

Der Schutz der Meinungsbildung im digitalen Zeitalter

Herausgegeben von
YOAN HERMSTRÜWER und
JÖRN LÜDEMANN

Mohr Siebeck

Der Schutz der Meinungsbildung
im digitalen Zeitalter



Der Schutz der Meinungsbildung im digitalen Zeitalter

Instrumente und Instrumentenvergleich

Herausgegeben von

Yoan Hermstrüwer und Jörn Lüdemann

Mohr Siebeck

Yvan Hermstrüwer ist Senior Research Fellow am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern.

Jörn Lüdemann ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Wirtschafts- und Medienrecht, Rechtstheorie und Rechtsökonomik an der Universität Rostock.

ISBN 978-3-16-159812-8 / eISBN 978-3-16-159813-5

DOI 10.1628/978-3-16-159813-5

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die digitale Transformation stellt das Medien- und Kommunikationsrecht vor besondere Herausforderungen. Waren mit der Digitalisierung in den Anfangsjahren vor allem Hoffnungen auf eine demokratiefördernde Teilhabe aller an der öffentlichen Meinungsbildung verbunden, hat sich der Blick in den letzten Jahren immer stärker auf die Schattenseiten nichtredaktioneller Beiträge in sozialen Medien, die Manipulationsgefahren digitaler Kommunikation und die machtvolle Rolle digitaler Intermediäre wie Google, Facebook oder YouTube verlagert. Reflexionsbedarf besteht nicht nur hinsichtlich neuer Gefahrenherde für die öffentliche Meinungsbildung: Wie sehr deformieren etwa Fake News, Hate Speech oder Social Bots die Kommunikation auf digitalen Plattformen? Gefährden tatsächlich Echokammern und Filterblasen die Meinungsvielfalt und damit die demokratische Meinungsbildung? Weil sich klassische medienrechtliche Instrumente angesichts des Wandels der Medienlandschaft und der Funktionslogik algorithmenbasierter digitaler Kommunikationsräume zum Teil als stumpf erweisen, neue und invasive Regulierungsvorschläge aber nicht selten die freiheitlichen Prinzipien der Kommunikationsverfassung zu unterlaufen drohen, besteht erheblicher Bedarf vor allem aber auch an einer evidenzbasierten und vergleichenden rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung mit verschiedenen Regelungsinstrumenten.

Darum geht es in den nachfolgenden Studien. Das Buch ist aus zwei Symposien am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern in Bonn und an der Humboldt-Universität zu Berlin hervorgegangen. Wir danken der Fritz-Thyssen-Stiftung sehr herzlich für die finanzielle Förderung, allen Beteiligten des Forschungsverbands für den intensiven und offenen Gedankenaustausch und den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Bonner MPI und der Professur von Anna-Bettina Kaiser für die organisatorische Unterstützung der Veranstaltungen. Caroline Scherpe-Blessing hat das Buch in einer Weise lektoriert, die man im modernen Verlagswesen nur noch selten antrifft, und Rebekka Zech hat neben dem Satz der Manuskripte geduldig auch alle nachträglichen Ergänzungen eingearbeitet. Auch dafür ein herzliches Dankeschön!

Bonn und Rostock, im August 2020
Yoan Hermstrüwer und Jörn Lüdemann

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
<i>Jörn Lüdemann</i>	
Warum und wie reguliert man digitale Informationsintermediäre? Grundfragen der medienrechtlichen Instrumentendiskussion am Beispiel des Suchmaschinen-sektors	1
<i>Roland Broemel</i>	
Rezeptionsentscheidungen in der Rundfunkordnung	35
<i>Albert Ingold</i>	
Filter und Filtersouveränitäten Herausforderungen algorithmischer Netzfilter aus der Instrumentenperspektive	57
<i>Stefanie Egidy</i>	
Meinungsmanipulation in der digitalen Demokratie „Counterspeech 2.0“ als Gegenstrategie?	91
<i>Yoan Hermstrüwer</i>	
Wahrheit als Regelungsproblem Instrumente zum Umgang mit Fake News	149
<i>Martin Eifert</i>	
Regulierung von Dynamik und dynamische Regulierung als netzwerkgerechtes Recht Eine Skizze am Beispiel von Hate Speech in sozialen Netzwerken	189
Autorenverzeichnis	205

Warum und wie reguliert man digitale Informationsintermediäre?

Grundfragen der medienrechtlichen Instrumentendiskussion am Beispiel des Suchmaschinen-sektors

Jörn Lüdemann

A. Einführung

Wir Menschen glauben gern, die Welt sei so, wie wir sie sehen. Das ist ebenso verständlich wie aus erkenntnistheoretischer Perspektive trügerisch. Denn wir schauen selbstverständlich durch eine Vielzahl interner und externer Filter auf das, was wir die Realität nennen. Zu den internen, in uns selbst angelegten Filtern gehören unsere persönlichen Einstellungen und Erwartungen. So nehmen wir häufig überhaupt nur solche Facetten unserer Umwelt zur Kenntnis, die für uns individuell von besonderem Interesse sind. Wir suchen aus Sehnsucht nach Bestätigung gezielt nach Informationen, die mit unseren eigenen Überzeugungen harmonieren.¹ Und unser Gehirn ist angesichts der überbordenden Informationsflut strukturell auch darauf ausgelegt, Unsicherheiten und Mehrdeutigkeiten durch Reduktion und Selektion von Informationen in einen sicheren Informationszustand zu transformieren.² Zu solchen internen Filtern gesellt sich eine Reihe externer Wahrnehmungsfilter. Weil niemand in der Lage ist, die Fülle der verfügbaren Informationen und Meinungen selbst zu erfassen, verlassen wir uns seit jeher auf Dritte, die uns eine Bresche durch das informationelle Dickicht schlagen. Die klassischen Medien wie Presse, Hörfunk und Fernsehen tun dies seit langem, indem sie für uns nach mehr oder minder journalistischen Auswahlkriterien und professionellen Standards einen Strauß an Informationen und Meinungen zusammenbinden.³ Und im Internetzeitalter sind es neben anderen digitalen

¹ Zum sog. *confirmation bias* siehe etwa die Übersichtsbeiträge von *Raymond S. Nickerson*, *Review of General Psychology* 1998, S. 175 ff.; *Joshua Klayman*, *Varieties of Confirmation Bias*, S. 385 ff.

² Siehe nur *Richard J. Gerrig*, *Psychologie*, S. 174.

³ Zu den Massenmedien als klassischen Intermediären *Otfried Jarren*, *Medien- und Kommunikationswissenschaft* 56 (2008), S. 329 ff.

Mittlern wie etwa den Newsfeeds sozialer Medien insbesondere auch universale Suchmaschinen⁴ wie *Google* oder *Bing*, die uns auf der Basis von Indizes⁵ und Algorithmen durch die unendlichen Kommunikationsräume des Internets navigieren und aus der immer grenzenloseren Vielfalt der Inhalte mit atemberaubender Geschwindigkeit eine gereichte Auswahl von Suchergebnissen präsentieren.

Standen in den Anfangsjahren des *World Wide Web* vor allem die Segnungen solcher digitaler Mittler im Mittelpunkt des Interesses, weil sie uns die unermessliche Vielfalt der Informationen und Meinungen,⁶ von der man vor dem Internetzeitalter kommunikationspolitisch nur träumen konnte,⁷ überhaupt erst erschließen,⁸ sind in der politischen und wissenschaftlichen Diskussion unserer Tage vor allem die möglichen Risiken der Nutzung der Informationsintermediäre⁹ für die Meinungs- und Willensbildung stärker in den Blick geraten.¹⁰ Wenn digitale Intermediäre wie die *Google*-Suchmaschine in wachsendem Umfang darüber mitentscheiden, welche Inhalte wir im „Netzwerk der Netzwerke“¹¹ mühelos zur Kenntnis nehmen und welche eher nicht,¹² wenn der Einsatz von Algorithmen

⁴ Von den universalen Suchmaschinen, die auch als horizontale Suchmaschinen bezeichnet werden, unterscheidet man die speziellen, vertikalen Suchmaschinen, die sich auf bestimmte Waren oder Dienstleistungen wie Immobilien, Hotelübernachtungen oder Stellenanzeigen konzentrieren. Vgl. dazu nur *Dirk Lewandowski*, Suchmaschinen verstehen, S. 17 ff.

⁵ Zur Funktionsweise der Indexierung siehe etwa *Dirk Lewandowski*, Suchmaschinen verstehen, S. 49 ff.

⁶ *Cass R. Sunstein*, #Republic. Divided democracy in the Age of Social Media, S. 27 et passim.

⁷ Stellvertretend etwa *Manuel Castells*, The Rise of the Network Society.

⁸ Zur wichtigen Aufgabe von Suchmaschinen für die Nutzung des Internets etwa *Boris P. Paal*, Suchmaschinen, Marktmacht und Meinungsbildung, S. 35; *ders.*, MMR 2018, S. 567 (567); *Natalie Kink/Thomas Hess*, Suchmaschinen als Substitut traditioneller Medien?, S. 298 ff.

⁹ Zum Begriff des Informationsintermediärs vgl. etwa *James G. Webster*, Northwestern University Law Review 104 (2010), S. 593 ff.; *Pascal Jürgens/Birgit Stark*, Policy & Internet 9 (2017), S. 395 ff.; *Wolfgang Schulz/Kevin Dankert*, Die Macht der Informationsintermediäre, S. 15 ff.

¹⁰ Allgemein dazu *Boris P. Paal/Moritz Hennemann*, ZRP 2017, S. 76 ff.; *Martin Mengden*, Zugangsfreiheit und Aufmerksamkeitsregulierung; sowie z.B. die Beiträge in: *Bedford-Strohm/Höhne/Zeyer-Quattlander* (Hrsg.), Digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit; sowie *Melanie Magin/Miriam Steiner*, Media Perspektiven 2019, S. 421 ff.

¹¹ *Eli M. Noam*, Interconnecting the Network of Networks.

¹² Wer etwa nach „*Johannes Gutenberg*“ googelt, um es an einem konkreten Beispiel zu illustrieren, bekommt im Bruchteil einer Sekunde nicht weniger als knapp 18 Millionen Treffer. Und das ist nur der sichtbare Teil des Informationsberges, der vor der Suchanfrage bereits im Index der Suchmaschine gelistet war. Ganz oben auf der Trefferliste stehen dabei, wenig überraschend, allerlei Links zum Erfinder des Buchdrucks. Und auch die

men¹³ die Meinungsbildung also erheblich mitbeeinflussen kann:¹⁴ Muss man solche digitalen Informationsmittler – trotz aller Unterschiede zu den klassischen Medien¹⁵ – dann nicht konsequenterweise ebenfalls in eine zeitgemäße medienrechtliche Regulierung einbeziehen? Und auf welche Instrumente kann und sollte man dabei setzen?

Dass über diese Fragen in den letzten Jahren eine lebhaftige Diskussion entbrannt ist, ist nicht allein dem üblichen Verlauf der gesellschaftlichen Begleitung der Technikgeschichte geschuldet, in der auf eine Phase der Begeisterung mit großer Regelmäßigkeit eine Phase der Ernüchterung folgt, bei der vor allem die möglichen Risiken der Technik (beziehungsweise die Risiken ihres menschlichen Einsatzes) im Mittelpunkt stehen. Weil es um die immer bedeutsamer werdenden digitalen Kommunikationsräume unserer Gesellschaft geht, ist es auch in der Sache fraglos angemessen, eine breitere öffentliche Diskussion über mögliche Risiken und Gefahren sowie über denkbare Gegenmaßnahmen zu führen. Ihren ersten gesetzlichen Niederschlag hat die Debatte über die Regulierung von Suchmaschinen nunmehr im neuen Medienstaatsvertrag gefunden, der an die Stelle des bisherigen Rundfunkstaatsvertrages treten soll. Der Suchmaschinen Sektor wird dort erstmals in die medienrechtliche Regulierung einbezogen, gemeinsam mit anderen Intermediären wie den sozialen Medien,¹⁶ die der Medienstaatsvertrag unter dem nicht ganz glücklichen Begriff der „Medienintermediäre“ versammelt.¹⁷

Universität, die seinen Namen trägt, belegt erwartungsgemäß einen oberen Platz und wird damit ebenfalls mühelos gefunden. Die Johannes-Gutenberg-Schule in der kleinen hessischen Gemeinde Ehringhausen landet hingegen weit abgeschlagen auf einer der zahlreichen Hinterbänklerseiten, zu denen man üblicherweise gar nicht vorstieße, wenn man nicht gerade nach einem abgelegenen Treffer suchte. Zum Ranking als zentralem Einflussfaktor für die Auswahl von Suchresultaten vgl. etwa die experimentellen Studien von *Julian Unkel*, Informationsselektion mit Suchmaschinen.

¹³ Zur Wirkweise algorithmischer Empfehlungssysteme z.B. *Katharina A. Zweig/Oliver Deussen/Tobias D. Krafft*, *Informatik-Spektrum* 40 (2017), S. 318 ff.

¹⁴ Dazu mit Blick auf die demokratische Meinungsbildung *Josef Drexler*, *ZUM* 2017, S. 529 ff.; *Antje v. Ungern-Sternberg*, *Demokratische Meinungsbildung und künstliche Intelligenz*, S. 3 ff.; *Jan-Hinrik Schmidt/Lisa Merten/Uwe Hasebrink/Isabelle Petrich/Amelie Rolfs*, *Zur Relevanz von Online-Intermediären für die Meinungsbildung*; *Christian Katzenbach*, *Die Ordnung der Algorithmen – zur Automatisierung von Relevanz und Regulierung gesellschaftlicher Kommunikation*, S. 1 ff.

¹⁵ Siehe zu den Unterschieden etwa *Wolfgang Schulz*, *CR* 2008, S. 470 ff.; *Inka Frederike Brunn*, *Cache me if you can*, S. 195 ff.

¹⁶ Zu ihnen aus medienrechtlicher Sicht etwa *Jens-Ullrich Pille*, *Meinungsmacht sozialer Netzwerke*; *Jakob Schemmel*, *Der Staat* 57 (2018), S. 501 ff.; *Thomas Wischmeyer*, *European Law Journal* 25 (2019), S. 169 ff.; *Anna Bettina Kaiser/Ines Reiling*, *MeinungsfILTER durch soziale Medien – und das demokratische Ideal der Meinungsfreiheit*, S. 85 ff.

¹⁷ Vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 16 MSTV.

Der nachfolgende Beitrag soll die intensive Debatte um die Notwendigkeit einer Suchmaschinenregulierung und ihre konkrete gesetzliche Ausgestaltung nicht noch einmal erschöpfend ausbreiten,¹⁸ sondern an diesem aktuellen Beispiel vielmehr vier zentrale Grundsatzfragen näher in den Blick nehmen, die für den Verlauf und nicht zuletzt auch für die Ergebnisse unseres medienrechtspolitischen Nachdenkens im digitalen Zeitalter von grundlegender Bedeutung sind: erstens die notwendige Detailschärfe der medienpolitischen Problemvermessung, zweitens unseren Umgang mit rechtsexterner Theorie und Empirie, drittens die fehlende Aussagekraft des Medienverfassungsrechts für den Instrumenteneinsatz und viertens schließlich die Analyse von Wirkungen und Nebenwirkungen medienrechtlicher Instrumente. Eine solche Reflexion erlaubt es nicht nur, die aktuellen medienrechtlichen Diskussionen um die Ziele und Instrumente der Intermediärregulierung angemessener einzuordnen und zu bewerten. Eine kritische Analyse der medienrechtspolitischen Auseinandersetzungen bietet auch die Möglichkeit, eingespielte methodische Vorgehensweisen zur Diskussion zu stellen und damit den Diskurs über die Ausgestaltung des Medien- und Kommunikationsrechts im Digitalzeitalter weiter zu rationalisieren.

¹⁸ Siehe aus dem reichen Schrifttum mit zum Teil sehr unterschiedlichen Bewertungen etwa *Wolfgang Schulz/Thorsten Held/Arne Laudien*, Suchmaschinen als Gatekeeper in der öffentlichen Kommunikation; *Jürgen Kühling/Nicolas Gauß*, ZUM 2007, 751 ff.; *Stephan Ott*, K&R 2007, S. 375 ff.; *Burkhard Danckert/Frank Joachim Mayer*, MMR 2010, S. 219 ff.; *Boris P. Paal*, AfP 2011, S. 521 ff.; *ders.*, Suchmaschinen, Marktmacht und Meinungsbildung; *Karl-E. Hain*, AfP 2012, 313 (325 ff.); *Anne Bloch*, Meinungsvielfalt contra Meinungsmacht, S. 252 ff.; *Dieter Dörr/Alexander Natt*, ZUM 2014, S. 829 ff.; *Dieter Dörr/Simon Schuster*, Suchmaschinen im Spannungsfeld zwischen Nutzung und Regulierung, S. 262 ff.; *Johannes Kreile/Thomas Thalhofer*, ZUM 2014, S. 629 ff.; *Korbinian Hartl*, Suchmaschinen, Algorithmen und Meinungsmacht; *Benedikt Grunenberg*, Suchmaschinen als Rundfunk, S. 49 ff., 176 ff.; *Johannes Kreile*, ZUM 2017, S. 268 ff.; *Boris P. Paal*, MMR 2018, S. 567 ff.; *Melanie Magin/Miriam Steiner*, Media Perspektiven 2019, S. 421 ff.; *Frithjof Schulz*, Kommunikationsverfassungsrechtliche Fragen einer Vielfaltsregulierung von Suchmaschinen; *Jakob Bünemann*, Regulierung von Suchmaschinen; *Dorothea Heilmann*, MMR 2020, S. 162 ff. Für eine frühe Phase der Diskussion *Thomas Hoeren*, MMR 1999, S. 649 ff. Allgemeiner zur medienrechtlichen Regulierung von Internetintermediären auch *Martin Mengden*, Zugangsfreiheit und Aufmerksamkeitsregulierung; *Wolfgang Schulz/Kevin Dankert*, Die Macht der Informationsintermediäre; *Jan-Hinrik Schmidt/Lisa Merten/Uwe Hasebrink/Isabelle Petrich/Amelie Rolfs*, Zur Relevanz von Online-Intermediären für die Meinungsbildung; *Anna Kellner*, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären; *Kerstin Liesem*, K&R 2019, S. 687 ff.; *dies.*, UFITA 83 (2019), S. 395 ff.; *dies.*, ZUM 2020, S. 377 ff.; *Aron Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre; *Boris P. Paal/Aron Heidtke*, ZUM 2020, S. 230 ff.; *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages*, Regulierung von Intermediären. Möglichkeiten und Auswirkungen der Regulierung im Hinblick auf die Medienvielfalt, WD 10 – 3000 – 062/18.

B. Die Sorgfalt der Problemvermessung im Medien- und Kommunikationsrecht

I. Die Notwendigkeit einer exakten Problemanalyse

Eine rationale Rechtspolitik muss zunächst die Regelungsprobleme verstanden haben, zu deren Lösung sie einen Beitrag leisten möchte. Auch wenn man über die exakte Konturierung und die Tragweite eines gesellschaftlichen Problems naturgemäß streiten kann, fällt die rechtspolitische Debatte in aller Regel doch umso fruchtbarer aus, je sensibler man das jeweilige Problem vermessen hat. Den Problemkern sorgfältig herauszuschälen, macht nicht nur die intersubjektive Verständigung leichter. Im Konkreten lässt sich häufig auch eher Einigkeit herstellen als in den luftigen Höhen des Allgemeinen. Dass die Problemanalysen im medienrechtlichen Kontext gleichwohl nicht selten hinter ihren Möglichkeiten zurückbleiben,¹⁹ hat zum einen sicherlich damit zu tun, dass es sich dabei nicht um normative Analysen handelt und wir – in der Rechtspolitik besonders engagierten – Juristinnen und Juristen uns, wenn und soweit wir bei der Problemanalyse nicht allein auf rechtliches Erfahrungswissen zurückgreifen können, hier notgedrungen auf fremdem Terrain bewegen. Zum anderen sind im digitalen Zeitalter die medienrechtlichen Probleme aber auch nicht selten besonders schwer zu fassen.²⁰ Bei vielen Schlüsselfragen der individuellen und öffentlichen Meinungsbildung in digitalen Kommunikationsräumen etwa wissen wir noch ausgesprochen wenig; auch die nachbarwissenschaftliche Forschung steht hier zum Teil noch ganz am Anfang.²¹ Dass eine größtmögliche Tiefenschärfe bei der Problemdefinition gleichwohl unentbehrlich ist, lässt sich anschaulich am Beispiel der Diskussion über die Macht der Digitalkonzerne studieren, die auch das Nachdenken über eine medienrechtliche Regulierung digitaler Informationsintermediäre in besonderer Weise prägt.

Die besonders machtvolle Stellung einzelner Digitalkonzerne ist gerade auch im Suchmaschinen Sektor mit Händen zu greifen. So entfallen in Deutschland rund 95 % aller Suchanfragen auf *Google*; und auch international dominiert dieser Betreiber die Internetsuche weit vor allen Mitbewerbern mit einem Anteil von etwa 92%.²² Diese Marktstruktur, die sich nicht zuletzt mit (indirekten) Netzwerkeffekten²³ und Skaleneffekten auf den

¹⁹ Zur mangelnden Detailschärfe kritisch auch *Matthias Cornils*, ZUM 2019, S. 89 (95, Fn. 47).

²⁰ Zu den Schwierigkeiten vgl. *Matthias Cornils*, ZUM 2019, S. 89 (90 ff.).

²¹ Dazu sogleich näher unter III.

²² Für einen ersten Überblick über die Marktanteile siehe *Sebastian Meyer/Christoph Remppe*, K&R 2020, S. 267 (267 f. m.w.N.).

²³ *Cédric Argenton/Jens Prüfer*, Journal of Competition Law and Economics 8 (2012), S. 73 ff.

mehrseitigen Plattformmärkten ökonomisch plausibel erklären lässt,²⁴ ist zwar grundsätzlich nicht unzulässig, solange die herausragende Marktstellung das Ergebnis wettbewerblichen Erfolgs ist. Aber solche Quasimonopolstrukturen eines „*The winner takes it all*“-Marktes sind doch mitnichten unproblematisch. Denn je dominanter die Marktstellung ist, desto weniger ist die private Macht²⁵ durch Wettbewerb diszipliniert.²⁶ Gerade im Bereich der digitalen Plattformen sind die Missbrauchsgefahren wegen der besonderen Vermachtungstendenzen besonders sorgsam in den Blick zu nehmen, worüber im Wettbewerbsrecht seit einigen Jahren mit guten Gründen eingehend diskutiert wird,²⁷ nicht zuletzt auch mit Blick auf den Suchmaschinen-sektor.²⁸

Doch so richtig und notwendig es ist, die private Macht der Digitalkonzerne ernst zu nehmen, so wenig zielführend ist es, allzu vergrößernde Narrative von „der“ bedrohlichen Macht „der“ Digitalkonzerne zur allgemeinen Grundlage medienrechtlicher Regulierungsdiskussionen zu machen.²⁹ Weder ist es überzeugend, wie in der Literatur bereits zu Recht herausgearbeitet

²⁴ Vgl. dazu nur *Torsten Körber*, ZUM 2017, S. 93 (93 f.); *Heike Schweitzer/Thomas Fetzer/Martin Peitz*, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, S. 5 et passim; *Josef Drexler*, ZUM 2017, S. 529 (533).

²⁵ Anregend dazu die Beiträge in: Möslein (Hrsg.), *Private Macht*.

²⁶ *Ernst-Joachim Mestmäcker/Heike Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 17, Rn. 33 m.w.N. Auch andere negative Effekte für die Kunden sind in den Blick zu nehmen, zu möglichen Auswirkungen auf die Qualität der Suchergebnisse vgl. etwa *Ioannis Lianos/Evgenia Motchenkova*, *Journal of Competition Law and Economics* 9 (2013), S. 419 ff.

²⁷ *Monopolkommission*, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte; *Heike Schweitzer/Justus Haucap/Wolfgang Kerber/Robert Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen; *Torsten Körber*, NZKart 2018, S. 105 f.; *Rupprecht Podszun/Christian Kersting*, NJOZ 2019, S. 321 ff.; *dies.*, ZRP 2019, S. 34 ff.; *Heike Schweitzer*, ZEuP 2019, S. 1 ff.; *Raoul Hoffer/Leo Alexander Lehr*, NZKart 2019, S. 10 ff.

²⁸ Vgl. etwa *Torsten Körber*, WRP 2012, S. 761 ff.; *Justus Haucap/Christiane Kehder*, Suchmaschinen zwischen Wettbewerb und Monopol; *Torsten Körber*, GRUR-Newsletter I 2014, S. 6 ff.; *dies.*, NJW 2014, S. 293 f.; *dies.*, *European Competition Law Review* 2015, S. 239 (241 f.); *Julian Siegmund*, Suchmaschinenalgorithmen im Kartellrecht der EU und USA; *Sarah Zinndorf*, Internetsuchmaschinen in der unionsrechtlichen Missbrauchskontrolle; *Heike Schweitzer/Thomas Fetzer/Martin Peitz*, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen; *Rupprecht Podszun*, Wettbewerb, Werte und Recht in Zeiten der Digitalisierung: auf dem Weg zu einem Ordnungsrahmen für Google & Co., S. 207 (211 f.); *Rupprecht Podszun/Ulrich Schwalbe*, NZKart 2017, S. 98 ff.; *Jakob Büne-mann*, Regulierung von Suchmaschinen; *Julian Siegmund*, Suchmaschinenalgorithmen im Kartellrecht der EU und der USA; *Sarah Zinndorf*, Internetsuchmaschinen in der unionsrechtlichen Missbrauchskontrolle.

²⁹ Ein deutlich zu diffuser Machtbegriff etwa bei *Dorothea Heilmann*, MMR 2020, S. 162 ff.

worden ist, von der Marktmacht eines Suchmaschinenbetreibers³⁰ kurzerhand auf eine Meinungsmacht im medienrechtlichen Sinne zu schließen.³¹ Noch lassen sich die wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsgefahren ohne weiteres ins Medienrecht spiegeln, wie im Folgenden an den Gefahren einer Manipulation der Suchalgorithmen durch den Suchmaschinenbetreiber illustriert werden soll.

II. Das Risiko der Meinungsmanipulation durch den Suchmaschinenbetreiber als Beispiel

Wenn Google wollte, so hat es der US-amerikanische Psychologe *Robert Epstein* vor einiger Zeit öffentlichkeitswirksam zu Protokoll gegeben, könnte das Unternehmen durch eine gezielte Beeinflussung der Suchalgorithmen ohne großen Aufwand politische Wahlen beeinflussen.³² Das Unternehmen müsste nur die gewünschten Informationen und Meinungen in den Trefferlisten hochranken und alles Unliebsame auf die Hinterbänklerseiten verbannen, die niemand mehr anklickt. Doch wie wahrscheinlich ist ein solcher Missbrauch tatsächlich? Dass andere Nutzer versuchen, die Suchmaschinenergebnisse etwa durch voll- oder teilautomatisierte *social bots* zu manipulieren, ist hinlänglich bekannt. Aber droht auch eine politisch motivierte Manipulation der Suchalgorithmen durch die Betreiber selbst, die das Medienrecht in seiner Sorge um die Meinungs- und Willensbildung auf den Plan rufen muss?

Konkrete Nachweise, dass solche Manipulationen in der Vergangenheit vorgekommen wären, existieren bis heute nicht, sodass das Szenario jedenfalls bislang nur ein theoretisches ist. Wie bei jeder Technik ist auch im Suchmaschinensektor natürlich nicht vollkommen auszuschließen, dass die Algorithmen missbraucht werden. Doch anders als beim Missbrauch im wett-

³⁰ Zu den Schwierigkeiten der Marktabgrenzung sowie der Feststellung von Marktmacht und Missbrauch vgl. nur *Martin Peitz/Heike Schweitzer*, Wirtschaftsdienst 2016, S. 825 (826 f.), vgl. auch *Torsten Körber*, NZKart 2015, S. 415 ff.

³¹ So aber z.B. *Burkhard Danckert/Franz Joachim Mayer*, MMR 2010, S. 219 ff. Dagegen zu Recht etwa *Martin Peitz/Heike Schweitzer*, Suchmaschinen unter der Lupe, S. 8. Es spricht deshalb gegenwärtig auch nichts dafür, eine Absenkung eines Marktanteils einer Suchmaschine zu fordern (in diese Richtung aber z.B. *Johannes Krelle*, ZUM 2017, S. 268 [272], zur Kritik daran vgl. nur *Matthias Cornils*, ZUM 2019, S. 89 [100 f.]) oder den Suchmaschinensektor in die medienrechtliche Konzentrationskontrolle einzubeziehen (vgl. insoweit aber die *Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich*, Sicherung der Meinungsvielfalt im digitalen Zeitalter, S. 29 et passim; dagegen zu Recht etwa *Anna Kellner*, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären, S. 294).

³² *Robert Epstein*, How Google Could Rig the 2016 Election, in: Politico, 19. August 2015, <http://politico.com/magazine/story/2015/08/how-google-could-rig-the-2016-election-121548.html>.

bewerbsrechtlichen Kontext, der für die Unternehmen verlockend ist, weil sie damit erhebliche Gewinne erzielen können, aber keine schwerwiegenden Konsequenzen der Nutzer befürchten müssen, ist eine politisch bzw. ideologisch motivierte Manipulation der Suchergebnisse bei Lichte betrachtet doch ein eher unwahrscheinliches Ereignis. Und dafür spricht genau dieselbe Logik, die den Missbrauch im Rahmen des Wettbewerbs wahrscheinlich macht, nämlich die konsequente Orientierung am Eigennutz des Unternehmens beziehungsweise am Eigennutz der Unternehmenslenker.

Ein Unternehmenslenker kann als rationaler Nutzenmaximierer im Sinne der ökonomischen Verhaltenstheorie nicht nur seine Gewinne maximieren, sondern er kann auch anstreben, seinen öffentlichen Einfluss und seine politische Macht zu vergrößern. Aber nimmt man die ökonomische Analyse der Anreizstrukturen, an denen sich die Suchmaschinenbetreiber ausrichten, ernst, dann spricht im Ergebnis deutlich mehr gegen als für eine politisch oder ideologisch motivierte Manipulation der Suchalgorithmen. Sollte ein Unternehmen, das seine Milliardengewinne in der Werbung vor allem mit der Zufriedenheit seiner Nutzer verdient, die Suchergebnisse gezielt manipulieren, würde es damit seinen guten Ruf erheblich gefährden. Die Internetsuche ist in ökonomischen Kategorien ein Vertrauensgut. Wird das Vertrauen der Kunden in das Produkt nachhaltig enttäuscht, setzt der Suchmaschinenbetreiber seine marktliche Stellung aufs Spiel. Auch wenn kleinere Manipulationsversuche aufgrund der Informationsasymmetrie zwischen dem Suchmaschinenbetreiber und seinen Nutzern möglicherweise nicht unmittelbar auffielen.³³ Schon der leiseste Verdacht einer größeren, politisch motivierten Manipulation der Suchalgorithmen würde sich wie ein Lauffeuer unter den Nutzern verbreiten.³⁴ Denn *Google* ist zwar ein wichtiger Türöffner zum digitalen Informationskosmos, aber selbstverständlich nicht der einzige Weg, auf dem man an Informationen und Meinungen gelangt.³⁵ Sobald aber die Manipulation öffentlich wird, weil auf anderen Plattformen oder in anderen Medien darüber berichtet wird, ist dies eine der wenigen Chancen für die Wettbewerber, die derzeitigen Marktverhältnisse im Suchmaschinen Sektor zu ändern.³⁶ Aus einer allzu grobschlächtigen „Schweinehund-Theorie“ allein auf die marktstarke Stellung der Suchmaschine abzustellen, greift analytisch somit deutlich zu kurz. Mit Blick auf die medienrechtlichen Belange scheint viel-

³³ *Oren Brachal/Frank Pasquale*, Cornell Law Review 93 (2008), 1149 (1183); *Frank Pasquale*, Northwestern University Law Review 104 (2010), 105 (154 f.).

³⁴ Ähnlich auch *Torsten Körber*, GRUR-Newsletter 2014, S. 8.

³⁵ Das betont zu Recht auch *Torsten Körber*, European Competition Law Review 2015, S. 239 (241 f.).

³⁶ Zur Abwanderung der Nutzer in einem solchen Fall auch *Eric Goldmann*, Yale Journal of Law & Technology 8 (2006), S. 188 (196 f.); *Jürgen Kühling/Nicolas Gauß*, ZUM 2007, S. 881 (885).

mehr eher das genaue Gegenteil ökonomisch plausibel. Denn wenn mehr als 90 % der Nutzer, die ihre Suchanfragen über *Google* stellen, aus allen möglichen politischen und ideologischen Lagern stammen, wird der Konzern aus Eigeninteresse alles daran setzen, es auch weiterhin möglichst vielen recht zu machen und das heißt: bei seinem Angebot möglichst unideologisch zu agieren.³⁷

Das schließt es nicht aus, dass der Rechtspolitik das Restrisiko gleichwohl zu groß erscheinen mag, dass ein Suchmaschinenbetreiber die Algorithmen einmal für politische Zwecke missbraucht.³⁸ Auch dann bleibt es aber notwendig, das Risikoprofil für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung staatlicher Intervention und eine passgenaue Risikovorsorge möglichst exakt zu konturieren und sich nicht mit allzu plakativen Narrativen über die unheilbringenden Digitalkonzerne zu begnügen, die einigen Autoren ohne Zögern aus der Feder fließen.³⁹ Für diese Feinarbeit, und damit kommen wir zum nächsten Abschnitt, kann eine rationale Medienrechtspolitik vor allem auch von rechtsexterner Theorie und Empirie profitieren, wenn sie diese hinreichend ernst nimmt.

³⁷ Etwas anderes könnte gelten, wenn die Werbeindustrie aus politischen oder ideologischen Gründen Einfluss auf die inhaltliche Reihung der Suchergebnisse oder der Unterdrückung missliebiger Inhalte ausüben würde. Das würde den ökonomischen Anreiz zur Manipulation für den Suchmaschinenbetreiber wohl erheblich stärken. Im Unterschied zu den sozialen Medien erscheint diese Gefahr im Suchmaschinen Sektor allerdings weniger wahrscheinlich, weil die Suchmaschinen nur Suchwerkzeuge sind und keine Kommunikationsplattformen, auf denen sich die Unternehmen inszenieren. Vor allem unterscheiden sich die sozialen Medien von den Suchmaschinen aber auch dadurch, dass sich erstere in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen etwa Löschungen und Sperrungen von Inhalten explizit vorbehalten (näher dazu *Jörn Lüdemann*, MMR 2019, S. 279 ff.), während solche inhaltlichen Eingriffe bei den Suchmaschinenbetreibern gerade nicht zum Geschäftsmodell gehören und deshalb von der Werbewirtschaft auch nicht gleichermaßen eingefordert werden könnten.

³⁸ Nicht vollkommen auszuschließen ist freilich auch, dass Mitarbeiter des Unternehmens die Algorithmen manipulieren. Aus den oben genannten Interessen des Suchmaschinenbetreibers wird dieser allerdings von sich größtmögliche Sorge dafür tragen, dass dies möglichst nicht geschieht.

³⁹ Vgl. auch die Mahnung von *Udo Di Fabio*, Grundrechtsgeltung in digitalen Systemen, S. 63, den Tech-Unternehmen nicht vorschnell „eine geheime Agenda im Kampf gegen westliche Demokratien“ zu unterstellen.

C. Der Umgang mit rechtsexterner Theorie und Empirie

I. Die berechtigte Forderung nach einer stärkeren Rezeption rechtsexternen Wissens

Die Forderung nach einer verstärkten Rezeption rechtsexterner Wissensbestände⁴⁰ ist seit einiger Zeit aus guten Gründen gerade auch für das Öffentliche Recht nachdrücklicher artikuliert worden.⁴¹ Wachsender Bedarf nach einer stärker interdisziplinären Arbeit am Recht besteht in variierendem Umfang nicht nur in immer mehr Bereichen des modernen Verwaltungsrechts, in denen der Gesetzgeber die Exekutive durch besonders offene Vorschriften anleitet und damit weiten Raum für administrative Eigenprogrammierung eröffnet, der sich mit erfahrungsgesättigter Dogmatik allein nicht ausfüllen lässt.⁴² Besonders groß ist der Hunger nach theoretischen und empirischen Einsichten vor allem auch für eine rationale Rechtspolitik,⁴³ zu der auch eine rechtsetzungsorientierte Rechtswissenschaft einen wichtigen Beitrag leisten kann.⁴⁴ Zwar verfügen Rechtswissenschaft und Rechtspraxis mit Blick auf die Ausgestaltung des zukünftigen Rechts auch über eigenes, wertvolles Wissen, insbesondere etwa über die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen gesetzgeberischer Interventionen, die Einpassung neuer Rechtsregeln in das Rechtssystem und das Gesetzgebungsverfahren.⁴⁵ Vor allem für das Verständnis der zugrundeliegenden Regelungsprobleme kann eine rationale Rechtspolitik aber häufig ebenso sehr von rechtsexterner, positiver⁴⁶ Theorie und Empirie profitieren wie bei der Bewertung der Funktionalität verschiedener Regelungsinstrumente.⁴⁷

⁴⁰ Rechtswissenschaft kann deskriptives, positives Wissen freilich nicht nur rezipieren, sondern in begrenztem Umfang auch selbst produzieren.

⁴¹ Vgl. stellvertretend *Christoph Engel*, Rechtswissenschaft als angewandte Sozialwissenschaft, S. 11 ff.; *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Sozialwissenschaften im Verwaltungsrecht, S. 83 ff.; *Andreas Voßkuhle*, Neue Verwaltungswissenschaften, Rn. 11 ff.; *Andreas v. Arnould*, Die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht nach einer Öffnung für sozialwissenschaftliche Theorie, S. 65 ff.

⁴² Eingehender dazu am Beispiel der gesetzlichen Steuerung der Wirtschaftsverwaltung *Jörn Lüdemann*, Öffentliches Wirtschaftsrecht und ökonomisches Wissen, S. 121 ff.

⁴³ Zur Rolle rechtsexternen Wissens für eine rechtsetzungsorientierte Verwaltungswissenschaft *Jörn Lüdemann*, Rechtsetzung und Interdisziplinarität in der Verwaltungswissenschaft, 119 ff.; *Christoph Engel*, JZ 2005, S. 581 ff.

⁴⁴ Vgl. zur Unterstützung der Rechtspolitik als Aufgabe der Rechtswissenschaft nur *Christoph Engel*, JZ 2005, S. 581 ff.; *Andreas Voßkuhle*, Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht, S. 171 (179) S. 581 ff.; *Martin Eifert*, VVDStRL 67 (2008), S. 286 (311).

⁴⁵ Vgl. zu diesen Aspekten nur *Martin Eifert*, VVDStRL 67 (2008), S. 286 (302).

⁴⁶ Zur Unterscheidung von positiver und normativer Theorie näher *Jörn Lüdemann*, Netzwerke, Öffentliches Recht und Rezeptionstheorie, S. 266 (271 ff.).

⁴⁷ Auch das Erfahrungswissen, auf das das Recht bei der Fortentwicklung des Rechts