

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 bestimmbar („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 Software ²⁹ 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); Schiederemair/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 Inhalteanbietern 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. *Gerde-mann/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, wenn gleich ohne Stimmrecht (Art. 10 Abs. 5 EMFA-E).