrende stabile Publika. Das einstige Programm wird hier zum gemeinsamen Produkt einer Vielzahl von Nutzern, beispielsweise in Form von schnell aufeinander reagierenden Meinungsäußerungen in einem Chat, der sich zu jeder beliebigen Zeit bilden, aber genauso schnell auch wieder verschwinden kann. Das bringt einerseits „ein starkes Ansteigen im Reichweitenpotential für Jedermann-Kommunikationen mit sich“[44] und andererseits die Auflösung stabiler Programmformen in einer eher episodenhaften Prozessrealität, die durch ständige Updates angereichert wird und phänomenologisch unruhig bleibt. Soziale Netzwerke werden zwar als kommerzielle Unternehmen betrieben und sind in diesem Sinn handelnde Organisation, ihr Geschäftsmodell beruht aber nicht auf der Herstellung fix und fertiger Medienprodukte wie Filmen, Sport- oder Nachrichtensendungen. Das Unternehmen stellt vielmehr die

40 *Albert Ingold*, Digitalisierte Öffentlichkeiten und ihre Regulative, in: Kruse/Müller-Mall (Hrsg.), Digitale Transformation der Öffentlichkeit, Weilerswist 2020, 163 ff., 169.
41 Vgl. *Andreas Reckwitz*, Die Gesellschaft der Singularitäten, 2017.
42 Ausführlicher *Thomas Vesting*, Staatstheorie, 2018, 173 ff.
43 *Ladeur* (Fn. 8), 30.
44 *Ingold* (Fn. 40), 163 ff., 168.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-205 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

technologischen Mittel – die Plattform – für den Aufbau kommunikativer Beziehungsnetzwerke bereit, die jetzt selbst als „neue(r) Quasi-Akteur" auftreten und rechtlich auch so behandelt werden müssen.[45] Die sozialen Netzwerke werden auch nicht dadurch zu herkömmlichen Massenmedien, dass die nutzergenerierten Inhalte teilweise mit herkömmlichen Medienangeboten wie zum Beispiel Nachrichtenfeeds kombiniert werden. Denn diese werden, wie die Kommunikation in sozialen Netzwerken, im Allgemeinen ebenfalls nicht redaktionell aufbereitet, sondern mit Hilfe von Algorithmen gefiltert und für die Nutzer personalisiert.

Die digitale Transformation der Medien verändert die Prozesse der freien Meinungsbildung daher ebenso grundlegend wie die in der Öffentlichkeit vorherrschenden Kommunikationsmuster. Das Hauptmerkmal der neuen digitalen (postmassendemokratischen) Öffentlichkeit liegt in einer gesellschaftlichen, sich selbst über Netzwerke organisierenden zerstreuten Kommunikation und nicht mehr in einer Form, die über repräsentative Gruppen und ihre Sinnwelten gebündelt wird. Die Veränderung besteht anders gesagt darin, dass an die Stelle „hochselektiver Medienfilter" einer formierten und organisierten Gesellschaft eine „Vielzahl von Filtermedien" in distribuierten interaktiven Kommunikationsformen in einer stärker permissiven Gesellschaft tritt.[46]

VII. Was heißt das für das deutsche Medienrecht?

Kann man an der für die Industriegesellschaft und ihre Gruppenkultur entwickelten funktionalen Interpretation der Rundfunkfreiheit festhalten? Und sollte man das aus dieser Rechtsprechung hervorgegangene Regulierungsregime, wie es seit 1991 zunächst im Rundfunkstaatsvertrag der Länder seinen Ausdruck gefunden hat, auf Computernetzwerke übertragen und die großen global agierenden Plattformen der US-amerikanischen Unternehmen wie die privaten Rundfunkunternehmen einer medienrechtlichen Regulierung unterwerfen, wie es der neue Medienstaatsvertrag und die europäische Regulierung nun erstmals vorsehen? Diese Fragen sind

45 *Karl-Heinz Ladeur*, Netzwerkrecht als neues Ordnungsmodell des Rechts. – nach dem Recht der Gesellschaft der Individuen und dem Recht der Gesellschaft der Organisationen, in: Eifert/Gostomzyk (Hrsg.), Netzwerkrecht: Die Zukunft des NetzDG und seine Folgen für die Netzwerkkommunikation, Baden-Baden 2018, 169 ff., 171.

46 *Jens Kersten*, Schwarmdemokratie. Der digitale Wandel des liberalen Verfassungsstaates, 2017, 127, 133, 134.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-205 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

von so großer Komplexität, dass sie im Rahmen eines Beitrags zu einem Sammelband nicht adäquat beantwortet werden können. Ich möchte aber eine Richtung markieren, in der künftig über diese und vergleichbare Fragen diskutiert werden sollte. Dazu zunächst eine These, die ich nur kurz begründen werde.

Für eine liberale Verfassung wie die des Grundgesetzes ist das normative Modell einer freien Meinungsbildung unverzichtbar. Zwar löst Konrad Hesses Modell der Bildung einer öffentlichen Meinung die politische Seite der Öffentlichkeit zu sehr von der gesellschaftlichen und privaten Meinungsbildung trennt. Aber bei Hesse geht es doch auch um die ständige *Bildung* einer öffentlichen Meinung, um den prozesshaften Charakter der publizistischen Auseinandersetzung um die politische Macht, die sich bei ihm letztlich an der Presse orientiert. Und dieses prozesshafte Moment gilt für alle Grundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG, sowohl für die Interpretation der Kommunikationsgrundrechte des Satzes 1 wie der Mediengrundrechte des Satzes 2; sie alle schützen den Prozess der freien Meinungsbildung. Dieser Ausgangspunkt kann beibehalten werden und sollte, wie im dritten Abschnitt schon angedeutet, in einem Konzept des prozeduralen, prozesshaften und impersonalen Grundrechtsschutzes genauer ausgearbeitet werden. Die Meinungsfreiheit und die Medienfreiheiten würden dann nicht primär die Subjektivität und Persönlichkeit des Einzelnen schützen, sondern einen Prozess der freien Meinungsbildung in einer beweglichen kulturellen Matrix. Meinungsbildung wäre dann als ein transsubjektives Phänomen „des ‚organizing intelligence'" zu konzipieren, als Mittel zur „Herstellung einer ‚creative, progressive, exciting and intellectually robust community'",[47] bei dem das Subjekt – wie schon das grammatische Subjekt Wittgensteins – zu einem Teilhaber an einem Geschehen wird, das nicht aus ihm selbst – aus seinem Höchstpersönlichen – kommt.[48] Subjektivität ist folglich keine zentrale oder letzte Instanz mehr, im Gegenteil, die teilhabende oder relationale Subjektivität wird durch die digitalen Technologien künftig noch mehr an Bedeutung gewinnen, weil diese eine intelligente sensorische Umwelt schaffen, an die sich das menschliche Subjekt nicht mehr nur anpasst, sondern die dem menschlichen Subjekt etwas anbietet, „zur Verfügung stellt, was sie ihm beibringt".[49]

---

47 *Ladeur* (Fn 19), S. 172, 176.

48 Vgl. *Sandra Markewitz*, Das grammatische Subjekt. Konstitutionsformen von Subjektivität in der Moderne, in *dies*. (Hrsg.), Grammatische Subjektivität, Wittgenstein und die moderne Kultur, 2019, 23, 46.

49 Vgl. *Erich Hörl*, Internationales Jahrbuch für Medienphilosophie 4 (2018), 221, 235. Das ließe sich auch auf unterschiedliche historische Erscheinungsformen me-

https://doi.org/10.5771/9783748932741-205 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Im Ergebnis können also wichtige Komponenten von Hesses Modell der öffentlichen Meinungsbildung weitergeführt werden. Was aber heute auf den Prüfstand muss, ist die Frage, ob es Sinn macht oder gar verfassungsrechtlich geboten sein könnte, der neuartigen medialen Environmentalität der elektronischen Netzwerke und ihrer Sinnwelten mit der Logik eines Rechtsregimes zu begegnen, das aus der industriellen Massengesellschaft und der zu ihr gehörenden Kultur politischer Gruppierung stammt. Sollen also auch die neuen digitalen Medien – die sozialen Netzwerke, die Suchmaschinen, die Streaming-Dienste – und ihre Plattformen, soweit sie die öffentliche Meinungsbildung tangieren, dem Regime des Rundfunkrechts mit seiner treuhänderischen Lösung eines Binnen- oder Außenpluralismus und damit einer staatlichen Verantwortung unterworfen werden? Oder wäre nicht das Modell der Presseregulierung vorzugswürdig? Oder wäre nicht sogar eine allgemeine (nicht medienspezifische) Regulierung der neuen Situation allein angemessen, also eher eine Deregulierung der Medien, statt immer mehr Medienregulierung?

Hesses verfassungsrechtliche Modellbildung, die die gesetzgeberische Möglichkeit legitimiert, eine positive Rundfunkordnung zu schaffen, baute darauf auf, dass die Produktion von Fernseh- und Hörfunksendungen kostenintensiv und Sendefrequenzen ursprünglich knapp waren und der marktwirtschaftliche Wettbewerb zwischen privaten Unternehmen kein vergleichbar vielfältiges Gesamtprogramm erzeugen konnte. Insbesondere die zuletzt genannte Überzeugung des Berichterstatters Hesse, die den politischen Streit um die duale Rundfunkordnung lange beherrscht hat, hat auch immer wieder Einfluss auf die Urteile des Bundesverfassungsgerichts gehabt. An eine derartige Vielfaltsvorstellung, jetzt als Vorstellung einer Vielfaltverengung durch die Konzentrationstendenzen innerhalb der Plattformökonomie, knüpft die medienpolitische Diskussion heute wieder an, wenn sie den Aufstieg intelligenter Computernetzwerke wie zuvor den Rundfunk unter Vielfaltsgesichtspunkten beobachtet und diese Beobachtung mit der Unterstellung verbindet, dass die elektronischen Netzwerke zu einer zunehmenden Monopolisierung der Verfügung über Inhalte durch wenige „große Konzerne“ sowie zu „Filterblasen“ und zu „Fake News“ führten.

---

dialer Infrastrukturen beziehen, die bestimmte kulturelle und gesellschaftliche Entwicklungen ermöglichen oder eben nicht ermöglichen; vgl. *Mireille Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, Cheltenham U.K. 2016, 47 ff. (zu Möglichkeitsbedingungen der Oralität, der Schrift, des Buchdrucks, des Films usw.); vgl. auch *Christoph B. Graber*, Washington University Jurisprudence Review 10 (2017), S. 221, 226 f.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-205 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In der medienpolitischen Diskussion wird aber nie gefragt, ob die Medienöffentlichkeit heute noch so funktioniert, wie Konrad Hesse sie beschrieben hat: als organisationsbasierte Öffentlichkeit. Das muss aber vorausgesetzt werden können, wenn von Vielfaltsverengung oder Gefahren für die Meinungsfreiheit gesprochen wird und damit normativ an die Idee der Sicherung einer auf den Prinzipen des politischen Gruppenpluralismus beruhenden Rundfunkfreiheit angeknüpft werden soll. Es muss vor allem vorausgesetzt werden können, dass es große Organisationen sind, die die disperse Kommunikation in der Gesellschaft bündeln und konturieren, sie als linke oder rechte, grüne oder liberale politische Position erkennbar machen – und dass diese, über große Organisationen und einen professionellen Journalismus vermittelte Öffentlichkeit eine Monopolstellung hat oder zumindest die öffentliche Meinungsbildung maßgeblich prägt. Genau diese Voraussetzung ist aber entfallen, wie nicht erst die letzten US-Wahlkämpfe um die Präsidentschaft deutlich gemacht haben. Um es allgemeiner zu sagen: Wir leben längst mit den Medien der „Gesellschaft der Netzwerke".[50] In dieser Umwelt bildet nicht mehr der Organisationsmensch das dominierende Paradigma, sondern der sich selbst vernetzende Homo Digitalis. Die technologische Kreativität des Silicon Valley hat neue Kommunikationskanäle geschaffen, die beispielsweise über die sozialen Netzwerke eine direkte Kommunikation von Einzelpersonen an beliebig viele andere Einzelpersonen ermöglichen. Damit wird Konrad Hesses These, dass „politische Antriebe nur noch in geringem Maße von Einzelpersonen ausgehen" hinfällig – hinfällig allerdings nur insofern, als die Antriebe heute eben nicht mehr allein von Organisation, sondern mehr und mehr von einer neuartigen informationstechnologische Environmentalität ausgehen.

An diesen Befund lässt sich eine verfassungsrechtliche These anschließen. Hesses organisationsbezogenes Modell der Bildung einer öffentlichen Meinung mag bis in die 1990er Jahre eine gewisse Schlüssigkeit gehabt haben. Je mehr die darin implizit eingeflossene Unterstellung, die lebensweltliche Selbstverständlichkeit, von der Hesse zu seiner Zeit zweifellos noch ausgehen konnte, nämlich dass die Bildung einer Öffentlichkeit primär im Feld der organisierten Gruppeninteressen angesiedelt ist, entfallen, umso mehr verliert dieses Modell an verfassungsrechtlicher Evidenz. Es ist vor diesem Hintergrund erstaunlich, dass das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zum Rundfunkbeitrag aus dem Jahr 2018 das in der medienpolitischen Diskussion kursierende Bild von der Vielfaltsverengung

50 *Ladeur* (Fn. 8), 30 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-205 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

durch digitale Medien mehr oder weniger eins zu eins in seine Urteilsbegründung übernommen und in seinem jüngsten Beschluss zum Rundfunkfinanzierung wiederholt hat. Ohne eine tiefere Auseinandersetzung mit dem Stand der wissenschaftlichen Diskussion behauptet das Bundesverfassungsgericht, dass die Digitalisierung der Medien und insbesondere die Netz- und Plattformökonomie des Internets einschließlich der sozialen Netzwerke Konzentrations- und Monopolisierungstendenzen bei Anbietern, Verbreitern und Vermittlern von Inhalten begünstigten.[51] Das Bundesverfassungsgericht will mit dieser Behauptung belegen, dass die neuartige Environmentalität der elektronischen Netzwerke nicht mit einem Freiheitsgewinn und mehr Möglichkeiten für die öffentliche Meinungsbildung einhergeht, sondern mit neuartigen Gefahren der Vielfaltsverengung, wie sie etwa durch die Verstärkung gleichgerichteter Meinungen, durch den Einsatz von Algorithmen oder die allein auf Klickzahlen ausgerichtete wirtschaftliche Rationalität von Geschäftsmodellen verbunden seien.[52] Daher, so der juristische Schluss, könne auf den die Rundfunkfreiheit sichernden öffentlich-rechtlichen Rundfunk und die Beitragspflicht heute weniger denn je verzichtet werden.[53]

VIII. Begünstigt Google eine Verstärkung gleichgerichteter Meinungen?

Das Problem, das sich eine solche Argumentationsführung einhandelt, besteht darin, dass sie zum Beispiel eine Suchmaschine wie Google, die für den Nutzer die Funktion eines Kurators in einem Meer von Daten und Informationen einnimmt,[54] juristisch wie ein klassisches Medienunternehmen unter Vielfaltsgesichtspunkten betrachtet. Damit wird eine der faszinierendsten Erfindungen des 20. Jahrhunderts (und ein Beispiel für die überlegene technologische Kreativität des Silicon Valley) an einem Maßstab gemessen bzw. auf eine Funktion verengt, die allenfalls einen Teilaspekt des für einen Beobachter letztlich unüberschaubaren Leistungsspektrums der Suchmaschine herausgreift. Damit verfehlt diese Argumentationsführung aber gerade den universalen, nicht auf einen Zweck (wie

51 BVerfGE 149, 222 (Rn. 79); 158, 389 (Rn. 80).
52 BVerfGE 149, 222 (Rn. 79); 158, 389 (Rn. 80).
53 BVerfGE 149, 222 (Rn. 81); 158, 389 (Rn. 81).
54 Vgl. *Albert Ingold*, Governance of Algorithms. Kommunikationskontrolle durch ‚Content Curation' in sozialen Netzwerken, in: Unger/Unger-Sternberg (Hrsg.), Demokratie und künstliche Intelligenz, 2019, 183.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-205 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Bereitstellung von Rundfunkprogrammen) begrenzten Charakter von Google als Plattform. Ich möchte das an einem Beispiel erläutern.

Google ermöglicht jedem Nutzer, der mit der Suchmaschine arbeitet, Zugang zu Daten und Informationswelten, die vor ihrer Erfindung gar nicht oder jedenfalls nur mit sehr viel mehr Aufwand zugänglich waren. So hat Google unter anderem begonnen, den Traum einer universalen Bibliothek zu realisieren, von dem französische Aufklärer wie Condorcet geträumt haben. Google Books hat inzwischen 25 Millionen Bände digitalisiert, mehr als doppelt so viele Bücher, wie die Berliner Staatsbibliothek, die größte deutsche wissenschaftliche Universalbibliothek, in Papierform im Bestand hat. Die deutsche digitale Bibliothek, die Antwort der deutschen Kulturpolitik auf Google, stellt demgegenüber jährlich 1,3 Millionen € für die Digitalisierung des deutschen Buchbestandes zur Verfügung, so dass die Staatsbibliothek Berlin von ihren 10 Millionen Büchern immerhin schon 400.000 digitalisiert hat. Google tut also nicht nur viel für die mediale Vielfalt, sondern ist im Feld der Digitalisierung von Buchbeständen auch erheblich leistungsfähiger als der deutsche Staat. Man kann Martin Schallbruch daher nur zustimmen: „Google Books ist eine Privatinitiative, von der wir dankbar sein können, dass es sie gibt."[55]

Google ist heute aber nicht nur ein gigantisches digitales kulturelles Archiv. Es erweitert auch die Möglichkeiten der politischen Meinungsbildung eines jeden Einzelnen. Google ermöglicht jedem Nutzer, nahezu jede beliebige Zeitung dieser Welt zu finden und in Ausschnitten zu lesen oder nach interessanten Meinungen abzusuchen, etwa die kostenlosen Webseiten der New York Times, der NZZ, von La Repubblica oder die des Economist. Hier stoßen wir auf ein durchaus konflikthaftes Feld, auf das der deutsche Gesetzgeber bereits 2013 mit einem (letztlich nicht erfolgreichen) Leistungsschutzrecht für Presseverlage zu antworten versucht hat.[56] Aber in unserem Kontext geht es nicht um eine Kollisionsordnung zwischen Presse und Suchmaschinenbetreiber wie Google, sondern allein und ausschließlich um die Frage, was es angesichts dieser faszinierenden Erweiterung von Möglichkeiten der Meinungsbildung bedeuten kann, mehr oder weniger pauschal zu behaupten, die Digitalisierung der Medien begünstige Konzentrations- und Monopolisierungstendenzen bei Vermittlern von Inhalten? Die publizistischen Inhalte werden durch die neuen

55 Vgl. *Martin Schallbruch*, Schwacher Staat im Netz: wie die Digitalisierung den Staat in Frage stellt, 2018, 110 ff., 112.

56 Der EuGH hat das Leistungsschutzrecht für Presseverlage am 12.9.2019 (C-299/17) wegen Verstoßes gegen die europarechtliche Notifizierungspflicht für nicht anwendbar erklärt.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-205 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

digitalen Medien nicht monopolisiert, sondern sie explodieren ins Unendliche.

IX. Regulierung von Medienintermediären – ohne Grundrechte?

Es kann nicht zweifelhaft sein, dass die neuen digitalen Medien und eine Suchmaschine wie Google der *rule of law* unterworfen sind, also etwa den für die freie Meinungsbildung relevanten Schrankengesetzen wie etwa dem Strafrecht (und in Deutschland auch dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz), dem Persönlichkeitsschutz, dem Datenschutz oder dem Wettbewerbsrecht usw. Es erscheint aber sehr fraglich, ob ein organisationsbasiertes Modell der Öffentlichkeit und eine von gruppenpluralistischer Vielfalt ausgehende Medienregulierung es wahrscheinlich machen, der neuen Logik der elektronischen Netzwerke adäquat zu begegnen – und beispielsweise mit einer universalen Suchmaschine wie Google und der sich um sie herum bildenden Drittanbieter so umzugehen, dass die Entwicklungsoffenheit der informationstechnologischen Dynamik auch in Zukunft gewährleistet werden kann.

Zu Recht stuft der neue Medienstaatsvertrag im Unterschied zu einer jüngeren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Google als Medienintermediär ein und reduziert dessen Dienstleistungen damit nicht auf rein wirtschaftliches Handeln.[57] Aber die dazu beabsichtigte Regulierung ist diffus. Sie zielt im Kern auf Diskriminierungsfreiheit und Transparenz. Aber was soll es beispielsweise bedeuten, wenn Google künftig zu Zwecken der Sicherung der Meinungsvielfalt die zentralen Kriterien einer Aggregation, Selektion und Präsentation von Inhalten und ihre Gewichtung unter Einschluss von Informationen über die Funktionsweise der eingesetzten Algorithmen in verständlicher Sprache leicht wahrnehmbar, unmittelbar erreichbar und ständig zur Verfügung halten soll (§ 93 MStV)? Soll sich das auf jeden Einzelfall beziehen? Googles Marktmacht resultiert doch gerade daraus, dass Google als Plattform riesige Datenmengen aggregiert, verarbeitet und immer wieder neu zusammensetzen kann – und deren konkrete Zweckverwendungen vorab selbst gar nicht kennt. Unstrittig dürfte zumindest sein, dass Google auch als ausländische juristische Person selbst Grundrechtsträger ist und die neuen Vorschriften des Medienstaatsvertrages tief in die europäischen und nationalen Grundrechte von Google eingreifen. Das gilt allerdings nicht nur im Hinblick auf die unternehmeri-

57 Vgl. BVerfGE 152, 216 (Rn. 105).

https://doi.org/10.5771/9783748932741-205 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sche Freiheit der Europäischen Grundrechtecharta (Art. 16) und die Wirtschaftsfreiheiten des Grundgesetzes (Art. 12, 14, 2 Abs. 1). Darüber hinaus erbringt Google als Kurator von Inhalten – als neuartiger Medienintermediär – auch eine mediale Leistung für den Nutzer und muss daher als Träger der Pressefreiheit,[58] zumindest aber als Träger der Meinungsfreiheit anerkannt werden.

X. Schluss: Ein neue Medienverfassung für intelligente Computernetzwerke

Je länger man über das hier diskutierte Problem nachdenkt und sich dabei von klaren juristischen Gedanken und nicht von plakativen politischen Formeln leiten lässt, umso deutlicher wird, dass eine universale Suchmaschine wie Google nichts mit der institutionellen (organisationsbezogenen) Ordnung des Rundfunks zu tun hat. Die erweiterte Regulierung des Medienstaatsvertrages hinterlässt einen wenig durchdachten Eindruck, und sie wird in der Praxis wohl eher zu einer Überforderung der Landesmedienanstalten führen und die unproduktive Regulierungsvielfalt von staatsvertraglichem Medienrecht, Telekommunikationsregulierung und Bundeskartellrecht, in dem sich das mediale Deutschland schon lange befindet, noch weiter steigern. Es spricht deshalb alles dafür, für die neuartige mediale Environmentalität intelligenter Computernetzwerke ein neues „Sozialverfassungsrecht der digitalen Medien“[59] zu entwerfen und für dieses netzwerkadäquate Institutionen und eine entsprechende Regulierung zu schaffen.

Es müsste um eine Medienverfassung gehen, das die Stelle des organisationsbasierten Modells der Bildung einer öffentlichen Meinung besetzen könnte. Die normative Funktion der Öffentlichkeit liegt in einem liberalen Verfassungsstaat darin, durch die Beobachtung des Selbst im Spiegel der anderen eine relationale, bewegliche, zukunftsoffene Kultur zu schaffen und die darin angelegte Möglichkeit zur Selbstveränderung des Einzelnen durch Freiheitsreche abzustützen und zu ermöglichen. Das darin ein-

---

58 Davon ist das OLG Hamburg unter Rückgriff auf Überlegungen von Hoffmann-Riem bereits in einer Entscheidung aus dem Jahr 2011 ausgegangen, OLG Hamburg MMR 2011, 685; anders BVerfGE 152, 216 (Rn. 102–105); kritisch dazu *Karl-Heinz Ladeur*, Grundrechtsschutz im europäischen Mehrebenensystem durch das BVerfG, insbesondere der Grundrechtsschutz der Betreiber von Suchmaschinen, WRP (2020) / Heft 2, S. 139, 141 f.

59 *Dan Wielsch*, Funktion und Verantwortung. Zur Haftung im Netzwerk, RW 10 (2019) / Heft 1, S. 84, 88.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-205 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

geschlossene Moment der Allgemeingültigkeit der universalen Ordnung wird auch im gruppenpluralistischen Öffentlichkeitsmodell als „Aufgabe" beibehalten, indem dort unterstellt wird, dass die „Vorformung des politischen Willens" nur „in öffentlicher Auseinandersetzung der unterschiedlichen Meinungen und Interessen" möglich sei.[60] Der Umbau von einer unterstellten zu einer immer erst herzustellenden Allgemeinheit wird zwar bei Konrad Hesse, wie gezeigt, zu sehr auf das Feld der formal institutionalisierten Politik und ihrer Gruppen verengt. Aber an seiner Art. 5 Abs. 1 GG unterlegten Idee der Bildung einer öffentlichen Meinung ist doch richtig, dass das Allgemeine hier für die Dimension der historischen Zeit geöffnet wird. Daraus lässt sich ein Modell extrapolieren, „das der Geschichtlichkeit seines Gegenstandes (und seiner eigenen Geschichtlichkeit)" innewird, „des ‚Einbruchs der Zeit', der diese (die Zeit) „zur ‚Kategorie der inneren Struktur von Staat und Recht' werden läßt."[61]

In diesem Modell geht es um die innere Struktur des staatlichen Rechts als eines sich temporalisierenden Rechts und nicht lediglich um die Öffnung des staatlichen Rechts für die Beobachtung einer sich wandelnden Wirklichkeit. Damit kommt Hesse einem Paradigma nahe, für das Karl-Heinz Ladeur den Begriff der „Prozeduralisierung zweiter Ordnung" vorgeschlagen hat:[62] Danach besteht die Leistung des westlichen Rechts gerade in der „Bereitschaft und der Fähigkeit, die in die *azentrische heterarchische Ordnung* eingetragen ist, die Öffnung für das Neue, das Unbekannte, zu ermöglichen, ohne den Zerfall der gesellschaftlichen Ordnung insgesamt zu riskieren."[63] Es würde dann auf der einen Seite darum gehen, die Produktivität intelligenter Computernetzwerke als eine Entwicklung zu akzeptieren, die sich ohne vorab aufgestellte Regeln in einem offenen Möglichkeitsraum der „schöpferischen Zerstörung" (Schumpeter) vollzieht, der durch Freiheitsrechte und andere subjektive Rechte geschützt ist und auch weiterhin geschützt werden muss, soweit dabei niemand unmittelbar oder mittelbar geschädigt wird. Das staatliche Recht, auch die politische Gesetzgebung, verlieren dadurch aber nicht an Bedeutung, sie werden nicht einfach durch die künstliche Intelligenz von lernfähigen Algorithmen oder anderen Formen rein gesellschaftlicher Selbstregulierung abgelöst. Die Medienverfassung der Öffentlichkeit der digitalen Medien kann aber nicht mehr auf eine politische Einheitserwar-

60 *Hesse* (Fn. 1), Rn. 152.
61 *Hesse* (Fn. 1), Rn. 9.
62 Vgl. *Ladeur*, Die Textualität des Rechts. Zur poststrukturalistischen Kritik des Rechts, 2016, S. 309; *ders*. (Fn. 8), 34, 132, 178.
63 *Ladeur*, Manuskript, 2018.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-205 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tung angelegt sein. Ihr muss eine „heterarchische Rechtskonzeption“[64] zugrunde liegen, die auf eine mitlaufende oder nachträgliche gesellschaftliche Ordnungsbildung zielt, insbesondere durch Anknüpfung an Prozesse der Institutionierung von Normativität in den neuen technologischen Infrastrukturen. Das Ziel einer daran anknüpfenden Regulierungsstrategie würde darin bestehen, die Ergebnisse der experimentellen Entwicklung der elektronischen Netzwerke im Nachhinein teilweise zu ordnen,[65] nicht aber wie früher vorab durch eine positive Ordnung zu steuern.

In einer Medienverfassung, die auf die neuartige, von Computernetzwerken geprägten informationstechnologischen Umwelt des Menschen eingestellt wäre, würde auch die Form der Rechtssubjektivität in einer neuen Weise zur Geltung kommen. Dabei käme es darauf an, Personen – wie ursprünglich schon im anglo-amerikanischen Typus einer heterarchisch-dezentralen Gesellschaftsbildung – nicht als souveräne Subjekte zu denken, die der Welt ihren Willen aufprägen. Subjektivität wäre vielmehr wie eine Schnittstelle von ihr vorausliegenden multiplen, heterogenen und sich überlappenden Kraftfeldern (agencies),[66] als environmentale Subjektivität,[67] zu konstruieren. Das Subjekt agiert in einem immer schon bestehenden System von Bezogenheiten, das nicht erst nachträglich die vermeintliche Unabhängigkeit von den anderen, den Dingen und Technologien beschneidet. Dieses System von Bezogenheiten wird in der neuen informationstechnologischen Kultur nicht mehr von großen Gruppen und Organisationen bestimmt, sondern mehr und mehr von der Informationstechnologie selbst, die erst in ihren Anfängen steckt. Je weiter sich diese Technologie als künstliche Intelligenz entwickeln wird, umso weniger wird sie den Subjekten äußerlich bleiben. Schon jetzt kann man sehen, wie die digitalen Medien gerade für Jugendliche und Heranwachsende die Chance bieten, das eigene Selbstverständnis gestalten und die Suche nach der eigenen Identität mit dem Gefühl des Gesehen-Werdens verbinden zu können.[68] Das ließe sich auf einem höheren Abstraktionsniveau als „emergence of the relational self“ beschreiben, als eine Bewegung „from self to relationship“, die sich der reichen kommunikativen (auch bildhaften) Mittel der neuen sozialen Medien bedient und darin die Chance eines

64 *Augsberg*, Schmitt-Lektüren, 2020, 37.
65 *Ladeur* (Fn. 8), 132; vgl. allg. auch *Vesting* (Fn. 42), S. 157 ff.
66 *Hansen* (Fn. 36), S. 36 f.
67 *Hansen*, ebd., 5; vgl. *Ladeur* (Fn. 8), 19, 23, 87.
68 Vgl. den Bericht der Schülerin einer High-School in Utah *Taylor Fang*, Reimagine the Self(ie), MIT Technology Review 123 (2020), No. 1, S. 36.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-205 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

geteilten „consciousness of relational selves“ in der westlichen Kultur eröffnet.[69]

Das relationale Subjekt könnte sich insbesondere dann vielversprechend weiterentwickeln, wenn es lernt, das eigene Selbst mit den Augen der anderen zu sehen und an die Stelle der Selbststilisierung der Singularität ein Machen in der im zweiten Abschnitt angesprochenen, seit der italienischen Renaissance existierenden Tradition des „poetic making“ zu setzen.[70] Es käme also darauf an, die Prozesse der spontanen gesellschaftlichen Selbstorganisation an einen „powerful impetus to construct a world of our own making“ zu binden.[71] Dieser Impetus müsste darauf angelegt sein, die Möglichkeiten der neuen Informationstechnologien als gemeinsames Projekt zu begreifen und in kreative Innovationen umzusetzen. Die Medienverfassung wäre dann in erster Linie darauf zuzuschneiden, die Spontaneität des „exzessiven Moments“ der Rechtssubjektivität und damit einen Prozess ohne Ende zu schützen.

69 *Kenneth J. Gergen*, The Saturated Self. Dilemmas of Identity in Contemporary Life (1991), New York 2000, 156 f.
70 *Kahn* (Fn. 22), 2.
71 *Kahn* (Fn. 22), 45.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-205 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY