

Rolf Schwartzmann · Maximilian Hermann · Robin L. Mühlenbeck

Transparenz bei Medienintermediären

Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck
Transparenz bei Medienintermediären

Rolf Schwartzmann · Maximilian Hermann · Robin L. Mühlenbeck

Transparenz bei Medienintermediären

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Herausgeber:

Medienanstalt Hamburg/Schleswig-Holstein (MA HSH)
Anstalt des öffentlichen Rechts
Rathausallee 72–76
22846 Norderstedt
Tel.: 040 / 36 90 05-0
Fax: 040 / 36 90 05-55
E-Mail: info@ma-hsh.de
www.ma-hsh.de

Copyright © 2020 by MA HSH
Januar 2020

Verlag:

VISTAS Verlag
Judith Zimmermann und Thomas Köhler GbR
Lößniger Straße 60b
04275 Leipzig
Tel.: 0341 / 24 87 20 10
E-Mail: medienverlag@vistas.de
www.vistas.de

Alle Rechte vorbehalten
ISBN 978-3-89158-659-4

Satz und Umschlaggestaltung: VISTAS Verlag, Leipzig
Druck: Silber Druck oHG, Niestetal

Zitiervorschlag:

Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck, Transparenz bei Medienintermediären, 2020

Die Autoren danken Hans-Christian Gräfe vom Weizenbaum-Institut für die vernetzte Gesellschaft für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

Inhalt

Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen	11
---	-----------

Zusammenfassung der Ergebnisse.....	13
--	-----------

A. Informationsasymmetrie und Blackbox-Problematik als Transparenz- und Vielfaltdefizit	13
B. Vorgehensweise und Gang der Untersuchung	14
I. Erscheinungsform und Funktionsweise von Medienintermediären ...	14
II. Inhaltliche Reichweite von Transparenz und Entwicklung eines Kriterienkatalogs	15
III. Vorgaben der DS-GVO und des MStV-E	15
IV. Praktische Umsetzungsmöglichkeiten hinsichtlich Institutionen und Verfahren.....	16
V. Ausblick auf Ansätze zur Sicherung der Meinungsvielfalt bei Medienintermediären	16
C. Untersuchungsergebnisse	17
I. Anwendungsbereich des MStV-E	17
II. Zwecke von Transparenzvorgaben und Ausgestaltung	20
III. Vorgaben der DS-GVO und des MStV-E	21
1. Transparenzvorgaben der DS-GVO	22
2. Transparenzvorgaben nach MStV-E	24
IV. Diskriminierungsverbot aus § 53e MStV-E.....	32
V. Absicherung der inhaltlichen Vorgaben durch Verfahren und Institutionen	33
1. Umsetzung der Vorgaben durch Satzungsbefugnis nach § 53 g MStV-E.....	33
2. ZAK als zuständiges Aufsichtsorgan	33
3. Erweiterung der Kompetenzen der ZAK	34
4. Intermediärsspezifische Expertenräte	34
VI. Ansätze zur Sicherung der Meinungsvielfalt bei Medienintermediären	35

Teil1

Anlass und Gegenstand des Gutachtens sowie Gang der Untersuchung ..39

A. Anlass und Gegenstand der Untersuchung	39
I. Ausgangslage	39
II. Anlass des Gutachtens	42
III. Gegenstand und Ziel des Gutachtens	43
B. Gang der Untersuchung	45

Teil 2

Erscheinungsformen und Funktionsweise von Medienintermediären.....48

A. Begriffsbestimmung des Medienintermediärs	48
I. Begriffsbestimmung im MStV-E.....	48
II. Modifikation der Begriffsbestimmung (insbes. im Hinblick auf Plattformen etc.)	49
B. Erscheinungsformen	50
I. Suchmaschinen (am Beispiel von <i>Google</i>).....	51
II. Soziale Netzwerke (am Beispiel von <i>Facebook</i> und <i>Xing, LinkedIn</i>) ..	52
III. Sonstige Erscheinungsformen	52
C. Funktionsweise von Medienintermediären	53
I. Einsatz von Algorithmen zur Selektion-, Aggregation und Präsentation von Inhalten	53
II. Systematisierung und Bewertung von Relevanzkriterien	57
1. Nutzerinteressen	57
2. Interessen der Werbewirtschaft	58
3. Eigeninteresse der Medienintermediäre.....	58
4. Sonstige Relevanzkriterien	59
D. Spezifische Problemlage im Hinblick auf die Vielfalt	60
I. „Blackbox-Problematik“: Entmündigung des Einzelnen durch Intransparenz	60
II. Intransparenz durch zentrale Datenhaltung	63
E. Zwischenergebnis: Notwendigkeit zur Schaffung von Transparenz	68

Teil 3

Inhaltliche Reichweite der Transparenz..... 69

A. Bestehende Ansätze zu den Zwecken von Transparenz	69
I. Nutzerkompetenz, Beschwerderechte, Nachvollziehbarkeit	70
II. Transparenz als Regulierungsinstrument und Mittel zur Rechtfertigung	70
III. Transparenz als Grundbedingung von Souveränität und Vertrauen ..	70
IV. Zwischenergebnis: Zwecke von Transparenz	71
B. Bestehende Ansätze zur Gewährleistung von Transparenz bei Medienintermediären	72
I. Google	72
II. Facebook	74
III. Bertelsmann Stiftung	75
IV. Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages	76
V. bitkom	77
VI. Martini	77
VII. Paal	79
VIII. Dörr	79
IX. Zwischenergebnis zur Gewährleistung von Transparenz bei Medienintermediären	80
X. Anwendungsbeispiele und Best-Practice-Hinweise	85
C. Grenzen von Transparenzverpflichtungen	89
I. Unternehmergrundrechte und Wahrung von Geschäfts- geheimnissen	89
II. Manipulationsgefahr durch Einpassung in das Aggregations- system	92
III. Praktische Unmöglichkeit	93
IV. Transparenz jenseits Vielfaltssicherung	94
D. Zwischenergebnis	94

Teil 4

(Gegenwärtige) Rechtliche Mittel zur Gewährleistung von

vielfaltssichernder Transparenz 95

A. Vielfaltssicherung durch Transparenz nach Vorgaben der DS-GVO	96
I. Erfüllung von Informationspflichten der DS-GVO nach Art. 13 und DS-GVO durch Medienintermediäre	98
1. Grundsätzliche Transparenzanforderungen nach der DS-GVO	98

2. Zwischenergebnis zu den grundsätzlichen Transparenzanforderungen der DS-GVO	100
3. Einzelne Informationspflichten nach Art. 13, 14 DS-GVO	100
II. Kriterienkatalog zu den Transparenzanforderungen der DS-GVO im Hinblick auf Medienintermediäre	106
III. Praxiseck – Gegenwärtige Umsetzung der Vorgaben der DS-GVO durch Medienintermediäre (am Beispiel von Google)	107
IV. Bewertung der Transparenzpflichten der DS-GVO im Hinblick auf die Gewährleistung von Transparenz zur Vielfaltssicherung t116	
B. Vielfaltssicherung durch Transparenz nach Vorgaben des MStV-E t117	
I. Transparenzverpflichtung nach § 53 d MStV-E t117	
1. § 53d Abs. 1 S. 1 MStV-E.....	118
2. § 53d Abs. 1 Nr. 1 und 2 MStV-E	125
3. § 53d Abs. 2 bis 4 MStV-E: besondere Kennzeichnungs- pflichten	135
4. Zwischenergebnis zu den Regelungen im MStV-E.....	136
II. Diskriminierungsverbot aus § 53e MStV-E	137
1. Besonderes Diskriminierungsverbot aus § 53 e Abs. 2 MStV-E	137
2. Zwischenergebnis zum besonderen Diskriminierungsverbot nach dem MStV-E.....	138
III. Kriterienkatalog für Transparenzverpflichtungen der Medien- intermediäre nach dem MStV-E	138
C. Praxiseck – Umsetzung der Transparenzvorgaben des MStV-E durch Medienintermediäre am Beispiel von <i>Google</i>	143

Teil 5

Lösungsansätze	149
A. Umsetzung der Vorgaben durch Satzungsbefugnis nach § 53g MStV-E	149
B. Absicherung der inhaltlichen Vorgaben durch Institutionen und Verfahren	150
I. ZAK als zuständiges Aufsichtsorgan t150	
1. Notwendige Erweiterung der Kompetenzen der ZAK	150
2. Intermediärsspezifische Expertenräte	152
II. Zwischenergebnis	154

Teil 6

Verfassungsrechtliche Erfordernisse zur Sicherung der

Meinungsvielfalt bei Medienintermediären 155

A. Regulierungslücke in der Medienordnung im Hinblick auf Vielfalt 155

B. Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts 156

C. Sonderregime bei Medienintermediären 158

D. Ansätze zur Sicherung der Meinungsvielfalt bei Medienintermediären 160

Quellen- und Literaturverzeichnis 163

Über die Autoren 169

Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen

- ▶ Meinungsmächtige Medienintermediäre (z.B. *Google*, *Facebook* und *Twitter*) haben als Torwächter überragende Bedeutung für die Informationsvermittlung im Netz und damit für die öffentliche Meinungsbildung. Bei der Untersuchung der Wirkweise ist zwischen Suchmaschinen und Sozialen Netzwerken zu unterscheiden.
- ▶ Die algorithmischen Systeme von Medienintermediären und deren Funktionsweisen sind intransparent und entziehen sich der externen Nachvollziehbarkeit. Dadurch entsteht eine Informationsasymmetrie in drei Richtungen: Sowohl gegenüber Nutzern (B2B und B2C) als auch gegenüber der Aufsicht und Regulierern (Blackbox-Problematik).
- ▶ Für Medienintermediäre gelten die Transparenzverpflichtungen nach DS-GVO und MStV-E.
- ▶ Die Transparenzpflichten der DS-GVO (Art. 12 bis 14 DS-GVO) werden von den untersuchten Medienintermediären nur unzureichend erfüllt.
- ▶ Die Regelung des § 53d MStV-E legt Medienintermediären weitgehende Transparenzverpflichtungen auf. Nach einer am Sinn und Zweck orientierten Auslegung umfasst § 53d MStV-E nicht nur Vorgaben für eine ex-ante, sondern auch eine ex-post Transparenz. Gemessen an diesen Maßstäben, weist die Transparenz bei Medienintermediären erhebliche Mängel auf.
- ▶ Die Gewährleistung der ordnungsgemäßen Umsetzung der Vorgaben des MStV-E erfordert eine Inanspruchnahme der Satzungsbefugnis der Landesmedienanstalten gemäß § 53g MStV-E.
- ▶ Die Aufsicht über Medienintermediäre liegt nach dem MStV-E richtigerweise bei der Kommission für Zulassung und Aufsicht (ZAK). Hierbei sollte sie durch intermediärsspezifische Expertenräte unterstützt werden.

- ▶ Transparenz kann trotz ihrer zentralen Bedeutung allein keine plurale Vielfalt im Sinne einer positiven Medienordnung schaffen. Aufgrund der herausragenden Stellung der Medienintermediäre für die Wahrnehmbarkeit von Inhalten, ist im Rahmen weiterer Regulierungsüberlegungen über Diskriminierungsverbote hinaus auch eine Regulierung im Sinne einer positiven Ordnung einzubeziehen, die potentiellen Gefahren für die Demokratie wirksam Rechnung tragen kann.

Zusammenfassung der Ergebnisse

Die Medienanstalt Hamburg/Schleswig-Holstein hat um ein Rechtsgutachten zur Untersuchung der Frage gebeten, wie Medienintermediäre im Hinblick auf Transparenzanforderungen und -verpflichtungen in die gegenwärtige Medienregulierung eingepasst werden können. Geprüft werden soll insbesondere, welche Rolle Transparenzvorschriften bei der Regulierung von Medienintermediären spielen, wie die geltenden und zukünftigen Transparenzvorgaben in rechtlicher und praktischerweise inhaltlich ausgestaltet werden können und wo die rechtlichen Grenzen von Transparenzverpflichtungen liegen. Dieses Rechtsgutachten wird hiermit vorgelegt.

A. Informationsasymmetrie und Blackbox-Problematis als Transparenz- und Vielfaltsdefizit

Medienintermediäre wie *Google*, *Facebook* oder *Twitter* vermitteln als Diensteanbieter ihren Nutzern den Zugang zu Inhalten im Netz, indem sie Informationen sortieren, kanalisieren und auffindbar machen. Sie werden somit als Torwächter zum Flaschenhals für die Informationsvermittlung im Netz. Ihnen kommt damit insbesondere im Hinblick auf die öffentliche Meinungsbildung überragende Bedeutung zu.

Medienintermediäre betreiben ihre auf Algorithmen basierenden Systeme und die zentrale Infrastruktur als Diensteanbieter selbst. Über die algorithmischen Grundannahmen, Handlungsvorschriften und Kriterien, die für die Generierung und Präsentation von Inhalten maßgeblich sind, entscheiden Medienintermediäre selbstständig und nach eigenem Ermessen, indem sie etwa Relevanzkriterien festlegen.

Dabei ist für Nutzer und Aufsicht oftmals nicht einsehbar und nachvollziehbar, aufgrund welcher Kriterien und Parameter Inhalte Zugang zu den Diensten von Medienintermediären erhalten oder wonach bestimmt wird, welche Inhalte den Nutzern letztlich angezeigt und präsentiert werden. Klarheit herrscht lediglich dahingehend, dass Medienintermediäre selbst über die Kriterien und

den Prozess der Selektion, Aggregation und Präsentation von Inhalten entscheiden.

Für den Nutzer ist intransparent, welche von Medienintermediären festgelegten Kriterien über die Anzeige und das Ranking von Inhalten entscheiden. Mangels Einsehbarkeit in die systemischen Abläufe der Generierung und Anzeige von Inhalten für Nutzer, Staat und Aufsicht entsteht somit eine Informationsasymmetrie zwischen Medienintermediären auf der einen und den Nutzern (sowohl B2B als auch B2C) und Aufsicht auf der anderen Seite. Die Systeme der Medienintermediäre werden so mangels Transparenz für Nutzer und Aufsicht zur Blackbox.

Diese Fremdsteuerung durch Medienintermediäre mangels Transparenz führt so zu einer mangelnden Eigensteuerung durch die Nutzer, so dass die Nutzung der Systeme von Medienintermediären letztlich auf dem Prinzip des Vertrauens und nicht demjenigen des Verstehens beruht. Dadurch wird den Nutzern das Recht auf eine selbstbestimmte Auswahlentscheidung abgesprochen und ihr Recht auf informationelle Selbstbestimmung verletzt.

Diese spezifische Problemlage bietet den Anlass dieses Gutachtens.

B. Vorgehensweise und Gang der Untersuchung

Das Gutachten untersucht, inwieweit Transparenzanforderungen dazu beitragen können, die bestehende Informationsasymmetrie und die „Blackbox-Problematik“ zu entschärfen oder gar aufzulösen.

I. Erscheinungsform und Funktionsweise von Medienintermediären

In Teil 2 des Gutachtens werden zunächst die Erscheinungsformen und Funktionsweisen von Medienintermediären untersucht. Hierbei werden in erster Linie Suchmaschinen und Soziale Netzwerke vermehrt in den Blick genommen und aufgezeigt, dass Medienintermediäre sich nicht nur auf die Beantwortung von Suchanfragen beschränken, sondern ein breites und komplexes Portfolio an Diensten und Funktionen (wie etwa Navigationssysteme, Bewertungsportale sowie Single-Sign-On-Dienste) anbieten.

Das Gutachten konzentriert sich hier insbesondere auf die Untersuchung der Dienste von *Google* und *Facebook* und erläutert anhand dieser Systeme, welche grundlegenden Funktionsweisen die Anzeige von Inhalten für Nutzer bestimmen. Insoweit arbeitet das Gutachten die Notwendigkeit heraus, die Vielschichtigkeit und Vielseitigkeit des Angebots von Medienintermediären durch die Entwicklung spezifischer Transparenzvorgaben zu berücksichtigen.

II. Inhaltliche Reichweite von Transparenz und Entwicklung eines Kriterienkatalogs

In Teil 3 des Gutachtens folgt die Untersuchung der inhaltlichen Reichweite von Transparenz. Dazu werden zunächst die Zwecke und Regulierungsziele von Transparenz herausgearbeitet. Vor diesem Hintergrund werden anhand der spezifischen Problemlage bestehende Ansätze zu den Regulierungszielen und zu den Möglichkeiten der inhaltlichen Ausgestaltung von Transparenzverpflichtungen vorgestellt und kritisch beleuchtet. Dabei werden auch die rechtlichen Grenzen von Transparenzverpflichtungen vor dem Hintergrund der Unternehmergrundrechte von Medienintermediären sowie der Notwendigkeit zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen aufgezeigt und der Kernbereich der unternehmerischen Tätigkeit, der keinen Transparenzverpflichtungen unterliegen kann, untersucht.

Am Ende dieses Abschnitts steht die Entwicklung eines Anforderungsprofils im Hinblick auf die Gewährleistung von Transparenz durch Medienintermediäre sowie der Entwurf von Best-Practice-Hinweisen.

III. Vorgaben der DS-GVO und des MStV-E

Im Anschluss daran werden in Teil 4 des Gutachtens die gegenwärtigen rechtlichen Mittel zur Gewährleistung von Transparenz bei Medienintermediären eingehend begutachtet. Hierbei liegt der Fokus der Ausarbeitung auf der Frage, inwieweit die Regulierungszwecke und -ziele von Transparenzverpflichtungen durch die gegenwärtige Gesetzeslage aufgegriffen und umgesetzt werden können.

Dabei konzentriert sich das Rechtsgutachten auf die Untersuchung der Vorgaben der DS-GVO (insbes. Art. 12 ff. DS-GVO) und derjenigen des MStV-E (insbes. § 53d MStV-E). Dabei wird zu einem durch Auslegung der Tatbestandsmerkmale

die inhaltliche Reichweite der Vorschriften im Hinblick auf die Gewährleistung von Transparenz durch Medienintermediäre bestimmt, zu anderen werden aus den maßgeblichen Vorschriften ein rechtliches Anforderungsprofil für Medienintermediäre sowie Handlungsinstrumente und -befugnisse für die Medienanstalten hinsichtlich der Kontrolle der Einhaltung der Transparenzvorgaben entwickelt. Dazu wird sowohl für die Einhaltung der Transparenzvorgaben der DS-GVO als auch im Rahmen der Vorgaben des MStV-E ein Kriterienkatalog zu den Transparenzverpflichtungen der Medienintermediäre ausgearbeitet, wie die gesetzlichen Vorgaben umgesetzt und wirksam kontrolliert werden können.

IV. Praktische Umsetzungsmöglichkeiten hinsichtlich Institutionen und Verfahren

In Teil 5 des Gutachtens werden rechtliche Lösungsansätze entwickelt, wie die materiell-rechtlichen Rahmenbedingungen in praktischer Hinsicht durch Verfahren und Institution abgesichert werden können, um so die Umsetzung der Vorgaben der DS-GVO und des MStV-E zu gewährleisten. Hierbei wird insbesondere die Möglichkeit der Inanspruchnahme der Satzungsbefugnis aus § 53g MStV-E einer rechtlichen Prüfung unterzogen.

Hinsichtlich der Absicherung der inhaltlichen Vorgaben durch Institutionen und Verfahren beschäftigt sich das Gutachten mit der Frage, welcher Behörde die Aufsicht über die Einhaltung der Transparenzvorgaben übertragen werden könnte und erörtert, ob und inwieweit die Kompetenzen der Aufsichtsbehörde zur Gewährleistung von Transparenz zu erweitern oder zu modifizieren sind. Das Gutachten widmet sich darüber hinaus der Frage, inwieweit eine Mitwirkung seitens der Medienintermediäre durch intermediärsspezifische Expertenräte in eine wirksame Aufsicht mit eingebunden werden kann.

V. Ausblick auf Ansätze zur Sicherung der Meinungsvielfalt bei Medienintermediären

Teil 6 dieser Ausarbeitung beschäftigt sich im Rahmen eines Ausblicks mit der Frage, inwieweit Transparenz einen Beitrag zur Sicherung der Meinungsvielfalt bei Medienintermediären leisten kann. Zu diesem Zweck werden gegenwärtige Regulierungsansätze untersucht, die im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG den Gedanken einer positiven Ordnung auch auf das System der

Medienintermediäre übertragen wollen. Hierbei wird insbesondere die Anpassung des Medienkonzentrationsrechts, die Schaffung einer vielfaltssichernden Generalklausel sowie ein Zwei-Säulen-Modell näher untersucht.

C. Untersuchungsergebnisse

Die Ergebnisse der Untersuchungen dieses Gutachtens lassen sich wie folgt zusammenfassen:

I. Anwendungsbereich des MStV-E

Medienintermediäre werden in dieser Untersuchung ausgehend von der Begriffsdefinition des § 2 Abs. 2 Nr. 13 lit. b MStV-E definiert. In diesem Sinne sind Medienintermediäre Dienste, die (meinungsrelevante) Inhalte aufgreifen, sie auffindbar machen und ihren Nutzern präsentieren. Von dieser Begriffsdefinition des § 2 Abs. 2 Nr. 13 lit. b MStV-E sind jedenfalls Suchmaschinen, Soziale Netzwerke und Sprachassistenten erfasst.

Fraglich ist allerdings, ob die Begriffsbestimmung, etwa im Hinblick auf Plattformen wie Musikstreaming- oder Filmdienste wie *Spotify* oder *Netflix* zu modifizieren ist. Es stellt sich hierbei insbesondere die Frage nach einer Kollision mit dem Begriff der Plattform aus § 2 Abs. 2 Nr. 13 MStV-E. Maßgebliches Unterscheidungskriterium ist derzeit, ob der Dienst die Inhalte zu einem Gesamtangebot zusammenfasst.

Es ist zweifelhaft, ob das Kriterium des Gesamtangebots eine trennscharfe Abgrenzung ermöglicht. Zur Schaffung von hinreichender Klarheit und Rechtssicherheit ist es vielmehr zielführend, die begriffliche Reichweite des Medienintermediärs im Hinblick auf seinen Einsatz von algorithmischen Systemen durch Auswahl- und Sortierentscheidungen zu definieren.

Unabhängig davon lassen sich als erste Erscheinungsform eines Medienintermediärs Suchmaschinen benennen. Diese bieten den Nutzern die Möglichkeit Inhalte durch Eingabe eines Suchbegriffs aufzufinden. Hierbei durchsuchen Rankingsysteme einen Suchindex und präsentieren Nutzern die jeweiligen Inhalte. Darüber hinaus bieten Suchmaschinen wie *Google* ihren Nutzern aber auch zahlreiche weitere Funktionen an (z.B. *GoogleMaps*, Navigationssysteme, Bewertungsanzeigen, Buchungsservices sowie ein Single-Sign-On).

Daneben sind Soziale Netzwerke wie *Facebook*, *XING* oder *LinkedIn* vom Begriff des Medienintermediärs erfasst. Kennzeichnend für diese Dienste ist die Möglichkeit der Interaktion der Nutzer untereinander. Daneben bieten Soziale Netzwerke neben eigenen Nachrichtendiensten auch die Möglichkeit Online-Spiele zu spielen, Veranstaltungseinladungen zu versenden oder Fanpages von Künstlern oder Unternehmen zu besuchen und mit diesen zu interagieren. *Facebook* bietet darüber hinaus ebenfalls wie *Google* ein eigenes Single-Sign-On-System, das es den Nutzern ermöglicht, sich auch bei anderen Diensten anzumelden.

Im Ausgangspunkt kann die Funktionsweise von Medienintermediären durch folgende drei Kriterien charakterisiert werden:

- Selektion (Auswahl von Inhalten),
- Aggregation (Aufbereitung von Inhalten) und
- Präsentation (Zugänglichmachung von Inhalten).

In diesem Sinne durchsuchen Rankingsysteme mittels Web-Crawling einen Suchindex und präsentieren den Nutzern die verfügbaren Inhalte.

Dabei bestehen die Rankingsysteme aus verschiedenen Algorithmen und algorithmischen Entscheidungs- und Empfehlungssystemen, die als allgemeine Annahmen in der Software als Regeln einprogrammiert wurden.

Ein Algorithmus selbst „entscheidet“ nicht, sondern er ist eine eindeutige Handlungsvorschrift, die Prozesse und Grundannahmen automatisiert, indem sie technische Abläufe und Vorschriften beziehungsweise Grundannahmen mathematisch standardisiert.

Diese Systeme werden zur Optimierung der Ergebnisse verwendet und fortlaufend angepasst und aktualisiert. Hierbei kommen insbesondere das inhalts-gestützte sowie das kontextbezogene Filtern von Inhalten zum Einsatz. Als mögliche Einflussfaktoren auf diese Selektion, Aggregation und Präsentation der Inhalte sind dabei vor allem Nutzerinteressen, Interessen der Werbewirtschaft, Eigeninteressen der Medienintermediäre zu nennen.

Problematisch ist in diesem Kontext, dass weder für Nutzer noch den Regulierer oder die Aufsicht erkennbar ist, ob und inwieweit sich diese Einflussfaktoren und Funktionsweisen tatsächlich im jeweils präsentierten Inhalt realisieren.

Die Programmierung der Algorithmen durch Medienintermediäre nach selbst festgelegten Kriterien entzieht sich sowohl im Hinblick auf die eingesetzten Mittel als auch bezüglich der konkret angestrebten Ziele der externen Nachvollziehbarkeit.

Insbesondere ist derzeit intransparent, welche Daten und Parameter letztlich in das System der Medienintermediäre einfließen und gegebenenfalls berücksichtigt werden.

Hinzu tritt, dass durch eine zentrale Datenhaltung der Medienintermediäre im Rahmen ihrer Single-Sign-On-Dienste (SSO) die Stellung der Medienintermediäre als Torwächter und Herrscher über die aggregierten Daten weitergehend untermauert wird. Die Monopolisierung von Datenbeständen führt dabei zusätzlich zu einer Intransparenz bezüglich der Frage, welches Unternehmen beziehungsweise welche Stelle letztlich Daten verarbeitet und auswertet. Mangels Transparenz kann somit nicht festgestellt werden, ob die personenbezogenen Daten der Nutzer etwa rechtmäßig, vorurteilsfrei und sachgerecht verarbeitet werden.

Dies führt im Ergebnis zu einer Entmündigung der Nutzer, indem ihnen der Geltungsanspruch auf eine selbstbestimmte Entscheidung und Souveränität schon systembedingt abgesprochen wird. Um die aus einer zentralen Datenhaltung folgende Intransparenz zu entschärfen kommen als Alternative etwa dezentrale Modelle der Datenhaltung in Betracht, wie sie zum Beispiel bei der *netID* oder *verimi* zu finden sind. So wird für Nutzer transparent, welchen Datenverarbeitungen sie unterliegen und welche Unternehmen zu welchen Zwecken ihre Daten erheben und verarbeiten.

Zur Auflösung der Blackbox-Problematik können insbesondere Transparenzverpflichtungen der Medienintermediäre dienen, weil so die algorithmischen Entscheidungen durch Medienintermediäre durch Nutzer und damit rechtlich legitimiert werden können. Dabei empfiehlt es sich, auf Angebote mit dezentraler Datenhaltung zurückzugreifen, um eine Alternative zu den umfassenden „Datenpools“ der Intermediäre zu schaffen. Das Recht der Nutzer auf informationelle Selbstbestimmung sowie auf Erhalt der Souveränität als übergeordnetes Verfassungsgebot einer freiheitlichen Ordnung fordert insoweit, dass Nutzern Einblicke in die Funktionsweise der Systeme von Medienintermediären zu gewähren sind. Eine hinreichende Transparenz ist notwendige Voraussetzung, um den Betrieb der Dienste von Medienintermediären zu rechtfertigen.

II. Zwecke von Transparenzvorgaben und Ausgestaltung

Im Hinblick auf die inhaltliche Reichweite von Transparenzverpflichtungen geht das Gutachten insbesondere der Frage nach, welchen Zwecken Transparenzvorgaben im Grundsatz dienen. Danach richtet sie die inhaltliche Ausgestaltung der konkreten Transparenzpflichten der Medienintermediäre.

Der Zweck von Transparenzvorgaben besteht im Ausgangspunkt insbesondere in der Gewährleistung einer Nachvollziehbarkeit der Systeme zur Ermöglichung eines Kompetenzaufbaus auf Nutzerseite. Denn erst durch eine Offenlegung und Erklärung von algorithmischen Entscheidungen wird Betroffenen die Möglichkeit gegeben, ihre Souveränität im Hinblick auf eine selbstbestimmte Entscheidung angemessen auszuüben, ein hinreichendes Problembewusstsein zu entwickeln, ihre Rechte angemessen ausüben zu können und dadurch ein hinreichendes Vertrauen in informationstechnische Systeme und deren Abläufe aufzubauen. Transparenz verfolgt somit zum einen das Ziel, eine informierte Entscheidung der Nutzer zu fördern.

Zum anderen kann Transparenz zu einer Selbstverpflichtung der Medienintermediäre führen: Machen Medienintermediäre nach außen transparent, welchen Grundsätzen die Programmierung ihrer Systeme unterliegt, so werden sie dadurch mittelbar sowohl durch die rechtliche Verpflichtung gegenüber den Nutzern als auch durch ihr Vertrauen an diese Grundsätze gebunden.

Ferner ermöglicht Transparenz die Kontrolle der algorithmischen Funktionsweisen durch Staat und Aufsicht und ist damit wesentlicher Bestandteil zur Schaffung und zum Erhalt von Rechtskonformität.

Im Rahmen der Untersuchung werden folgende Leitlinien für Transparenzvorgaben vorgeschlagen:

Formelle Vorgaben:

Die Informationen müssen klar und angemessen, leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar sein. Dies beinhaltet, dass die Informationen zur Funktionsweise sprachlich so gefasst sind, dass sie jedermann verstehen kann. Entscheidend ist dabei auch eine leichte visuelle Erkennbarkeit und Auffindbarkeit.

Materielle Vorgaben:

Die Informationen müssen so detailliert und umfangreich ausgestaltet sein, dass der Einzelne seine ihm zustehenden Rechte (insbes. Beschwerderechte, Widerspruchsrechte, Unterlassungs- oder Löschansprüche) ausüben kann.

Ferner sind folgende Informationen zu gewähren: zentrale Kriterien und Funktionsweisen der eingesetzten Such- und Auswahlalgorithmen; Kennzeichnung und zumindest beispielhafte Aufführung der algorithmischen Entscheidungs- und Empfehlungssysteme; Offenlegung der Gewichtung von Relevanzkriterien; Offenlegung der Funktionsweise des personalisierten Rankings; Kriterien der Sortierung und Anordnung.

Grenzen von Transparenzverpflichtungen:

Mit Blick auf die Grenzen der Transparenzverpflichtungen ist vor dem Hintergrund des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen jedenfalls eine Offenlegung des Algorithmus eines Medienintermediärs nicht erforderlich ist. Ebenso wenig ist grundsätzlich eine detaillierte Auflistung sämtlicher Geschäftsbeziehungen zu fordern, wobei „kritische“ Geschäftsbeziehungen (etwa Weitergabe von Nutzerdaten an die Waffenindustrie) eine besondere Betrachtung verlangen. Ausgenommen von Transparenzverpflichtungen sind ferner Fälle, in denen diese an praktische Grenzen beziehungsweise auf eine praktische Unmöglichkeit stoßen, etwa weil im Rahmen einer eigenständigen Dynamik algorithmischer Systeme manche Informationen vorab nicht gewährt werden können.

Hierzu sollte eine ex-post Transparenzverpflichtung etabliert werden, um diese Dynamik zumindest ex-post für Nutzer in ihren Grundzügen nachvollziehbar zu machen.

III. Vorgaben der DS-GVO und des MStV-E

Vor dem Hintergrund dieses Anforderungsprofils untersucht das Gutachten die gegenwärtigen rechtlichen Mittel zur Gewährleistung von Transparenz bei Medienintermediären.

Hierbei liegt der Fokus der Bearbeitung auf der Frage, inwieweit die oben formulierten Regulierungsziele und das entworfene Anforderungsprofil hinsichtlich der Einhaltung von Transparenzverpflichtungen durch die zur Verfügung stehenden rechtlichen Mittel umgesetzt werden kann und ob und inwieweit

die gesetzlichen Vorgaben diese Voraussetzungen ausfüllen oder gegebenenfalls hinter diesen zurückbleiben.

1. Transparenzvorgaben der DS-GVO

Zu diesem Zweck werden zunächst die Transparenzvorgaben nach der DS-GVO, insbesondere im Hinblick auf die Informationspflichten nach den Artt. 5, 12, 13 und 14 DS-GVO eingehend geprüft.

a. Sachliche Beschränkung des Anwendungsbereichs

Hierbei ist es bereits im Ausgangspunkt wichtig zu betonen, dass sich der Anwendungsbereich der DS-GVO nach Art. 2 Abs. 1 DS-GVO sachlich auf die Verarbeitung *personenbezogener* Daten bezieht und sich insoweit eine inhaltliche Einschränkung des Anwendungsbereichs der Transparenzvorgaben ergibt. Sofern die Dienste und Systeme der Medienintermediäre somit nicht die Verarbeitung personenbezogener Daten betreffen, fallen alle anderen Verarbeitungsvorgänge demzufolge nicht unter die Vorgaben der DS-GVO.

b. Inhaltliche Vorgaben nach Art. 12 ff. DS-GVO

Art. 5 Abs. 1 lit. a DS-GVO statuiert den Grundsatz, dass die Datenverarbeitung gegenüber der betroffenen Person transparent sein muss. Die inhaltlichen Transparenzvorgaben ergeben sich aus den Art. 12 bis 14 DS-GVO.

Es können folgende Leitlinien für Transparenzvorgaben für Medienintermediäre nach der DS-GVO formuliert werden:

Formelle Vorgaben:

Der formelle Maßstab für die Informationsgewährung folgt aus Art. 12 DS-GVO: Danach haben Medienintermediäre die Informationen für den Nutzer in präziser, verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache bereit zu stellen. Dies setzt insbesondere voraus, dass die Inhalte und Informationen erkennbar sind und wesentliche Aussagen nicht verschleiert werden. Das Erfordernis der Verständlichkeit setzt voraus, dass die Informationen aus sich heraus nachvollziehbar und ohne großen Aufwand erfassbar sind. Eine leichte Zugänglichkeit ist dabei insbesondere dann gegeben, wenn Nutzer die Informationen ohne wesentliche Zwischenschritte erreichen können. Im Rahmen der Informationsgewährung ist sowohl die Verwendung von Bildsymbolen als auch ein Medienbruch zulässig.

Materielle Vorgaben:

Die materiellen Vorgaben folgen aus den Art. 13 und Art. 14 DS-GVO. Im Rahmen von Transparenzverpflichtungen für Medienintermediäre sind dabei insbesondere die Zwecknennung, die Nennung der berechtigten Interessen, Informationen über Empfänger von Daten oder Empfängerkategorien und Informationen hinsichtlich einer automatisierten Entscheidungsfindung von Bedeutung.

Dies beinhaltet, dass Medienintermediäre etwa nach Art. 13 und 14 Abs. 1 lit. c DS-GVO die jeweiligen Verarbeitungszwecke hinreichend detailliert benennen müssen (z.B. Verarbeitung zu Marketing- oder Werbezwecken, zum personalisierten Angebot von Produkten etc.).

Im Hinblick auf die berechtigten Interessen der Medienintermediäre, die eine Datenverarbeitung rechtfertigen, ist es nach Art. 13 Abs. 1 lit. d und Art. 14 Abs. 2 lit. b DS-GVO notwendig, jedenfalls stichpunktartig die wesentlichen Gründe zu nennen, auf die sich die Interessenabwägung stützt. Entscheidend ist, dass die Nutzer derart informiert werden, dass ihnen eine informierte und selbstbestimmte Auswahlentscheidung ermöglicht wird.

In Bezug auf die Informationspflicht hinsichtlich der Empfänger von Daten oder Empfängerkategorien nach Art. 13 Abs. 1 lit. e sowie Art. 14 Abs. 2 lit. e DS-GVO ist es nicht ausreichend, wenn Medienintermediäre letztlich pauschal auf „Werbepartner“ oder „Partnerunternehmen“ verweisen. Erforderlich ist vielmehr eine Auflistung von Partnerunternehmen, die personenbezogene Nutzerdaten erhalten und ggf. weiterverarbeiten. Dies beinhaltet, dass die Informationen so ausgestaltet sind, dass Nutzer erkennen können, um welche Art von Unternehmen es sich handelt und zu welchen Zwecken welche Daten an diese Unternehmen übermittelt und weitergegeben werden.

Eine Information über das Vorliegen einer automatisierten Entscheidungsfindung nach Art. 13 Abs. 2 lit. f und Art. 14 Abs. 2 lit. g DS-GVO beinhaltet nicht nur eine Information über deren Vorliegen, sondern der betroffenen Person sind darüber hinaus Informationen über die involvierte Logik zur Verfügung zu stellen, was die Offenlegung der grundsätzlichen Funktionsweise des hinter dem Profiling stehenden mathematischen Algorithmus voraussetzt. Entscheidend ist, dass betroffene Personen als Nutzer der Dienste eines Medienintermediärs somit ein grundlegendes Verständnis für die Funktionsweise des algorithmischen Systems entwickeln.

c. Praxischeck

Vor diesem Hintergrund wurde der gegenwärtige Stand der Umsetzung der Transparenzpflichten der DS-GVO insbesondere bei *Google* überprüft und festgestellt, dass diese nur unzureichend erfüllt werden.

Auch bei Facebook bestehen aber datenschutzrechtliche Transparenzdefizite. Sofern Facebook dem Nutzer die Möglichkeit einräumt „einzustellen, dass dir keine Werbung mehr angezeigt wird“, so steht dies nicht im Einklang mit dem geltenden Datenschutzrecht. Denn datenschutzrechtlich geht es um die Notwendigkeit der Unterlassung der Verarbeitung der personenbezogenen Daten, nicht aber um das bloße Verbergen von Inhalten oder Beiträgen. Insoweit ist diese „Verbergen“-Funktion nicht nur datenschutzrechtlich unzulässig, weil sie intransparent ist. Sie beinhaltet also unter Transparenzgesichtspunkten keinen Mehrwert, sondern leitet den Nutzer sogar insofern in die Irre, als er davon ausgehen kann, dass das Verbergen der Information zugleich eine Unterlassung der Verarbeitung der Informationen bedeutet. Allein Letzteres muss Facebook sicherstellen und darauf muss sich die Information beziehen.

Insgesamt wurde festgestellt, dass die Informationspflichten der DS-GVO einen wesentlichen Beitrag zur Schaffung von Transparenz bei Medienintermediären leisten. Gleichwohl offenbaren sich im Hinblick auf die Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs auf die Verarbeitung personenbezogener Daten sowie im Hinblick auf die fehlende Möglichkeit zur Schaffung einer ex-post Transparenz (etwa durch eine Information darüber, wie einzelne Inhalte durch Medienintermediäre zur Anzeige gelangen) zwei wesentliche Regelungslücken der DS-GVO.

2. Transparenzvorgaben nach MStV-E

Darüber hinaus setzt sich das vorgelegte Gutachten mit der Frage auseinander, ob und inwieweit die Vorgaben des MStV-E zur Schaffung von Transparenz beitragen können. Hierbei liegt der Fokus der Untersuchung auf der Ausarbeitung der inhaltlichen Reichweite der Transparenzverpflichtungen aus § 53d MStV-E und des Diskriminierungsverbots aus § 53e MStV-E.

Dabei wird insbesondere geprüft, ob und inwieweit die Regelungen des MStV-E die im Rahmen der DS-GVO verbleibenden Regelungslücken schließen können, an welchen Stellen die Regelungen des MStV-E weitergehend sind als die Pflichten der DS-GVO oder ggf. hinter diesen Pflichten zurückbleiben.

Hinsichtlich der Transparenzvorgaben aus § 53d MStV-E ist festzuhalten, dass der Norm folgende Systematik zugrunde liegt: § 53 d Abs. 1 S. 1 MStV-E enthält formelle Anforderungen, in welcher Form und auf welche Art und Weise die Transparenzvorgaben umzusetzen sind. § 53d Abs. 1 Nr. 1 und 2 MStV-E konkretisieren demgegenüber in materieller Hinsicht die inhaltlichen Anforderungen, die bei einer Gewährung von Informationen zu beachten sind.

a. MStV-E und ex-post Transparenz?

Hierbei stellt sich im Ausgangspunkt die Frage, ob § 53 d MStV-E nur die Information über die oben genannten Kriterien aus einer ex-ante-Perspektive fordert oder ob die Norm die Informationsgewährung über die Kriterien sowohl aus einer ex-ante Sicht als auch im Sinne einer ex-post Transparenz erfasst.

Hierzu ist die Vorschrift nach den Regeln der juristischen Methodenlehre auszulegen. Der Wortlaut legt in § 53 d Abs. 1 Nr. 1 MStV-E eine Beschränkung auf die Schaffung von ex-ante Transparenz nahe. Denn die Vorschrift fordert lediglich eine Information über die Kriterien, die über den Zugang eines Inhalts und dessen Verbleib *entscheiden*. Die Kriterien, die letztlich *entschieden haben*, sind somit im Sinne einer grammatikalischen Auslegung tatbestandlich nicht unmittelbar erfasst. Dieses Verständnis ist aber nicht zwingend. Dem Wortlaut lässt sich insofern keine eindeutige Aussage entnehmen.

In teleologischer Hinsicht ist zum einen zu berücksichtigen, dass die Vorschrift die Gewährleistung umfassender Transparenz im Hinblick auf die Auswahl- und Entscheidungsfreiheit der Nutzer sowie eine entsprechende Kontrollmöglichkeit hinsichtlich der Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben ermöglichen soll. In diesem Sinne können diese Ziele nur durch die Schaffung sowohl einer ex-ante als auch einer ex-post Transparenz erreicht werden. Gegen eine derartige Sichtweise spricht allerdings, dass es der Gesetzgeber unterlassen hat, ein „Ergebniselement“ in die Vorschrift mit aufzunehmen, das Medienintermediäre nicht nur zur Offenlegung der Auswahl- und Entscheidungskriterien verpflichtet, sondern sie darüber hinaus auch einzelne Nachweise über das Zustandekommen von Inhalten erbringen oder die Ergebnisse der Funktionsweisen offenlegen müssen. Demgegenüber liefe aber das wesentliche Regulierungsziel von Transparenz, eine Kontrolle der Einhaltung der Kriterien auch im Sinne einer Ergebniskontrolle zu ermöglichen leer, wenn die Ergebnisse der algorithmischen Systeme den Nutzern und der Aufsicht verschlossen blieben. Der Telos der Norm fordert

damit nicht nur die Schaffung einer ex-ante, sondern auch eine ex-post Transparenz.

In systematischer Hinsicht ist im Rahmen der Auslegung insbesondere das Diskriminierungsverbot aus § 53 e MStV-E, vor allem § 53 e Abs. 2 MStV-E zu berücksichtigen. Danach liegt ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot insbesondere dann vor, wenn von den nach § 53 d Abs. 1 MStV-E genannten Kriterien ohne sachlichen Grund abgewichen wird. Eine Feststellung und Kontrolle, ob ein derartiger Verstoß vorliegt, ist aber nur dann möglich, wenn eine Abweichung im Sinne einer Differenz zwischen den benannten Kriterien und der Inhalts- beziehungsweise Ergebnisanzeige feststellbar ist. Dies erfordert aber die nachträgliche Offenlegung, welche Kriterien in welchem Sinne zur Anzeige von Inhalten geführt haben und damit eine ex-post Transparenz. Die Systematik des MStV-E legt damit ebenfalls eine ex-post Transparenzverpflichtung im Rahmen von § 53 d MStV-E nahe.

Aufgrund dieser Auslegung kommt das Gutachten somit zu dem Ergebnis, dass die Norm zumindest die Schaffung von ex-ante Transparenz normiert. Die Notwendigkeit zur Schaffung auch von ex-post Transparenz ist als Ergebnis einer wertenden Betrachtung angezeigt und geboten.

b. Inhaltliche Transparenzvorgaben nach dem MStV-E

Das vorgelegte Gutachten formuliert dementsprechend folgendes Anforderungsprofil hinsichtlich der Einhaltung von Transparenz durch Medienintermediäre nach dem MStV-E.

aa. Formelle Anforderungen nach § 53 d Abs. 1 S. 1 MStV-E

Nach § 53 d Abs. 1 S. 1 MStV-E haben Medienintermediäre die in § 53d Abs. 1 Nr. 1 und 2 MStV-E benannten Informationen leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar sowie ständig verfügbar zu machen.

Eine leichte Erkennbarkeit setzt voraus, dass die Informationen im Rahmen der Nutzung der Dienste von Medienintermediären für Nutzer unter Berücksichtigung des Kontextes der jeweiligen Nutzungssituation ohne Weiteres wahrnehmbar sind.

Dies beinhaltet insbesondere die Ausgestaltung einer entsprechenden Menüführung und Leitung der Nutzer im Rahmen des User-Flows (etwa durch optische Hinweise oder grafische Darstellungen). Dazu gehört auch, dass

die Bezeichnung des Menüfeldes so gewählt ist, dass sich Nutzern unmittelbar erschließt, zu welchen Informationen sie durch Auswählen des Hinweises gelangen. Eine Informationsgewährung unter dem Punkt „Sonstiges“ oder eine Verbannung der notwendigen Informationen ins „Kleingedruckte“ reichen somit nicht aus.

Die unmittelbare Erreichbarkeit der Informationen setzt voraus, dass diese ohne weiteren Zwischenschritt für Nutzer abrufbar beziehungsweise einsehbar sind. Dies macht es erforderlich, dass nicht nur auf jeder Startseite im Browser-Fenster eines Medienintermediärs, sondern auch an jedem angezeigten Inhalt oder Beitrag ein entsprechender Hinweis angebracht ist, der auf direktem Wege zu den notwendigen Informationen führt.

Insofern erfordert die unmittelbare Erreichbarkeit nicht nur die direkte Verfügbarkeit des Hinweises auf die Informationen, sondern auch, dass im nächsten Schritte die Informationen auch unmittelbar gewährt werden und keine weiteren Zwischenschritte oder Klicks erforderlich sind. In diesem Sinne gilt im Rahmen des MStV-E ein strengerer Maßstab als ihn der BGH durch seine „Zwei-Klick-Regel“ festgelegt hat.

Im Rahmen der geforderten ständigen Verfügbarkeit kommt es nicht nur darauf an, dass die Informationen für Nutzer wahrnehmbar in der Nähe des angezeigten Inhalts platziert werden, so dass er die nötigen Informationen zur Funktionsweise des Dienstes möglichst mit dem jeweiligen angezeigten Inhalt oder Beitrag gemeinsam wahrnehmen kann, sondern auch, dass die Informationen während der gesamten Nutzung des Dienstes verfügbar bleiben.

Dies setzt voraus, dass der Nutzer die Informationen auch eigenständig nach Bedarf abrufen kann. Nicht ausreichend ist dementsprechend etwa das turnummäßige Einblenden eines Browser-Fensters, dass zwar zu den Informationen führt, aber anschließend wieder ausgeblendet wird und anschließend nur noch über Umwege für Nutzer zu erreichen beziehungsweise abrufbar ist.

bb. Materielle Anforderungen nach § 53d Abs. 1 Nr. 1 und 2 MStV-E

Nach § 53 d Abs. 1 Nr. 1 und 2 MStV-E haben Medienintermediäre zur Sicherung der Meinungsvielfalt sowohl über die Kriterien, die über den Zugang eines Inhalts zu einem Medienintermediär und über deren Verbleib entscheiden als auch über die zentralen Kriterien der Aggregation, Selektion und Präsentation von Inhalten und ihre Gewichtung, einschließlich Informationen

über die Funktionsweise der eingesetzten Algorithmen im Sinne der formellen Anforderungen des § 53 d Abs. 1 S. 1 MStV-E zu informieren.

- **§ 53 d Abs. 1 Nr. 1 MStV-E: Kriterien über den Zugang eines Inhalts**

Nach § 53 d Abs. 1 Nr. 1 und 2 MStV-E haben Medienintermediäre über die Kriterien, die über den Zugang eines Inhalts zu einem Medienintermediär und deren Verbleib entscheiden zu informieren.

Mit Blick auf die Reichweite des Begriffs der „Kriterien über den Zugang“ sollten Medienintermediäre jedenfalls die Parameter darlegen müssen, die sie zur Bereitstellung ihrer Dienste und Funktionen in ihrem Datenpool berücksichtigen.

Dies beinhaltet, dass Medienintermediäre darüber informieren müssen aufgrund welcher Bedingungen und durch welche Verfahren Inhalte durch Medienintermediäre auffindbar und verfügbar gemacht werden. Medienintermediäre müssen also ihre Zugangsregeln offenlegen und erläutern, unter welchen Voraussetzungen eigene Inhalte oder Inhalte Dritter in den Dienst miteingebunden werden und durch Medienintermediäre auffindbar gemacht werden.

Dabei muss die Information so ausgestaltet sein, dass Nutzer etwa auch erkennen können, ob sämtliche Inhalte im Netz durch Indexierung abrufbar sind oder nur diejenigen, die Medienintermediäre selbst festgelegt haben. Für Nutzer muss dabei auch transparent gemacht werden, weshalb etwa bestimmte Inhalte gerade nicht über die Dienste der Medienintermediäre abrufbar sind.

Dies bedeutet letztlich, dass darüber zu informieren ist, aufgrund welcher einprogrammierter und gegebenenfalls wertender Annahmen Suchalgorithmen Inhalte filtern und über den Dienst auffindbar und abrufbar machen.

- **§ 53 d Abs. 1 Nr. 1 MStV-E: Kriterien über den Verbleib eines Inhalts**

Die Benennung der Kriterien, die über den Verbleib von Inhalten entscheiden, umfasst die Offenlegung der Regeln, nach denen – spiegelbildlich zum Zugang von Inhalten – verfügbar gemachte Inhalte aus dem Suchindex des Medienintermediärs entfernt werden.

Nach § 53 d Abs. 1 Nr. 1 MStV-E müssen Medienintermediäre also transparent machen, ob sie ein „Nadelöhr“ oder ein „offenes Scheunentor“ für die Informationsvermittlung im Internet sind.

- **§ 53 d Abs. 1 Nr. 2 MStV-E: Kriterien der Aggregation, Selektion und Präsentation von Inhalten und ihre Gewichtung sowie Funktionsweise der Algorithmen**

§ 53 d Abs. 1 Nr. 2 MStV-E fordert, dass Medienintermediäre Informationen zu den zentralen Kriterien einer Aggregation, Selektion und Präsentation von Inhalten und ihrer Gewichtung einschließlich Informationen über die Funktionsweise der eingesetzten Algorithmen vorhalten sollen. Das Rechtsgutachten hat insbesondere die inhaltliche Reichweite dieser Begriffe untersucht:

Aggregation bezeichnet im Ausgangspunkt den Vorgang einer Verdichtung von Daten durch einen Übergang von verschiedenen Variablen und Datenpunkten zu einheitlichen Kenngrößen und umfassenderen Parametern.

§ 53 d Abs. 1 Nr. 2 MStV-E fordert somit, dass Medienintermediäre offenlegen, wie einzelne Daten derart zusammengeführt werden, dass sich daraus Grundannahmen ergeben, die in einen programmierbaren Algorithmus überführt werden können. Letztlich beinhaltet der Begriff der Aggregation somit, dass Medienintermediäre die Kriterien benennen müssen, nach denen diese etwa ihre Dienste „optimieren“ oder Ergebnisse personalisieren.

Selektion meint die Auswahl von Daten und deren Verknüpfungen, die aufgrund eigener Wertungsentscheidungen als relevant definiert werden.

In diesem Sinne umfasst der Begriff insbesondere die Darlegung, welche Daten letztlich in den Datenpool der Medienintermediäre einfließen. Dies bezieht sich dabei nicht nur auf die Kategorien personenbezogener Daten im Sinne der DS-GVO, sondern auch sonstige, nicht-personenbezogene Daten und Datenpunkte, die durch Medienintermediäre verarbeitet werden. So müssen Medienintermediäre offenlegen, welche Daten sie erheben, wie diese ausgewählt und nach welchen Kriterien Daten als „relevant“ eingestuft werden.

Die **Präsentation** von Inhalten meint die anhand von Kriterien benannte Art und Weise, wie und weshalb Inhalte letztlich für Nutzer angezeigt und auffindbar gemacht werden.

Entscheidend ist hierbei, dass Medienintermediäre transparent machen, aufgrund welcher Funktionsweisen und mittels welcher algorithmischer Entscheidungs- und Empfehlungssysteme Inhalte für Nutzer angezeigt werden. Dabei haben Medienintermediäre auch darüber zu informieren, wie sich das für jeden Nutzer unterschiedliche personalisierte Ranking von Inhalten in der Präsentation der Inhalte niederschlägt. Für Nutzer muss dementsprechend nachvollziehbar werden, weshalb ihnen bestimmte Inhalte angezeigt werden. In praktischer Hinsicht kommt dabei etwa ein an einem Beitrag angebrachtes Menüfeld oder ein Button in Betracht (z.B. „Warum sehe ich diesen Beitrag?“). Hierbei bezieht sich die Informationsgewährung sowohl auf eine Transparenz aus ex-ante, als auch aus einer ex-post Perspektive, indem aufgezeigt wird, welche Kriterien zur Anzeige welcher Inhalte geführt haben, etwa in Gestalt von Verwendungsnachweisen. Grundsätzlich reicht hierbei eine kurze Benennung der Präsentationskriterien (etwa „Likes“, „Suchanfrage“ und „Nutzungsverhalten“) nicht aus. Notwendig ist vielmehr, dass Medienintermediäre darlegen, aufgrund welcher Datenverarbeitungen Inhalte für Nutzer als relevant eingestuft und diesen angezeigt werden.

Die Benennung von Kriterien zur **Gewichtung** von Inhalten, einschließlich Informationen zur Funktionsweise der eingesetzten Algorithmen fordert, dass Medienintermediäre darlegen, aufgrund welcher algorithmischer Grundannahmen sie einzelne Inhalte als für den Nutzer relevant identifizieren und ihm daraufhin anzeigen.

Dies macht es erforderlich, dass Medienintermediäre die Funktionsweise ihrer Ranking-Systeme transparent machen, indem sie anhand von Kriterien benennen, wie Suchalgorithmen und Entscheidungs- und Empfehlungssysteme personalisierte, relevante und optimierte Ergebnisse liefern.

Der Begriff der Gewichtung beinhaltet dabei zum einen die Offenlegung, welche zur Verfügung stehenden Daten und Datenpunkte (ex-ante) zur Verarbeitung durch algorithmische Systeme zur Verfügung stehen.

Zum anderen erfordert er die Aufschlüsselung, welche Datenpunkte ausgewählt und mit einem besonderen Schwerpunkt versehen wurden, die letztlich zur Anzeige eines Inhalts geführt haben (ex-post). Notwendig ist insofern, dass Medienintermediäre zumindest beispielhaft aufzeigen, welche Faktoren und Kriterien die Gewichtung festlegen.

Im Hinblick auf die Darlegung der **Funktionsweise der eingesetzten Algorithmen** sollten Medienintermediäre zumindest wesentliche, eingesetzte Algorithmen nach Kriterien benennen (z.B. Suchalgorithmus, Auswahlalgorithmus etc.) und deren grundsätzliche Funktionsweise aufzeigen.

Hierbei können die Funktions- und Wirkweisen etwa anhand von Beispielen oder durch ein Video erläutert und illustriert werden.

Die tautologische Erläuterung, dass die „Aktualität von Inhalten bei der Beantwortung von Fragen zu aktuellen Themen“ im Rahmen der algorithmischen Systeme eine Rolle spielt, reicht jedenfalls nicht aus.

Entscheidend ist, dass die Informationen dergestalt gewährt werden, dass der Einzelne ein Grundverständnis dafür entwickeln kann, welche Algorithmen welche Funktionsweisen besitzen und inwieweit diese Algorithmen Einfluss auf die Anzeige von Inhalten nehmen.

Hinsichtlich des Detailgrades der Darstellung ist die Grenze der Transparenz durch das Betriebs- und Geschäftsgeheimnis der Medienintermediäre gezogen. Insofern ist ein gewisser Abstraktionsgrad erforderlich, um einerseits den Schutz von Geschäftsgeheimnissen hinreichend zu wahren, andererseits aber gleichzeitig die notwendige Transparenz der Funktionsweisen der algorithmischen Systeme gegenüber den Nutzern herzustellen.

Eine allgemeine und verständliche Beschreibung der Berechnungsgrundlage und Methodik der Berechnungen zur Erfüllung der Transparenzvorgaben wird dementsprechend ausreichend sein. Eine Offenlegung des Algorithmus ist jedenfalls weder erforderlich noch zielführend.

cc. § 53d Abs. 2 bis 4 MStV-E: besondere Kennzeichnungspflichten

§ 53d Abs. 2 bis 3 MStV-E enthalten besondere Kennzeichnungspflichten. § 53d Abs. 2 MStV-E statuiert eine nachträgliche Informationspflicht, sofern sich die in § 53d Abs. 1 Nr. 1 und 2 MStV-E benannten Kriterien ändern.

Hierbei gelten durch das „in derselben Weise“ des Gesetzeswortlauts die oben genannten formellen Voraussetzungen des § 53d Abs. 1 S. 1 MStV-E.

Hinsichtlich des Zeitpunkts der Informationsgewährung ist „unverzüglich“ insoweit in Anknüpfung an das Zivilrecht als „ohne schuldhaftes Zögern“ zu verstehen. Dementsprechend wird die nachträgliche Informationspflicht dann ausgelöst, sobald Medienintermediäre die oben genannten Kriterien ändern.

Der Begriff der „Änderung“ umfasst dabei sowohl geringfügige als auch grundlegende Änderungen. Ausgenommen davon sind Bagatellfälle, etwa Korrekturen von Rechtschreibfehlern oder Ähnliches, die den Aussagegehalt der Kriterien und die Funktionsweisen der Systeme unberührt lassen.

§ 53d Abs. 3 und 4 MStV-E statuieren besondere Kennzeichnungspflichten bei Medienintermediären mit einer thematischen Spezialisierung beziehungsweise im Falle des Angebots eines Sozialen Netzwerks.

Der MStV-E erlegt Medienintermediären weitgehende Transparenzpflichten auf. Hierbei ist, insbesondere im Verhältnis zur DS-GVO, zum einen zu berücksichtigen, dass die Vorschriften keine sachliche Begrenzung auf eine Transparenz im Hinblick auf die Verarbeitung personenbezogener Daten enthalten, sondern Medienintermediären darüber hinaus die weitergehende Offenlegung hinsichtlich der Funktionsweisen ihrer Systeme abverlangen. Zum anderen statuieren die Vorschriften sowohl eine ex-ante als auch eine ex-post Transparenzverpflichtung für Medienintermediäre.

IV. Diskriminierungsverbot aus § 53e MStV-E

§ 53e MStV-E statuiert im Hinblick auf die Sicherung der Meinungsvielfalt zum einen ein allgemeines Diskriminierungsverbot in § 53e Abs. 1 MStV-E. Zum anderen enthält § 53e Abs. 2 MStV-E ein besonderes Diskriminierungsverbot, das Auswirkungen auf die Gewährleistung von Transparenz bei Medienintermediären entfaltet.

Im Rahmen dieses Gutachtens wurde vornehmlich das besondere Diskriminierungsverbot untersucht.

Nach § 53e Abs. 2 MStV-E gilt, dass eine Diskriminierung insbesondere dann vorliegt, wenn von den allgemeinen Regeln der Aggregation, Selektion und Präsentation nach § 53d MStV-E bewusst und zielgerichtet abgewichen wird. Letztlich liegt somit ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot insbesondere dann vor, wenn von den transparent gemachten Kriterien bewusst und zielgerichtet abgewichen wird.

Neben einer Selbstverpflichtung der Medienintermediäre auf die Einhaltung der transparent gemachten Kriterien und Funktionsweisen folgt aus diesem Diskriminierungsverbot für die Transparenz, dass die Kontrolle, ob ein Verstoß nach Abs. 2 vorliegt, letztlich eine ex-post Transparenz voraussetzt. Denn ein

Verstoß im Sinne des Abs. 2 kann nur dann festgestellt werden, wenn eine Differenz zwischen den ursprünglich transparent gemachten Kriterien und Funktionsweisen und der letztendlichen Ergebnisanzeige beziehungsweise dem Zustandekommen von Inhalten durch anderweitige, nicht transparente Kriterien festzustellen ist. Um eine derartige Kontrolle zu ermöglichen, müssen Medienintermediäre im Sinne der Transparenzverpflichtungen aus § 53d Abs. 1 Nr. 1 und 2 MStV-E somit darlegen, anhand welcher Kriterien Inhalte in die Ergebnisanzeige oder den News-Feed der Nutzer gelangt sind. Das besondere Diskriminierungsverbot knüpft damit unmittelbar an den Pflichtenkreis aus § 53d MStV-E an und verschärft die Sanktionierung von Verstößen gegen die Transparenzpflichten, indem ein bewusster oder zielgerichteter Verstoß gegen Transparenzvorgaben zugleich einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot ansieht.

Das besondere Diskriminierungsverbot aus § 53e Abs. 2 MStV-E stellt eine die Transparenzvorgaben aus § 53d MStV-E unterstützende und flankierende Maßnahme dar.

V. Absicherung der inhaltlichen Vorgaben durch Verfahren und Institutionen

In Teil 5 des Gutachtens werden vor dem Hintergrund der entwickelten inhaltlichen Anforderungen der Transparenzvorgaben Lösungsansätze erarbeitet, wie diese materiell-rechtlichen Rahmenbedingungen durch Verfahren und Institutionen abgesichert werden können, um so die Umsetzung der Vorgaben zu ermöglichen.

1. Umsetzung der Vorgaben durch Satzungsbefugnis nach § 53g MStV-E

Zur Umsetzung der inhaltlichen Vorgaben kommt zum einen die Inanspruchnahme der Satzungsbefugnis der Landesmedienanstalten nach § 53g MStV-E in Betracht. Dadurch könnten die inhaltlichen Anforderungen konkretisiert und zugleich verbindlich festgelegt werden.

2. ZAK als zuständiges Aufsichtsorgan

Wie in § 36 Abs. 2 Nr. 6a MStV-E vorgesehen, empfiehlt es sich, der Kommission für Zulassung und Aufsicht (ZAK) als Organ der Landesmedienanstalten auch die Aufsicht über Medienintermediäre zu übertragen.

Eine Bündelung der Kompetenzen bei der ZAK hat sich nicht nur als effektiv und zielführend bewährt, sondern hätte zudem auch den Vorteil, dass die ZAK bei Fragen von bundesweiter Relevanz zügig eine verbindliche Entscheidung herbeiführen kann.

Insofern müsste die ZAK im Hinblick auf die zahlreichen Besonderheiten bei Medienintermediären mit weiterer technisch-methodischer Expertise nach § 35 Abs. 10 RStV ausgestattet werden, um sicherzustellen, dass sie die für eine effektive Aufsicht erforderliche Sachkompetenz in Bezug auf algorithmenbasierte Anwendungen der Medienintermediäre besitzt.

Hierbei ist zu beachten, dass die Zuständigkeit der ZAK nichts daran ändert, dass es gemäß § 36 RStV einer Landesmedienanstalt bedarf, der das Handeln der ZAK im Außenverhältnis zugerechnet werden muss. In diesem Sinne wäre eine Ergänzung von § 36 RStV notwendig, in der festgelegt wird, dass der Sitz des Medienintermediärs die Zuständigkeit der jeweiligen Landesmedienanstalt begründet.

3. Erweiterung der Kompetenzen der ZAK

Es sind Einsichts- und Auskunftsrechte zu statuieren, um die Einhaltung der Transparenzanforderungen durch die Medienintermediäre wirksam kontrollieren zu können.

In diesem Sinne sind anknüpfend an § 53f MStV-E besondere Kontrollbefugnisse zu schaffen, die der Aufsicht Auskunfts-, Einsichts- und Zugangsrechte (vergleichbar zu Art. 58 DS-GVO) gewähren. Die Befugnisse nach § 53f MStV-E iVm § 22 RStV sind dabei durch die Vertraulichkeit nach § 24 RStV zu flankieren, um sicherzustellen, dass der notwendige Geheimnisschutz gewährleistet ist.

4. Intermediärsspezifische Expertenräte

Neben einer Erweiterung der Kompetenzen der ZAK empfiehlt sich die Schaffung weitergehender Mitwirkungspflichten der Anbieter von Medienintermediären.

Denn beim Einsatz technisch komplexer und dynamischer Verfahren, wie sie Medienintermediäre im Rahmen ihrer Dienste einsetzen, stoßen die staatlichen Kontrollmöglichkeiten an ihre Grenzen. Daher ist es notwendig, die Medienintermediäre im Rahmen von Konsultationsverfahren aktiv miteinzubeziehen,

bei denen diese tiefergehende Erläuterungen vornehmen und Auskünfte im Hinblick auf die Funktionsweisen ihrer Systeme geben können. Andernfalls scheitert eine Kontrolle und Überprüfbarkeit der Rechtskonformität.

Die Schaffung eines Expertenrates innerhalb der ZAK wird in diesem Gutachten nicht befürwortet. Ein Zusammenschluss von Experten konkurrierender Medienintermediäre ist wegen des mangelnden Schutzes von Geschäftsgeheimnissen nicht zielführend. Zudem wäre ein Expertenrat kein Organ der Aufsicht mit der Folge, dass § 24 RStV keine Anwendung fände.

Medienintermediäre sollten zur Mitwirkung in intermediärsspezifischen Expertenräten verpflichtet werden, um die Aufsicht bei der Wahrnehmung ihrer Kontroll- und Einsichtsrechte zu unterstützen.

Google hat sich bereits selbst dahingehend geäußert *„Informationen [über die zentralen Kriterien der eingesetzten Algorithmen] einem beschränkten Personenkreis zu offenbaren“*. Dadurch gibt Google implizit zu verstehen, einer „qualifizierten Transparenz im Sinne einer Offenlegung gegenüber bestimmten Stellen oder Gremien zustimmen zu wollen.

Zu erwägen ist deshalb, dass die ZAK für jeden betroffenen Medienintermediär einen spezifischen Expertenrat einrichtet (z.B. „Google-Rat“, „Facebook-Rat“, „Twitter-Rat“), um so die Interessen der Medienintermediäre an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse hinreichend zu wahren. Den intermediärsspezifischen Expertenräten könnten dabei auch unabhängige Sachverständige mit dem erforderlichen Fachwissen angehören, die wirksam zur Verschwiegenheit verpflichtet sind. Auch Experten der ZAK könnten in den Expertenräten mitwirken. Die intermediärsspezifischen Expertenräte wären dauerhaft einzurichten und würden bedarfsabhängig tagen.

VI. Ansätze zur Sicherung der Meinungsvielfalt bei Medienintermediären

Teil 6 des Gutachtens enthält einen Ausblick auf gegenwärtige Regulierungsansätze zur verfassungsrechtlich erforderlichen Schaffung einer positiven Ordnung zur Sicherung der Meinungsvielfalt bei Medienintermediären.

Es besteht eine Regulierungslücke in der gegenwärtigen Medienordnung im Hinblick auf die Sicherung pluraler Vielfalt.

Die Herstellung von Transparenz ist eine notwendige Voraussetzung für den Erhalt der Souveränität des Einzelnen, im Hinblick auf die Schaffung von Vielfalt aber keine hinreichende Bedingung. Denn Transparenzvorgaben führen den Missstand letztlich bloß vor Augen, ohne ihn faktisch und rechtlich beheben zu können.

Ein Diskriminierungsverbot in Gestalt einer Neutralitätsverpflichtung läuft dem System der Medienintermediäre zuwider, ist doch die Personalisierung von Inhalten dem Angebot der Medienintermediäre durch eine Auswahlentscheidung und Programmierung der Algorithmen systemimmanent.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die Meinungsvielfalt zwar eine notwendige, aber keineswegs hinreichende Voraussetzung für ein der Freiheit verpflichtetes Mediensystem, bei dem Ausgewogenheit, Neutralität und Tendenzfreiheit über die Vielfalt hinaus positiv erzeugt werden muss. Es ist vielmehr eine positive Medienordnung herzustellen.

Dementsprechend müssen Lösungsansätze sowohl die Meinungsvielfalt beachten als auch der Ausgewogenheit Rechnung tragen. Bei der Ausgestaltung genießt der Gesetzgeber weitgehende Freiheit. Allerdings muss er die Entscheidung über das Regulierungsmodell nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts selbst treffen. Diese Pflicht trifft den Gesetzgeber bei Medienintermediären erst recht.

Medienintermediäre machen in erster Linie nicht selbst Meinung. Sie sind auch weder der Presse noch dem Rundfunk zuzuordnen. Insofern gelten die Grundsätze der Rechtsprechung des BVerfG zur positiven Rundfunkordnung für Medienintermediäre nicht unmittelbar, sie sind aber auf diese übertragbar. Als sog. Gatekeeper kommt ihnen nämlich eine besondere Bedeutung für die öffentliche Meinungsbildung zu. Diese Stellung von Medienintermediären als Torwächter rechtfertigt es, sie im Sinne einer positiven Ordnung einem Sonderregime zu unterwerfen. Aus ihrer herausragenden Stellung im Hinblick auf die Wahrnehmung von Inhalten folgt ihre Regulierungsbedürftigkeit. Ihnen kommt ferner eine dem Rundfunk vergleichbare Suggestivkraft, Aktualität und Breitenwirkung zu. Die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts gelten daher auch für Medienintermediäre.

Es existieren verschiedene Ansätze zur Regulierung von Medienintermediären im Hinblick auf die Gewährleistung ausgewogener und pluraler Vielfalt.

Untersuchte Ansätze zur Regulierung von Medienintermediären im Hinblick auf die Gewährleistung ausgewogener und pluraler Vielfalt:

- vielfaltsichernde Generalklausel
- medienübergreifendes Konzentrationsrecht
- „Zwei-Säulen-Modell“ zur Übertragung der Idee des dualen Rundfunksystems auf Medientermediäre

Nach dem „Zwei-Säulen-Modell“ soll ein technisches System geschaffen werden, dass im Rahmen der Benutzeroberfläche des Dienstes eines Medienintermediärs neben der individuellen, weil personalisierten Vielfalt im Rahmen der Anzeige von Inhalten auch eine tendenzfreie, ausgewogene und neutrale Vielfalt abbildet.

Aus dem vorhandenen Datenpool eines jeden relevanten Medienintermediärs sollen dazu zwei voneinander unabhängige News-Feeds („Säulen“) als Angebot für die Nutzer generiert werden.

Während der eine News-Feed als erste Säule die individuelle Vielfalt für die Nutzer abbildet, wird dem Nutzer ein zweiter News-Feed als zweite Säule gegenübergestellt, der ein ausgewogenes Angebot von Inhalten nach staatlichen Vorgaben enthält. Durch den referenziellen Charakter des Systems haben Nutzer so die Möglichkeit sowohl zwischen der individuellen, weil personalisierten Vielfalt und der ausgewogenen Vielfalt in der Anzeige zu wählen. Die Zulässigkeit des Erhalts der personalisierten Anzeige als „Filterblase“ ist davon abhängig, dass Medienintermediäre auch das vielfältige Angebot nach staatlichen Kriterien vorhalten.

Im Rahmen der ersten Säule könnten Medienintermediäre Inhalte frei von Vorgaben im Rahmen ihrer algorithmischen Programmierung gestalten und wären dabei nur der Aufsicht der Medienanstalt im Hinblick auf die Einhaltung der Transparenzvorgaben und eines Verstoßes gegen Missbrauch unterworfen. Die Inhalte der zweiten Säule würden nach staatlichen Regeln generiert und kontrolliert. Die Vorgaben für die Gestaltung der Vielfalt hätte der Gesetzgeber im Sinne des Verfassungsauftrages zur Gestaltung einer positiven Ordnung im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes selbst zu machen.

Dieses System könnte so die Meinungsmacht der Medienintermediäre mit Blick auf die Schaffung von Vielfalt einhegen, gleichzeitig aber das Geschäftsmodell der Medienintermediäre hinreichend achten.

Teil 1

Anlass und Gegenstand des Gutachtens sowie Gang der Untersuchung

A. Anlass und Gegenstand der Untersuchung

I. Ausgangslage

Medienintermediäre haben im Rahmen des digitalen Alltags in der Bevölkerung herausragende Bedeutung. So sind etwa die Dienste von *Google*, *Facebook* oder *Twitter* entscheidend für die Auffindbarkeit und die Anzeige von Inhalten im Netz. Suchmaschinen wie *Google* vermitteln ihren Nutzern den Zugang zu zahlreichen Inhalten, Nachrichten, Bildern, Kommentaren und sonstigen Beiträgen. Soziale Netzwerke wie *Facebook* oder *Twitter* ermöglichen darüber hinaus eine Interaktion zwischen den Nutzern und generieren daraus eine Anzeige von Inhalten im News-Feed der Nutzer. 87 Prozent aller Internetnutzer sind in einem Sozialen Netzwerk angemeldet, in der Altersgruppe der 14- bis 29-Jährigen sind es sogar 98 Prozent aller Nutzer.¹ In der Nutzergruppe der 14- bis 29-Jährigen nutzen täglich insgesamt 67,8 Prozent einen Medienintermediär zur Information über das Zeitgeschehen.² So trifft *Facebook* etwa 200 Billionen Vorhersagen täglich.³ Aufgrund des Geschäftsmodells von *Facebook* ist dabei davon auszugehen, dass eine Mehrzahl dieser Vorhersagen nutzerbezogen ist. Die Anteil der von *Google* ausgeführten und damit kontrollierten Suchvorgänge beträgt alleine in Deutschland über

- 1 Umfrage im Auftrag des Digitalverbandes BITKOM v. Februar 2018, dazu Pressemitteilung des BITKOM v. 27.02.2018 „Jeder Dritte kann sich ein Leben ohne Social Media nicht mehr vorstellen“, abrufbar unter <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/Jeder-Dritte-kann-sich-ein-Leben-ohne-Social-Media-nicht-mehr-vorstellen.html> (zuletzt abgerufen: 30.09.2019).
- 2 Zimmer, Medienintermediäre und Meinungsbildung, in: die medienanstalten, Vielfaltsbericht der Medienanstalten, Berlin 2018, S. 53 (57, Abbildung 3).
- 3 So Tweet von Yann LeCun, seit 2013 Direktor der KI-Forschung bei *Facebook*, abrufbar unter <https://twitter.com/ylecun/status/991936213249650688?lang=en> (zuletzt abgerufen: 23.09.2019) sowie unter <https://twitter.com/ylecun/status/1115740807204679683?lang=en> (zuletzt abgerufen: 23.09.2019).

90 Prozent.⁴ Medienintermediäre sind somit ein entscheidender Faktor für die öffentliche Meinungsbildung.⁵

Die Funktion von Medienintermediären besteht dabei im Ausgangspunkt darin, die Informationsflut, die aus einer Vielzahl verschiedener Quellen entsteht, zu kanalisieren, damit der einzelne Nutzer sie wahrnehmen und konsumieren kann. Die Funktionsweise von Medienintermediären orientiert sich somit grundsätzlich am Ziel einer Personalisierung von Inhalten.⁶ Diese Reduktion ist letztlich Bedingung dafür, den vielen Stimmen im Internet identifizierbare Töne zu entlocken.⁷ Die personalisierte Anzeige von Inhalten ist dabei als Leitmelodie für jeden Nutzer individuell und basiert auf seinen Interessen. Sie soll die individuelle Vielfalt der Informationen abbilden, für die sich der Nutzer interessiert.⁸

Medienintermediäre betreiben die zentrale Infrastruktur in der digitalen Öffentlichkeit allerdings selbst und uneinsehbar für Dritte, wie Nutzer, Staat und Aufsicht. Entscheidend für die Anzeige von Inhalten ist eine Vielzahl von Faktoren, die der jeweilige Medienintermediär selbstständig festlegt. Mit Hilfe von Algorithmen werden nach eigenem Ermessen der Medienintermediäre Relevanzkriterien bestimmt oder gegebenenfalls im Eigen- oder Drittinteresse vorgegeben, die die Anzeige von Inhalten determinieren. Medienintermediäre bestimmen somit eigenständig über die Relevanzkriterien und sonstigen Faktoren, die zur Anzeige von Inhalten für die Nutzer führen. Durch den Einsatz von Such- und Auswahlalgorithmen treffen Medienintermediäre dabei Werentscheidungen, die sich in der Anzeige und Auffindbarkeit von Inhalten

4 Dazu *Kreile*, Vorschläge zur Vielfaltssicherung bei Suchmaschinen im Rundfunkstaatsvertrag, ZUM 2017, 268 (269); sowie Statistik zu den Marktanteilen von Suchmaschinen in Deutschland vgl. <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/225953/umfrage/die-weltweit-meist-genutzten-suchmaschinen/> (zuletzt abgerufen: 24.09.2019).

5 Dazu *Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, Eine Medienordnung für Intermediäre, MMR 2019, 498 (499).

6 Vgl. *Paal*, Rechtsgutachten v. März 2018, Intermediäre: Regulierung und Vielfaltssicherung, S. 10; sowie *ders.*, Vielfaltsicherung bei Medienintermediären, MMR 2018, 567 (567).

7 *Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, Eine Medienordnung für Intermediäre, MMR 2019, 498 (499) sowie *Schwartmann*, Zwei Säulen für die Demokratie in F.A.Z. v. 26.05.2019, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/hoch-schule/forderung-fuer-demokratie-kontrolle-von-internet-und-algorithmen-16198048.html> (zuletzt abgerufen: 30.09.2019).

8 *Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, Eine Medienordnung für Intermediäre MMR 2019, 498 (499) sowie *Schwartmann*, Zwei Säulen für die Demokratie in F.A.Z. v. 26.05.2019, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/hoch-schule/forderung-fuer-demokratie-kontrolle-von-internet-und-algorithmen-16198048.html> (zuletzt abgerufen: 30.09.2019).

für den Nutzer manifestieren. Darüber hinaus legen sie die wesentlichen Kommunikationsregeln fest.

Dadurch werden Medienintermediäre zum Gatekeeper⁹ für sämtliche verfügbaren Inhalte im Netz. Mangels Einsehbarkeit in die systemischen Abläufe und Parameter für die Generierung von Inhalten für Nutzer (B2B und B2C), Staat und Aufsicht entsteht eine Informationsasymmetrie zwischen diesen auf der einen und den Medienintermediären auf der anderen Seite.

Letztlich orchestrieren Medienintermediäre somit förmlich das Netz. Sie steuern und beherrschen es wie Dirigenten. Die Nutzer, staatliche Stellen und Aufsicht bleiben nicht lediglich Zuschauer. Sie werden nach den Regeln der Medienintermediäre darüber hinaus vermittelt über ihre Aktivitäten im Netz ungewollt zum Gegenstand der Auswertungen und ermöglichen somit die Dienstleistung als deren integraler Bestandteil.

Für die Nutzer ist nicht einsehbar und nachvollziehbar und damit intransparent, durch welche Datenverarbeitungen und infolge welcher Funktionsweisen die Anzeige der Ergebnisse einer Suchanfrage oder die Anzeige von Inhalten in Sozialen Netzwerken zustande kommt. Ob und inwieweit die Anzeige von Ergebnissen und Inhalten durch Werbeinteressen und Drittinteressen, einschließlich potenzieller Eigeninteressen der Medienintermediäre, verändert wird, ist ebenfalls nicht erkennbar. Darüber hinaus sind die Nutzer anders als bei herkömmlichen elektronischen Medien nicht bloß Rezipienten, sondern sie beeinflussen durch ihr Nutzerverhalten auch das was Dritten angezeigt wird. Auch die Regeln dieser Dynamik bestimmen und kennen nur die Medienintermediäre. Für Nutzer, Staat und Aufsicht sind die Systeme und Funktionsweisen der Medienintermediäre somit mangels hinreichender Transparenz eine Blackbox¹⁰.

9 Zur Gatekeeper-Funktion der Medienintermediäre vgl. Rechtsgutachten *Dörr*, Die regulatorische Relevanz der Organisation massenhafter Individualkommunikation, unter besonderer Berücksichtigung der Sicherung der Meinungsvielfalt, S. 47 unter Hinweis auf *Zimmer*, Intermediäre und Meinungsbildung, in: *die medienanstalten – Vielfaltsbericht der Medienanstalten*, Berlin 2018, S. 52 (61); *Engelmann*, Gatekeeping, 2016, S. 12 ff. und 19 ff.

10 Vgl. dazu *Passig*, Fünfzig Jahre Blackbox v. 23.11.2017, abrufbar unter <https://www.merkur-zeitschrift.de/2017/11/23/fuenfzig-jahre-black-box/#en-6998-2> (zuletzt abgerufen: 26.09.2019) unter Hinweis auf *Weizenbaum*, Die Macht der Computer und die Ohnmacht der Vernunft. Frankfurt, 1977. Zur Kritik an der Blackbox-Analogie vgl. *Jaume-Palasi*, KI und Algorithmen v. 23.01.2019, abrufbar unter <https://www.telemedicus.info/article/3384-KI-und-Algorithmen.html> (zuletzt abgerufen: 26.09.2019); siehe auch *Martini/Nink*, Wenn Maschinen entscheiden... Persönlichkeitsschutz in vollautomatisierten Verwaltungsverfahren, NVwZ 2017, 681 (682).

II. Anlass des Gutachtens

Anlass dieses Gutachtens ist die Frage, ob und wie Medienintermediäre, insbesondere im Hinblick auf Transparenzanforderungen und -verpflichtungen auch mit Blick auf die Vielfaltssicherung in die Medienregulierung eingepasst werden können. Konkret ist zu fragen, welche Rolle Transparenzvorschriften bei der Regulierung von Medienintermediären spielen, wie sie wirksam ausgestaltet sein müssen, um den Gefahren entgegenzuwirken, die durch Intransparenz entstehen können und wo die Grenzen der Transparenz liegen.

Im Ergebnis könnte durch Transparenzvorgaben das Bewusstsein der Nutzer für die mit der Intransparenz verbundenen Gefahren geschärft werden und zu einem entsprechenden Nutzungsverhalten führen, dass die Meinungsbildung durch Medienintermediäre in ein angemessenes Verhältnis zur Meinungsbildung über andere Informationsquellen setzt.

Das Problem der nicht hinreichenden Transparenz wird durch das aktuelle (Medien-)Regulierungssystem nicht aufgefangen.¹¹ Es fehlen spezifische Regelungen, die Medienintermediäre mit dem Regelungsziel der Gewährleistung von Vielfalt zur Beseitigung der bestehenden Informationsasymmetrie zur hinreichenden Transparenz verpflichten.¹² Das Kartellrecht sichert die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf Märkten und regelt gerade nicht das Zustandekommen von Inhalten durch mehrseitige Interaktion.¹³ Das Medienkonzentrationsrecht der §§ 25 ff. RStV greift die Funktionsweise des Rundfunks auf und ist auf die besondere Problemlage bei Medienintermediären nicht interessengerecht und zukunftsfähig übertragbar.¹⁴ Die bestehenden Regelungen zur Plattformregulierung des Rundfunkstaatsvertrages (vgl. §§ 2 Abs. 2

11 *Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, Eine Medienordnung für Intermediäre, MMR 2019, 498 (499 f.); dazu ausführlich *Paal*, Rechtsgutachten Intermediäre: Regulierung und Vielfaltssicherung v. März 2018, S. 13 ff.; sowie *ders.*, Vielfaltssicherung bei Intermediären, MMR 2018, 567 (568 f.); kritisch dazu *Drexler*, Bedrohung der Meinungsvielfalt durch Algorithmen, ZUM 2017, 529 (537).

12 *Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, Eine Medienordnung für Intermediäre, MMR 2019, 498 (499 f.) sowie *Paal*, Rechtsgutachten Intermediäre: Regulierung und Vielfaltssicherung v. März 2018, S. 14 f.; sowie *Paal*, Vielfaltssicherung bei Intermediären, MMR 2018, 567 (568 f.).

13 *Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, Eine Medienordnung für Intermediäre, MMR 2019, 498 (499 f.); sowie *Paal*, Rechtsgutachten Intermediäre: Regulierung und Vielfaltssicherung v. März 2018, S. 22.

14 *Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, Eine Medienordnung für Intermediäre, MMR 2019, 498 (500); sowie *Paal*, Rechtsgutachten Intermediäre: Regulierung und Vielfaltssicherung v. März 2018, S. 24 f.; sowie *Paal*, Vielfaltssicherung bei Intermediären, MMR 2018, 567 (569).

Nr. 13, 54 Abs. 2 RStV) erfassen zum einen tatbestandlich keine Medienintermediäre.¹⁵ Zum anderen fehlt es für eine Anwendbarkeit der Normen an einem journalistisch-redaktionell gestalteten Angebot der Intermediäre.^{15F16}

Maßgebliches Regulierungsinstrument zur Behebung der derzeitigen Problemlage ist somit neben der EU-Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) der derzeitige Entwurf des Medienstaatsvertrages (MStV-E)¹⁷. Dieser nimmt in § 3 Abs. 2 Nr. 13 lit. b MStV-E Medienintermediäre in die Regulierung auf und enthält für diese in § 53 d MStV-E besondere Transparenzverpflichtungen, die von einem Diskriminierungsverbot in § 53 e MStV-E flankiert werden.

III. Gegenstand und Ziel des Gutachtens

Gegenstand der Untersuchung in diesem Gutachten ist, ob und inwieweit die Regelungen der DS-GVO und des MStV-E Medienintermediäre zur Vielfaltssicherung durch Transparenz verpflichten können. Dazu werden zum einen die Anforderungen der DS-GVO im Hinblick auf ihre Fähigkeit zur Vielfaltssicherung durch Transparenz untersucht.

Zum anderen wird gefragt, ob und inwieweit die geplanten Regelungen des MStV-E ausreichend Transparenz bei Medienintermediären schaffen können, um die derzeitige Gefährdung der pluralen Vielfalt durch die bestehende Informationsasymmetrie abzuwenden. Dazu wird zum einen die inhaltliche Reichweite der Vorschriften des MStV-E bestimmt. Zum anderen werden anhand dessen die Bedeutung der neuen Regelungen und die Handlungsinstrumente und -befugnisse für die Medienanstalten im Rahmen des MStV-E aufgezeigt.

Ziel des Gutachtens ist zum einen die Entwicklung eines konkreten Anforderungsprofils, das seitens der Medienintermediäre einzuhalten ist, um die Anforderungen der DS-GVO und des MStV-E zu erfüllen und ausreichende Transparenz zur Gewährleistung pluraler Vielfalt zu gewährleisten. Zum anderen werden konkrete Handlungsanweisungen und Verfahren für die Aufsicht entwickelt, um die Einhaltung der Transparenzvorgaben überprüfen zu können.

15 Paal, Vielfaltssicherung bei Intermediären, MMR 2018, 567 (569).

16 Paal, Vielfaltssicherung bei Intermediären, MMR 2018, 567 (569).

17 Derzeitiger Entwurf abrufbar unter https://www.rlp.de/fileadmin/rlp-stk/pdf-Dateien/Medienpolitik/04_MStV_Online_2018_Fristverlaengerung.pdf (zuletzt abgerufen: 30.09.2019).

Zur Etablierung und Umsetzung der Vorgaben werden insbesondere die rechtlichen Möglichkeiten der Inanspruchnahme der Satzungsbefugnis der Landesmedienanstalten nach § 53 g MStV-E geprüft.

Aus dem System der intransparent erfolgenden Personalisierung und der damit einhergehenden Informationsasymmetrie entstehen aber über die bloße Unwissenheit über die Funktion der Dienste hinaus auch Gefahren für die öffentliche Meinungsbildung als solche, die als konstituierendes Merkmal für eine plurale Vielfalt in den Medien für die Demokratie essentiell ist.¹⁸ Diese besondere Gefahr durch Medienintermediäre hängt damit zusammen, dass die Regeln der Personalisierung von Inhalten dieser besonderen Anbieter nicht nur für Konsumangebote, sondern auch für meinungsrelevante Inhalte gleichermaßen gelten.¹⁹ Die algorithmenbasierten Systeme der Medienintermediäre unterscheiden nicht zwischen meinungsrelevanten und nicht-meinungsrelevanten Inhalten, sondern personalisieren die angezeigten Inhalte gleichermaßen. Dieser Ansatz einer Personalisierung auch meinungsrelevanter Inhalte im System der Medienintermediäre kann zur Entstehung von Filterblasen und Meinungsbubbles führen.²⁰

Die Regeln nach denen diese Vermischung funktioniert, führen dazu, dass keine an der Vielfalt orientierte Meinungsbildung des Einzelnen möglich ist. Weil die Meinungsbildung aus übergeordneten Interessen aber auf ausgewogene Vielfalt angewiesen ist, ist das Konzept der Intermediäre eine Gefahr für die Demokratie. Das zeigt sich etwa in Wahlkampfzeiten.²¹ Hier ist es für das Gemeinwesen elementar, dass der Bürger auf den meinungsrelevanten Kanälen der Medienintermediäre über alle Parteien und ihre Inhalte informiert wird. So geschieht es im öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunk. Dort muss

18 *Schwartmann*, Zwei Säulen für die Demokratie in FAZ v. 26.05.2019, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/hoch-schule/forderung-fuer-demokratie-kontrolle-von-internet-und-algorithmen-16198048.html> (zuletzt abgerufen: 26.09.2019); *Paal*, Die Meinungsvielfalt im Internet braucht einen Anwalt, F.A.Z. v. 24.07.2019, S. N 4.

19 *Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, Eine Medienordnung für Intermediäre, MMR 2019, 498 (499) sowie *Schwartmann*, Zwei Säulen für die Demokratie in FAZ v. 26.05.2019, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/hoch-schule/forderung-fuer-demokratie-kontrolle-von-internet-und-algorithmen-16198048.html> (zuletzt abgerufen: 26.09.2019).

20 Vgl. dazu *Pariser*, Filter Bubble. What the Internet Is Hiding from You, 2011; S. statt vieler auch *S. Flaxmann et al.*, Filter Bubbles, Echo Chambers and Online Use Consumption, in: 80 Public Opinion Quarterly (special issue) 2016, S. 298 ff. und Diskussion um Filter Bubbles zu finden etwa bei *Paal* oder *Hoffmann-Riem*, Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht, AÖR 2017, 1 (13).

21 *Gräfe*, Webtracking und Microtargeting als Gefahr für Demokratie und Medien, PinG 2019, 5 (12).

nicht nur nach transparenten, sondern auch nach ausgewogenen, neutralen und tendenzfreien Regeln Wahlwerbung geschaltet und über die Parteien und ihre Programme berichtet werden. Im Wirkungsbereich der Intermediäre geben diese die Parameter, nach denen sich die Ausgewogenheit der (Wahl-) Berichterstattung bestimmt, selbst vor und nehmen so mittelbaren Einfluss auf die Meinungsbildung. Dieses nachgelagerte und grundsätzliche Problem wird hier der Vollständigkeit halber im Rahmen eines kurzen Ausblicks thematisiert.

B. Gang der Untersuchung

Schwerpunkt der Untersuchung im Rahmen des Gutachtens sind Aspekte der faktischen und rechtlichen Durchsetzung von Transparenzverpflichtungen durch die Medienanstalten gegenüber Medienintermediären. Dabei werden die rechtlichen Transparenzvorgaben auch im Hinblick auf ihre Bedeutung für die Vielfaltssicherung geprüft (Teil 1).

Teil 2 des Gutachtens wird die Erscheinungsformen und Funktionsweisen von Medienintermediären analysieren und die spezifische Problemlage im Hinblick auf Transparenzdefizite und Gefahren für die plurale Vielfalt aufzeigen (dazu S. 48).

Anschließend werden in Teil 3 des Gutachtens die inhaltliche Reichweite des Begriffs der Transparenz untersucht und die Rahmenbedingungen für eine rechtskonforme Transparenz entwickelt (dazu ab S. 69). Zu diesem Zweck werden gegenwärtige rechtliche Ansätze zur Funktion und den Zwecken von Transparenz dargelegt, um anschließend zum einen die rechtliche Reichweite von Transparenz festzulegen, zum anderen aber auch deren rechtliche Grenzen aufzuzeigen. Vor diesem Hintergrund wird das Gutachten einen Katalog hinsichtlich der zunächst abstrakten Anforderungen an Transparenzvorgaben zur Gewährleistung von Vielfalt bei Medienintermediären entwerfen (dazu ab S. 80), der die bestehenden Informations- und Transparenzdefizite beheben kann.

Teil 4 des Gutachtens wird die gegenwärtigen rechtlichen Mittel zur Gewährleistung von vielfaltssichernder Transparenz untersuchen (dazu S. 95). Dazu werden zunächst die im Datenschutzrecht bestehenden Anforderungen der DS-GVO, insbesondere die Informationspflichten nach Art. 13, 14 DS-GVO eingehend geprüft (dazu ab S. 98). Dabei soll vor allem analysiert werden, welche Daten und Informationen von diesen überhaupt transparent zu machen sind.

Anschließend folgt ein „Praxischeck“, indem die gegenwärtige Umsetzung der Transparenzvorgaben der DS-GVO durch Medienintermediäre (insbes. Google, Facebook und Twitter) überprüft wird (dazu S. 107). Hierbei wird untersucht, ob vor allem die von Medienintermediären etwa zur Funktionsweise eingesetzter Algorithmen und zur Verwendung von Aggregations-, Selektions- und Präsentationskriterien bereits transparent gemachten Informationen sowie die hierzu nach der DS-GVO verpflichtend vorzuhaltenden Angaben, ausreichend sind, um mit Blick auf die Vielfaltssicherung hinreichende Transparenz zu schaffen.

Im Anschluss daran wird das Gutachten die Transparenzvorgaben des MStV-E eingehend untersuchen. Hierbei wird insbesondere die tatbestandliche Reichweite der Transparenzverpflichtungen aus § 53 d MStV-E analysiert und geprüft, welches Maß an Transparenz die Regelungen des MStV-E den Medienintermediären konkret abverlangen (dazu ab S. 117). Hierbei wird auch das Diskriminierungsverbot aus § 53 e MStV-E als flankierende Maßnahme in den Blick genommen. Anschließend folgt auch hier ein „Praxischeck“, um zu prüfen, ob und inwieweit die gegenwärtigen Transparenzverpflichtungen des MStV-E durch Medienintermediäre bereits erfüllt werden oder ggf. Defizite bei der Umsetzung bestehen (dazu ab S. 120 ff. und S. 143 ff.). Hierbei wird u.a. herausgearbeitet, inwiefern die Regelungen des MStV-E hinter den angestrebten Zielsetzungen und Zwecken von Transparenzanforderungen zurückbleiben und Spielraum für den Rechtsanwender verbleibt.

In Teil 5 des Gutachtens werden vor diesem Hintergrund Lösungsansätze entwickelt, wie die materiell-rechtlichen Rahmenbedingungen für Transparenzvorgaben durch Verfahren und Institutionen abgesichert werden können, um so die Umsetzung der Vorgaben zu ermöglichen (dazu ab S. 149). Dazu wird insbesondere die Möglichkeit der Inanspruchnahme der Satzungsbefugnis der Landesmedienanstalten aus § 53 g MStV-E zur Konkretisierung des MStV-E untersucht (dazu ab S. 149).

Teil 6 enthält einen Ausblick auf gegenwärtige Regulierungsansätze zur verfassungsrechtlich erforderlichen Schaffung einer positiven Ordnung zur Sicherung der Meinungsvielfalt bei Medienintermediären. Zu diesem Zweck wird zunächst die inhaltliche Reichweite des Begriffs der Vielfalt festgelegt (dazu ab S. 155). Ausgehend von den verfassungsrechtlichen Vorgaben und der Rechtsprechung des BVerfG werden dabei zunächst die Rahmenbedingungen für eine

Vielfaltssicherung in Rundfunk und Presse herausgearbeitet (dazu ab S. 156). Anschließend wird geprüft, ob und inwieweit diese Grundsätze auf das System der Medienintermediäre verfassungskonform übertragen werden können (dazu S. 158). Anhand dessen werden die Rahmenbedingungen zur Gewährleistung von Vielfalt bei Medienintermediären entwickelt (dazu ab S. 160).

Teil 2

Erscheinungsformen und Funktionsweise von Medienintermediären

Im Folgenden werden die Erscheinungsformen und Funktionsweisen von Medienintermediären im Hinblick auf Transparenzdefizite und ihre Gefahren für eine ausgewogene und plurale Vielfalt untersucht.

A. Begriffsbestimmung des Medienintermediärs

Hierbei ist es zunächst erforderlich, den Begriff des Medienintermediärs als Betrachtungsgegenstand im Rahmen dieses Gutachtens zu bestimmen.

Im Allgemeinen können Medienintermediäre als Dienste bezeichnet werden, die (meinungsrelevante) Inhalte aufgreifen, sie auffindbar machen und ihren Nutzern präsentieren. Sie ermöglichen die Auffindbarkeit von Inhalten, Informationen, Leistungen und Produkten und vermitteln Zugang zu diesen.²²

In diesem Gutachten werden Medienintermediäre ausgehend von der Begriffsbestimmung des MStV-E bestimmt.

I. Begriffsbestimmung im MStV-E

Der Entwurf zum Medienstaatsvertrag (MStV-E)²³ definiert Medienintermediäre in § 2 Abs. 2 Nr. 13 lit. b MStV-E wie folgt:

*Medienintermediär ist jedes Telemedium, das auch journalistisch-redaktionelle Angebote Dritter aggregiert, selektiert und allgemein zugänglich präsentiert, ohne diese zu einem Gesamtangebot zusammenzufassen.²⁴
[Insbesondere sind Medienintermediäre*

22 Vgl. Paal, Rechtsgutachten v. März 2018, Intermediäre: Regulierung und Vielfaltssicherung, S. 16 sowie ders., Vielfaltsicherung bei Medienintermediären, MMR 2018, 567; Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck: Eine Medienordnung für Intermediäre, MMR 2019, 498 (499).

23 Stand: Juli/August 2018, abrufbar unter: https://www.rlp.de/fileadmin/rlp-stk/pdf-Dateien/Medienpolitik/Medienstaatsvertrag_Online_JulAug2018.pdf (zuletzt abgerufen: 25.09.2019).

24 So Vorschlag der Rundfunkkommission v. Juli 2019.

- a) Suchmaschinen
- b) Soziale Netzwerke
- c) App Portale
- d) User Generated Content Portale
- e) Blogging Portale
- f) News Aggregatoren.²⁵

Ob die Regelbeispiele in § 2 Abs. 2 Nr. 13 lit. b S. 2 MStV-E Bestandteil der endgültigen Fassung des MStV werden oder ob noch weitere Änderungen folgen, bleibt abzuwarten (Stand: September 2019).

Es lässt sich gleichwohl absehen, dass von der Begriffsdefinition jedenfalls Suchmaschinen und Soziale Netzwerke erfasst sind. Somit sind vom MStV-E in erster Linie die Dienste von *Google*, *Yahoo*, *Bing* und andere Suchmaschinen sowie *Facebook*, *Twitter*, *Instagram*, *Xing* oder *LinkedIn* als Soziale Netzwerke erfasst.²⁶

Daneben ist davon auszugehen, dass nach § 2 Abs. 2 Nr. 13 lit. b MStV-E auch Sprachassistenten wie *Siri*, *Amazon Echo* oder *Alexa* erfasst sind.²⁷

II. Modifikation der Begriffsbestimmung (insbes. im Hinblick auf Plattformen etc.)

Fraglich ist allerdings, ob diese Begriffsbestimmungen im Hinblick auf die Einfassung auch weiterer (meinungsrelevanter) Dienste zu modifizieren ist. Denn auch Musikstreaming- oder Filmdienste, wie *Spotify* oder *Netflix*, richten ihr Angebot an persönlichen Interessen der Nutzer aus und können so wie ein Medienintermediär wirken, indem sie über Musik- oder Bewegtbildinhalte auch im Rahmen eines Gesamtangebotes meinungsrelevant und gegebenenfalls verhaltensbeeinflussende Wirkung entfalten. Darüber hinaus basieren die Systeme dieser Dienste ebenfalls auf algorithmisch basierten Systemen, die in ihrer Wirk- und Funktionsweise derjenigen der „herkömmlichen“ Medienintermediäre stark ähnelt.²⁸

25 Weitergehender Vorschlag im Rahmen der Onlinebeteiligung (Juni bis September 2018).

26 Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck, Eine Medienordnung für Intermediäre, MMR 2019, 498 (498 f.).

27 Dazu Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck, Eine Medienordnung für Intermediäre, MMR 2019, 498 Fn. 1 sowie zur Problematik der rechtlichen Einordnung verschiedener Erscheinungsformen von Medienintermediären vgl. Schulz/Dankert, Die Macht der Informationsintermediäre – Erscheinungsformen, Strukturen und Regulierungsoptionen, S. 21 ff. abrufbar unter <https://library.fes.de/pdf-files/akademie/12408.pdf> (zuletzt abgerufen: 26.09.2019).

28 Vgl. dazu Schulz/Dankert, Die Macht der Informationsintermediäre – Erscheinungsformen,

Es stellt sich hierbei in rechtlicher Hinsicht somit insbesondere die Frage nach einer Kollision des Begriffs des Medienintermediärs mit demjenigen der Plattform aus § 2 Abs. 2 Nr. 13 MStV-E. Maßgebliches Unterscheidungskriterium ist derzeit, ob der Dienst die Inhalte zu einem Gesamtangebot zusammenfasst. Ob diese Abgrenzung zur Plattform mit Blick auf das Gesamtangebot immer zu trennscharfen Ergebnissen führt, ist zu bezweifeln. Bereits jetzt sind begriffliche Überschneidungen unvermeidlich.

Zur Schaffung von hinreichender begrifflicher Klarheit und Rechtssicherheit erscheint es insofern zielführend, die begriffliche Reichweite des Medienintermediärs im Hinblick auf seinen Einsatz von algorithmischen Systemen zur Anzeige von Inhalten durch Personalisierung und seine Meinungsbildungsrelevanz zu definieren.²⁹

B. Erscheinungsformen

Medienintermediäre haben als Dienste verschiedene Erscheinungsformen angenommen. So existieren nicht bloß Suchmaschinen und Soziale Netzwerke als „Paradebeispiele“ für Medienintermediäre, sondern auch App-Plattformen, Micro-Blog-Plattformen (z.B. *Twitter*, *Tumblr*) oder Plattformen für nutzergenerierte Inhalte (wie etwa *TikTok* und *YouTube*).³⁰

Im Rahmen dieses Gutachtens werden in erster Linie Suchmaschinen und Soziale Netzwerke näher betrachtet. Die in diesem Gutachten entwickelten Grundsätze und Parameter sind im Hinblick auf Transparenzanforderungen und den Gefahren für die plurale Vielfalt dabei auf andere Medienintermediäre entsprechend übertragbar.

Strukturen und Regulierungsoptionen, S. 21 ff. sowie *Schmidt/Sørensen/Dreyer/Hasebrink*, Algorithmische Empfehlungen v. Sept. 2018, S. 7 ff. abrufbar unter https://www.hans-bredow-institut.de/uploads/media/default/cms/media/2kc2ri5_45AlgorithmischeEmpfehlungen.pdf (zuletzt abgerufen: 26.09.2019).

29 Zur Problematik der rechtlichen Einordnung verschiedener Erscheinungsformen von Medienintermediären vgl. *Schulz/Dankert*, Die Macht der Informationsintermediäre – Erscheinungsformen, Strukturen und Regulierungsoptionen, S. 21 ff.

30 Unterscheidung aus *Schulz/Dankert*, Die Macht der Informationsintermediäre – Erscheinungsformen, Strukturen und Regulierungsoptionen, S. 21 ff.

I. Suchmaschinen (am Beispiel von Google)

Als erste Erscheinungsform eines Medienintermediärs lassen sich Suchmaschinen benennen, deren bekanntestes Beispiel *Google* ist.

Suchmaschinen bieten den Nutzern die Möglichkeit Inhalte verschiedenster Art (Texte, Bilder, Nachrichten, Videos, GIFs, Karten und Stadtpläne etc.) durch Eingabe eines Suchbegriffs in eine Suchleiste aufzufinden. Die Suchmaschine beantwortet die Suchanfrage daraufhin in einer Ergebnisliste, in der die Inhalte angezeigt werden.

Im Rahmen einer Suchanfrage durchsuchen Rankingsysteme dabei einen Suchindex und präsentieren dem Nutzer die im Netz verfügbaren Inhalte im Rahmen einer Ergebnisliste. Die Ranking-Systeme bestehen aus mehreren sog. Algorithmen (vgl. dazu unten S. 53). Die eingesetzten Algorithmen werden dazu im Laufe der Zeit, etwa auf Basis eines erstellten Nutzerprofils oder Kundenkontos oder durch gesetzte Cookies fortlaufend angepasst und personalisiert, damit sie Suchanfragen und Ergebnisse immer detaillierter auswerten können und, nach Wertung von Google, bessere Ergebnisse liefern.³¹

Es ist zu beachten, dass sich aber die Dienste etwa von *Google* als Suchmaschine nicht mehr auf bloß die herkömmliche Suchfunktion beschränken, sondern mittlerweile auch weitere Funktionen wie Navigationssysteme, Bewertungsanzeigen (z.B. Restaurant-Bewertungen) sowie die spezifische Suche nach Kategorien wie etwa Bildern, Videos oder Shopping mit umfassen aber auch zum Beispiel die Buchung von Flügen über Google ermöglichen.³² Darüber hinaus bietet *Google* ein Single-Sign-On-System an, das es dem Nutzer ermöglicht, sich bei Diensten anderer Anbieter, zum Beispiel Fitness-Apps oder *doodle.com*, mit seinem Google-Konto anzumelden, ohne dass die Eingabe einer neuen Mail-Adresse oder eines neuen Passworts erforderlich ist. Auf diese Weise entstehen Verknüpfungen des Google-Kontos eines Nutzers mit anderen Diensteanbietern (zur Transparenz bei Single-Sign-On-Angeboten, vgl. ab S. 63).

31 Vgl. Funktionsweise der Suchalgorithmen bei *Google* „How Search works“, abrufbar unter: <https://www.google.com/intl/de/search/howsearchworks/algorithms/> (zuletzt abgerufen: 26.09.2019).

32 Dazu *Schulz/Dankert*, Die Macht der Informationsintermediäre – Erscheinungsformen, Strukturen und Regulierungsoptionen, S. 22.

II. Soziale Netzwerke (am Beispiel von *Facebook* und *Xing*, *LinkedIn*)

Daneben sind Soziale Netzwerke wie *Facebook*, *Xing* oder *LinkedIn* ein bekanntes Beispiel für einen Medienintermediär. Auch Soziale Netzwerke verfolgen das Ziel, dem Nutzer den Zugang zu verfügbaren Inhalten anzubieten. Gleichwohl ist die Anzeige der Ergebnisse maßgeblich von einer Interaktion des Nutzers im Rahmen des Dienstes geprägt. Beide Dienste ermöglichen dabei die Interaktion der Nutzer untereinander durch einen eigenen Nachrichtendienst oder die Möglichkeit Beiträge mit einem „Like“ zu markieren. Während bei *LinkedIn* als berufliches Netzwerk das Knüpfen von beruflichen Kontakten und der Austausch zu beruflich relevanten Themen im Vordergrund steht, besteht bei *Facebook* zudem die Möglichkeit Spiele zu spielen, Veranstaltungseinladungen zu versenden oder Fanpages von Künstlern oder Unternehmen zu besuchen und mit diesen zu interagieren. Darüber hinaus bietet auch *Facebook*, ein eigenes Single-Sign-On-System an, dass es den Nutzern ermöglicht, sich bei anderen Diensten, zum Beispiel der Dating-App *Tinder*, mit seinem *Facebook*-Konto anzumelden, ohne dass die Eingabe einer neuen Mail-Adresse oder eines neuen Passwortes erforderlich ist. Auf diese Weise entstehen Verknüpfungen des *Facebook*-Nutzerkontos mit anderen Diensten (zur Transparenz bei Single-Sign-On-Angeboten, vgl. ab S. 63).

Dem Nutzer wird somit anders als bei einer Suchmaschine keine konkrete Suchanfrage beantwortet, sondern ihm werden im Rahmen des Profils und des News-Feed Inhalte präsentiert, die für ihn als Zielgruppe relevant sind beziehungsweise sein sollen. Die angezeigten Inhalte orientieren sich somit an der Interaktion des Nutzers. Es kommt so zu einer „Spiegelung“ der Nutzerinteressen durch die Anzeige von Inhalten und Beiträgen.

III. Sonstige Erscheinungsformen

Daneben existieren zahlreiche weitere Erscheinungsformen eines Medienintermediärs.³³

Twitter ermöglicht es den Nutzern als Microblogging-Dienst Kurznachrichten zu verbreiten, zu „ liken“, zu teilen oder zu kommentieren. Daneben kann nach Profilen oder sogenannten Hashtags („#“) im Rahmen einer Suchfunktion

33 Siehe dazu *Dörr*, in: Die regulatorische Relevanz der Organisation massenhafter Individualkommunikation unter besonderer Berücksichtigung der Sicherung der Meinungsvielfalt, Die Medienanstalten, Saarbrücken, 04.06.2019, S.7 ff; *Schulz/Dankert*, Die Macht der Informationsintermediäre, S.21 ff.

gesucht werden. Ferner bietet der Dienst eine Trend-Anzeige, in der aktuelle Themen anhand von Nutzerzahlen beziehungsweise Anzahl von Tweets zu einem bestimmten Hashtag auffindbar gemacht werden (so zum Beispiel *#vonderleyen* zum Zeitpunkt der Wahl von Ursula von der Leyen zur Präsidentin der Europäischen Kommission am 16. Juli 2019).

Sprachassistenten liefern Nutzern den Zugang zu verschiedenen Inhalten aufgrund einer Suchanfrage.³⁴ So können Nutzer dem Sprachassistenten *Alexa* den Befehl erteilen „*Alexa, was sind die News des Tages?*“³⁵ Der Sprachassistent wird daraufhin dem Nutzer eine Auswahl von Nachrichten präsentieren.

App-Portale bieten den Nutzern aufgrund einer Suchanfrage und aufgrund der bisherigen Downloads Apps zu verschiedenen Themen oder zu verschiedenen Zwecken an (z.B. Fitness-, Dating-, Navigations-Apps oder sonstige Dienste).

C. Funktionsweise von Medienintermediären

Im Folgenden wird die Funktionsweise von Medienintermediären herausgearbeitet. Im Vordergrund der Betrachtung steht dabei die Untersuchung, wie die Dienste von Medienintermediären die Anzeige von Inhalten gegenüber ihren Nutzern generieren.

I. Einsatz von Algorithmen zur Selektion-, Aggregation und Präsentation von Inhalten

Im Ausgangspunkt kann die Funktionsweise von Medienintermediären durch folgende drei Kriterien charakterisiert werden:

- Selektion: Auswahl der Inhalte
- Aggregation: Aufbereitung der Inhalte
- Präsentation: Zugänglichmachung der Inhalte für den Nutzer

Rankingsysteme durchsuchen dabei einen Suchindex und präsentieren dem Nutzer die verfügbaren Inhalte. Die Ranking-Systeme bestehen aus mehreren

34 Vgl. Infoblatt „Sprachassistenten“ der Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI) abrufbar unter https://www.bfdi.bund.de/DE/Home/Kurzmeldungen/DSkompakt_Sprachassistenten.html (zuletzt abgerufen: 26.09.2019).

35 *Alexa* ist der Sprachassistent von *Amazon*, siehe dazu unter <https://developer.amazon.com/de/alexa> (zuletzt abgerufen: 26.09.2019).

Algorithmen und algorithmischen Entscheidungssystemen³⁶. Ein Algorithmus selbst „entscheidet“ nicht, sondern er ist eine eindeutige Handlungsvorschrift, die Prozesse automatisiert, indem sie technische Abläufe und Vorschriften bzw. Grundannahmen mathematisch standardisiert.³⁷ Ein algorithmisches System

*ist ein System einer oder mehrerer Algorithmen, die in Software implementiert wurden, um Daten zu erfassen, zu analysieren und Schlüsse zu ziehen (...).*³⁸

Dabei können algorithmische Systeme selbstlernend sein oder vorprogrammierten Grundannahmen und Entscheidungsregeln folgen.³⁹ So kreieren sie eine neue Form von Infrastruktur in Sektoren, die vorher keine eigene Infrastruktur hatten. So kann *Google* als Informationsinfrastruktur betrachtet werden oder *Facebook* als soziale Infrastruktur.⁴⁰ Letztlich können Algorithmen und algorithmische Entscheidungssysteme als programmierte Software bezeichnet werden. Algorithmische Entscheidungssysteme beruhen dabei auf

*allgemeinen Annahmen, die in der Software als Regeln dargestellt werden, wie etwa die Relevanz von spezifischen Inhalten für spezifische Nutzer zu prognostizieren oder ein Bouquet von Inhalten zusammenzustellen ist.*⁴¹

36 Hierbei ist anzumerken, dass ein Algorithmus als solcher nicht „entscheidet“, indem er eine eigenständige algorithmische Entscheidung trifft, sondern als technisches System und Software durch Menschen programmierte Handlungsvorschriften und Grundannahmen umsetzt. Gleichwohl werden die Begriffe des „algorithmischen Entscheidungssystems“ und der „algorithmischen Entscheidung“ (angelehnt an das englische „automated decision making“), häufig in dem Sinne gebraucht, dass er die mithilfe des Einsatzes von Algorithmen umgesetzte menschlich getroffene Entscheidung meint. In diesem Gutachten werden diese Begriffe in diesem Sinne verwendet. Vgl. dazu *Martini*, Grundlinien eines Kontrollsystems für algorithmenbasierte Entscheidungsprozesse v. 01.05.2019, Speyer, 2019; *Dreyer/Schulz*, The GDPR and Automated decision-making: Will it deliver? – Discussion Paper #5, abrufbar unter <https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/GDPR.pdf> (zuletzt abgerufen: 24.09.2019) sowie *Heldt*, CR 2018, 494 (495); *Paal/Pauly-Martini*, DS-GVO Art. 22 Rn. 15a; *Rólikowski/Loebel/Ullrich*, Ausrechnen statt Entscheiden, CSR und Digitalisierung, Berlin 2017, abrufbar unter <https://www.cytizen.de/stefanullrich/publication/30jahreitinno/> (zuletzt abgerufen: 24.09.2019).

37 Vgl. dazu *Algo.Rules*, abrufbar unter <https://algorules.org/startseite/> (zuletzt abgerufen: 24.09.2019); zum Einsatzbereich von Algorithmen: *Heldt*, CR 2018, 494 (495).

38 *Algo.Rules*.

39 *Algo.Rules*.

40 *Jaume-Palasi*, KI und Algorithmen v. 23.01.2019, abrufbar unter <https://www.telemedicus.info/article/3384-KI-und-Algorithmen.html> (zuletzt abgerufen: 23.09.2019); *Schmidt/Sørensen/Dreyer/Hasebrink*, Algorithmische Empfehlungen v. Sept. 2018, S. 9, abrufbar unter https://www.hans-bredow-institut.de/uploads/media/default/cms/media/2kc2ri5_45AlgorithmischeEmpfehlungen.pdf (zuletzt abgerufen: 26.09.2019).

41 *Schmidt/Sørensen/Dreyer/Hasebrink*, Algorithmische Empfehlungen v. Sept. 2018, S. 9.

Die eingesetzten Algorithmen werden dazu im Laufe der Zeit, etwa auf Basis eines erstellten Nutzerprofils oder Kundenkontos oder durch gesetzte Cookies fortlaufend angepasst und personalisiert, damit sie Suchanfragen und Ergebnisse immer detaillierter auswerten und „bessere“ Ergebnisse liefern können.⁴² Dieser Prozess umschreibt dabei die Funktionsweise eines algorithmischen Empfehlungssystems.⁴³ Dabei folgt der Algorithmus bzw. die entsprechend programmierte Software der Annahme, dass Nutzer an ähnlichen, nicht aber identischen Inhalten interessiert sind.⁴⁴ Aufgrund dessen werden dem Nutzer entsprechende Inhalte präsentiert. Die Anpassung der Ergebnisse an die Suchanfragen oder Interaktion des Nutzers wird dabei als inhaltsgestütztes Filtern („*content-based-filtering*“)⁴⁵ bezeichnet. Eine weitere Funktionsweise eines algorithmischen Entscheidungssystems ist etwa die Annahme, dass sich die Erfolgstauglichkeit von Empfehlungen dadurch steigern lässt, dass der Nutzungskontext bei der Inhaltsanzeige berücksichtigt wird.⁴⁶ Im Rahmen dieses kontextbezogenen Filterns („*context-based-filtering*“)⁴⁷ werden bei inhaltlichen Empfehlungen etwa an Aufenthaltsorte, das Beziehungsgeflecht des Nutzers oder die Tageszeit berücksichtigt.⁴⁸

Dieser Prozess der Selektion über die Aggregation bis zur Präsentation einzelner Inhalte lässt sich bei von *Google* und *Facebook* wie folgt skizzieren.

Die *Google*-Suche basiert auf drei Grundpfeilern:⁴⁹

- Fokus auf den Nutzer
- Unterstützung für Websiteinhaber und
- uneingeschränkter Zugriff auf Informationen

Bei der gewöhnlichen Suchanfrage wird auf Millionen Webseiten mit potenziell relevanten Informationen zurückgegriffen. Die Auswahl der Seiten beginnt bereits bevor der Nutzer die Suchanfrage startet. In diesem Moment erfassen Web-Crawler (d.h. Programme, die das Internet durchsuchen und

42 Vgl. Funktionsweise der Suchalgorithmen bei *Google* „How Search works“, abrufbar unter: <https://www.google.com/intl/de/search/howsearchworks/algorithms/>.

43 Schmidt/Sørensen/Dreyer/Hasebrink, Algorithmische Empfehlungen v. Sept. 2018, S. 9.

44 Schmidt/Sørensen/Dreyer/Hasebrink, Algorithmische Empfehlungen v. Sept. 2018, S. 9.

45 Schmidt/Sørensen/Dreyer/Hasebrink, Algorithmische Empfehlungen v. Sept. 2018, S. 9 unter Verweis auf Adomavicius und Tuzhilin 2005.

46 Schmidt/Sørensen/Dreyer/Hasebrink, Algorithmische Empfehlungen v. Sept. 2018, S. 9.

47 Schmidt/Sørensen/Dreyer/Hasebrink, Algorithmische Empfehlungen v. Sept. 2018, S. 9.

48 Schmidt/Sørensen/Dreyer/Hasebrink, Algorithmische Empfehlungen v. Sept. 2018, S. 9.

49 <https://www.google.com/search/howsearchworks/> (zuletzt abgerufen: 30.09.2019).

Websites analysieren) Informationen von Milliarden Webseiten und sortieren diese im Suchindex von *Google*.⁵⁰ Gibt der Nutzer eine Anfrage in die Suchleiste der Suchmaschine ein, durchsuchen Ranking-Systeme die Seiten im Suchindex. Der Nutzer bekommt die für ihn nützlichen und relevanten Ergebnisse im Bruchteil einer Sekunde präsentiert.⁵¹ In den Ranking-Systemen analysieren verschiedene Programme die Suchanfrage zum genannten Zweck.⁵² Es wird etwa die Bedeutung der eingegeben Wörter in der Suchanfrage, die Aktualität des Inhalts oder die Bevorzugung bestimmter Webseiten durch andere Nutzer ausgewertet. Mit Hilfe von personenbezogenen Informationen wie dem Standort des Nutzers, dem bisherigen Suchverlauf und den Sucheinstellungen identifiziert das Programm die aus Sicht von *Google* für den einzelnen Nutzer bedeutsamen Ergebnisse.⁵³

Die Funktionsweise von *Facebook* lässt sich wie folgt zusammenfassen:⁵⁴ Jeder News-Feed eines Nutzers wird individuell auf Basis des Nutzungsverhaltens durch den Einsatz von Algorithmen nach Maßgabe des Dienstes erstellt. Der News-Feed besteht aus den Beiträgen von Freunden, Seiten und Gruppen, denen ein Nutzer auf Facebook folgt. Selbst erklärtes Ziel von Facebook ist es, die Menschen möglichst mit den Inhalten zu verbinden, „die für sie am wichtigsten“ sind.⁵⁵

Auch *Facebook* nimmt ein Ranking vor, das aus vier Elementen besteht:

50 Zur Erklärung der Grundlagen der *Google*-Suche siehe Video von *Google*, abrufbar unter: <https://www.google.com/search/howsearchworks/crawling-indexing/> (zuletzt abgerufen: 30.09.2019).

51 <https://www.google.com/search/howsearchworks/algorithms/> (zuletzt abgerufen: 30.09.2019).

52 Siehe dazu etwa unter <https://www.google.com/search/howsearchworks/algorithms/> (zuletzt abgerufen: 24.09.2019) folgendes Beispiel von *Google*: „Wenn du beispielsweise nach „Barcelona“ suchst und kurz zuvor die Suchanfrage „Barcelona gegen Arsenal“ eingegeben hast, suchst du vermutlich eher Ergebnisse zum Fußballverein als zur Stadt.“

53 Dörr kritisiert unter Verweis auf Stark et. al. dieses Vorgehen als „Diktat der Mehrheit“, während *Google* von „Demokratie im Internet“ spricht, Dörr/Natt, Suchmaschinen und Meinungsvielfalt – Ein Beitrag zum Einfluss von Suchmaschinen auf die demokratische Willensbildung, ZUM 2014, 829 (836); kritisch zu der algorithmischen Sortierung in Bezug auf den zunehmenden Einfluss auf die Meinungsbildung Schulz/Dankert, Die Macht der Informationsintermediäre, Friedrich-Ebert-Stiftung 2016, (S. 22); sowie Schulz, Kontrolle vorherrschender Meinungsmacht – Dekonstruktion eines medienrechtlichen Schlüsselbegriffs, AfP 2017, 373 (374), ebenso Zweig/Deussen/Krafft, Algorithmen und Meinungsbildung, Informatik-Spektrum, 40 (4), (320).

54 Abrufbar unter <https://newsfeederklaert.splashthat.com/> (zuletzt aufgerufen: 27.09.2019).

55 So funktioniert der *Facebook* News Feed, abrufbar unter: <https://newsfeederklaert.splashthat.com/> (zuletzt abgerufen: 24.09.2019).

- der Grundgesamtheit an verfügbaren Beiträgen
- den Signalen oder Datenpunkten, die das Ranking beeinflussen können
- den Prognosen, die Facebook trifft, einschließlich der Einschätzung, wie wahrscheinlich es ist, dass Personen einen Beitrag kommentieren, mit einem Freund teilen usw.
- und einer individuellen Relevanz-Bewertung für jeden Beitrag.⁵⁶

Facebook wiederholt diesen Prozess für jeden einzelnen Nutzer seines Dienstes und für jeden Beitrag jedes Mal, wenn der News-Feed im Browser oder der App des Nutzers geöffnet wird.⁵⁷ Facebook nimmt „laufend Anpassungen am Ranking vor, um Menschen noch besser mit den Beiträgen zu verknüpfen, die ihnen am wichtigsten sind.“⁵⁸ Die Parameter, die Einfluss auf das Ranking nehmen, bestimmt Facebook selbst. Seit 2016 hat der Dienst daran gearbeitet, Falschnachrichten und Clickbait („Klickköder“) zu reduzieren⁵⁹ und die wirtschaftlichen Anreize für Spammer zu beseitigen.⁶⁰ Im Hinblick auf tagesaktuelle Nachrichtenquellen werden folgende Prioritäten gesetzt: Nachrichten aus überregionalen Quellen, die von einer repräsentativen Öffentlichkeit auf Facebook als vertrauenswürdig eingestuft werden, Nachrichten, die die Menschen als informativ einschätzen und Nachrichten, die auf lokaler Ebene relevant sind, sollen im News Feed bevorzugt angezeigt werden.⁶¹

II. Systematisierung und Bewertung von Relevanzkriterien

Als mögliche Einflussfaktoren auf die Selektion, Aggregation und Präsentation einzelner Inhalte durch Medienintermediäre lassen sich die folgenden Relevanzkriterien identifizieren.

1. Nutzerinteressen

Wesentliche Grundlage des auf Personalisierung ausgelegten Systems sind die Interessen des jeweiligen Nutzers, so wie sie sich aus dessen Nutzungsverhalten

56 So funktioniert der Facebook News Feed.

57 So funktioniert der Facebook News Feed.

58 Bülow (Facebook Deutschland), Video (3:20), abrufbar unter: <https://de.newsroom.fb.com/news/2019/04/warum-wird-mir-das-angezeigt/> (zuletzt abgerufen: 24.09.2019).

59 Vgl. Holznagel, Phänomen „Fake News“ - Was ist zu tun?, MMR 2018, 18 (19 f.).

60 <https://de.newsroom.fb.com/news/2018/07/nachrichten-aus-vertrauenswuerdigen-quellen/> (zuletzt abgerufen: 24.09.2019).

61 <https://de.newsroom.fb.com/news/2018/07/nachrichten-aus-vertrauenswuerdigen-quellen/>.

(Suchanfragen, Interaktion, angeklickte Beiträge, Likes etc.) ergeben.⁶² Das Ziel der Befriedigung der Interessen ist also eine wichtige Leitschnur. Es gilt für die Bekundung des Interesses für Konsumgüter, die für Werbekunden interessant sind, ebenso wie für politisch relevante Themen, etwa das Interesse für politische Themen, Richtungen oder Parteien und so weiter. Dabei gehen die Intermediäre von der Grundannahme aus, dass Nutzer eine gewisse Tendenz für bestimmte Themen oder Milieus haben.⁶³

2. Interessen der Werbewirtschaft

Da Suchmaschinen wie *Google* werbefinanziert sind, ist auch der Einfluss der Werbewirtschaft ein wesentlicher Faktor für die Auswahl und Anzeige der Inhalte. Medienintermediäre speichern Nutzerdaten und analysieren so Interessen der Kunden auf Basis ihrer Interaktion und können Werbung über algorithmische Entscheidungs- und Empfehlungssysteme zielgerichtet schalten und Zielgruppen adressieren. Nach einer *GfK*-Studie erreichen *Facebook*-Kampagnen ihre Zielgruppe mit einer Genauigkeit von 91,5 Prozent.⁶⁴ Kampagnen im Fernsehen treffen lediglich zu 43,3 Prozent die richtige Zielgruppe. Der Werbekunde zahlt also dort einen Streuverlust von 56 Prozent.⁶⁵

3. Eigeninteresse der Medienintermediäre

Neben den Interessen der Werbewirtschaft können auch Eigeninteressen der Medienintermediäre bei der Anzeige von (eigenen) Inhalten nicht ausgeschlossen werden.⁶⁶ So können diese in ihren algorithmischen Entscheidungssystemen auch Parameter berücksichtigen, die fernab von Nutzerinteressen liegen, sondern etwa das eigene Geschäftsmodell selbst betreffen. Dies kann sowohl bei der Anzeige von Konsumgütern als auch bei der Anzeige von meinungsrelevanten Inhalten geschehen.

62 Zu den Vorteilen und Risiken von Algorithmen für Nutzer: *Heldt*, CR 2018, 494 ff. Rz. 4 ff.

63 *Hoffmann-Riem*, Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht, AÖR 2017, 1 (13).

64 Vgl. dazu *GfK*-Studie, abrufbar unter <https://de-de.facebook.com/business/news/gfk-studie-zeigt-facebook-video-steigert-kaufabsicht-genau-so-stark-wie-tv-spots-bei-hherem-roi> (zuletzt abgerufen: 30.09.2019).

65 <https://de-de.facebook.com/business/news/gfk-studie-zeigt-facebook-video-steigert-kaufabsicht-genau-so-stark-wie-tv-spots-bei-hherem-roi> (zuletzt abgerufen: 26.09.2019).

66 Dazu *Paal*, Die Meinungsvielfalt im Internet braucht einen Anwalt in F.A.Z. v. 24. Juli 2019, S. N 4, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/hochschule/laender-wollen-grosse-internetplattformen-regulieren-16297766.html> (zuletzt abgerufen: 25.09.2019).

Als Beispiel aus dem Konsumgüterbereich sei an dieser Stelle etwa die Bevorzugung des Preisvergleichsportals von *Google* in der Ergebnisliste der *Google*-Suche genannt.⁶⁷ Aber auch in politischen Fragen ist die Beeinflussung des algorithmischen Systems durch Eigeninteressen möglich. So ging es etwa in der Debatte um die Urheberrechtsrichtlinie der EU darum, dass *YouTube* gemäß Art. 17 (im Entwurf Art. 13) UrhR-RiLi, ein Tochterunternehmen von *Google*, für Uploads von Nutzer verantwortlich gemacht werden sollen. Bei diesem Thema liegt die Selbstbetroffenheit und das Interesse, gerade von *Google*, an der Intervention gegen das Gesetzesvorhaben auf der Hand und es ist durch öffentliche Protestaufrufe des Unternehmens im Netz dokumentiert.⁶⁸ Hier kann jedenfalls nicht ausgeschlossen werden, dass *Google* beziehungsweise *YouTube* Inhalte im Eigeninteresse bei der Anzeige von Ergebnissen bevorzugt.

4. Sonstige Relevanzkriterien

Hinzutreten können weitere, unter Umständen unbekannte Relevanzkriterien, die die Anzeige von Ergebnissen im Rahmen eines algorithmischen Systems beeinflussen. Hierbei sind auch unerwünschte Einflüsse, etwa durch sogenannte Trolle und Social Bots zu nennen, die zu einer Änderung der Ergebnisanzeige führen können.⁶⁹

Als sogenannte Trolle werden Personen bezeichnet, die ihre Kommunikation in Foren und Gruppen auf Beiträge beschränken, die auf emotionale Provokation anderer Gesprächsteilnehmer zielen. Sie wollen möglichst erboste oder unsachliche Antworten provozieren. Derartige Beiträge können dabei nicht nur einen maßgeblichen Einfluss auf die Willensbildung haben, hiermit kaum verbunden sein dürfe, können solche Beiträge das Vertrauen innerhalb von Diskussionsforen beeinträchtigen.⁷⁰

67 Pressemitteilung der Europäischen Kommission v. 27. Juni 2017, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-1785_de.htm (zuletzt abgerufen: 30.09.2019).

68 <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/diginomics/youtube-chefin-ruft-zu-protest-gegen-eu-urheberrecht-auf-15851955.html> (zuletzt abgerufen: 30.09.2019).

69 Vgl. Dankert/Dreyer, Social Bots – Grenzenloser Einfluss auf den Meinungsbildungsprozess? Eine verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Einordnung, K&R 2017, 73 (78); Milker, Social-Bots im Meinungskampf Wie Maschinen die öffentliche Meinung beeinflussen und was wir dagegen unternehmen können, ZUM 2017, 216 (221); Paal/Hennemann, Meinungsvielfalt im Internet – Regulierungsoptionen in Ansehung von Algorithmen, Fake News und Social Bots, ZRP 2017, 76 (77).

70 Vgl. zu der Diskussion etwa Dörr, Die regulatorische Relevanz der Organisation massenhafter Individualkommunikation, unter besonderer Berücksichtigung der Sicherung der Meinungs-

Bei sogenannten Social Bots handelt es sich um Computerprogramme, die in einem sozialen Netzwerk vorgeben, ein Mitglied oder Nutzer zu sein, und die Aktivitäten natürlicher Personen imitieren.⁷¹ Um die Nutzer von der vermeintlichen menschlichen Existenz zu überzeugen, nutzen Social Bots Algorithmen und umfassende Datenanalysen, die sich auf Texte beziehen.

D. Spezifische Problemlage im Hinblick auf die Vielfalt

I. „Blackbox-Problematik“: Entmündigung des Einzelnen durch Intransparenz

Problematisch ist hinsichtlich der Funktionsweise von Medienintermediären insbesondere, dass weder für Nutzer noch den Regulierer oder die Aufsicht erkennbar ist, ob und inwieweit beziehungsweise in welcher Weise sich die potentiellen Einflussfaktoren tatsächlich im jeweils präsentierten Inhalt realisieren. So ist insbesondere die Funktionsweise von algorithmischen Entscheidungs- und Empfehlungssystemen und die verschiedenen Methoden des Filterns von Inhalten durch Medienintermediäre für Nutzer eine Blackbox.⁷²

Dies führt aus Nutzer- und Aufsichtsperspektive dazu, dass sich aufgrund der bestehenden Informationsasymmetrie hinsichtlich der Funktionsweisen der algorithmischen Systeme auf Basis der oben identifizierten Faktoren über die Ausformung der Selektion, Aggregation und Präsentation der Inhalte durch die Medienintermediäre lediglich spekulieren lässt. Klarheit herrscht lediglich dahingehend, dass Medienintermediäre den Prozess der Selektion, Aggregation und Präsentation über ihre Algorithmen, etwa zur Personalisierung von Inhalten, selbst festlegen und steuern.

vielfalt, S. 9 ff. Unter dem Phänomen des sog. Astroturfing werden etwa gezielte Kampagnen initiiert, die die Meinungsbildung beeinflussen sollen, z.B. in letzter Zeit: *Wood/McMinn/Feng*, China Used Twitter To Disrupt Hong Kong Protests, But Efforts Began Years Earlier, v. 17.09.2019 <https://www.npr.org/2019/09/17/758146019/china-used-twitter-to-disrupt-hong-kong-protests-but-efforts-began-years-earlier?t=1568995248091> (zuletzt abgerufen: 23.09.2019).

71 Definition „Social Bot“ des Duden, abrufbar unter: https://www.duden.de/rechtschreibung/Social_Bot (zuletzt abgerufen: 30.09.2019).

72 Vgl. *Martini*, Blackbox Algorithmus, S. 29. Zur Kritik an der Blackbox-Analogie vgl. *Jaume-Palasi*, KI und Algorithmen v. 23.01.2019, abrufbar unter <https://www.telemedicus.info/article/3384-KI-und-Algorithmen.html> (zuletzt abgerufen: 23.09.2019).

Dabei entzieht sich diese selbst festgelegte Programmierung der Algorithmen sowohl mit Blick auf deren Mittel als auch auf deren konkrete Ziele der externen Nachvollziehbarkeit. Die grundlegende Funktion der Systeme mit dem Ziel der Personalisierung besteht darin, nach programmierten, für Externe intransparenten Parametern die im Datenpool vorhandenen Informationen (Datenpunkte) für den Nutzer auf die für ihn relevanten Informationen zu reduzieren. Welche Daten und Parameter in das soziotechnische System der Medienintermediäre einfließt, ist weitgehend unklar.⁷³

Wer einer algorithmischen Entscheidung ausgesetzt ist, kann somit mangels Transparenz nicht rekonstruieren, ob die eingesetzten Algorithmen die eigenen personenbezogenen Daten rechtmäßig, vorurteilsfrei sowie sachgerecht verarbeiten.⁷⁴ So weiß etwa derjenige, der eine Suchanfrage bei *Google* stellt nicht ohne Weiteres, ob sich sein Standort, sein Surfverhalten, das aktuelle Tagesgeschehen oder ein sonstiger Grund dafür ausschlaggebend ist, welche Ergebnisse ihm letztlich angezeigt werden.⁷⁵ Selbiges gilt für die Aufbereitung des *Facebook* News-Feeds und lässt sich auf alle Medienintermediäre übertragen, deren Funktion darin liegt, fremde Inhalte dem Nutzer zugänglich zu machen. Insbesondere eine Einsicht in die Interessenlage, die die Anzeige von Inhalten beeinflusst, bleibt dem Nutzer weitestgehend verwehrt.⁷⁶ So ist es für Nutzer nicht ersichtlich, ob sich die Anzeige von Inhalten ausschließlich an ihren Interessen orientiert (wobei auch dort unklar ist, welche Relevanzkriterien in welcher Form Eingang in die Programmierung des Algorithmus finden) oder ob auch Interessen Dritter oder Eigeninteressen der Medienintermediäre die Anzeige von Inhalten beeinflussen.

73 Vgl. *HBI*, Arbeitspapier 40, S. 29 ff.

74 *Martini*, Blackbox Algorithmus, S. 28.

75 Deshalb schlagen *Wachter et. al.* sog. Counterfactual explanations vor, die es Usern ermöglichen sollen, die Gründe zu ändern, nach denen sich die Ergebnisanzeige bemisst, vgl. dazu *Wachter/Brent/Mittelstadt*, Counterfactual Explanations without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR, *Harvard journal of law & technology* 31(2), April 2018, 841-887).

76 Zwar hat *Facebook* inzwischen eine sog. *AdLibrary* eingeführt (<https://www.facebook.com/ads/library>, zuletzt abgerufen: 24.09.2019) und einen Werbebericht veröffentlicht: Die Bibliothek enthält Informationen zu sämtlichen aktiven und inaktiven Anzeigen, bei denen es sich um Wahlwerbung bzw. Werbung zu politisch oder gesellschaftlich relevanten Themen handelt und die seit März 2019 geschaltet wurden. Diese Werbeanzeigen sind sieben Jahre lang in der Bibliothek einsehbar. Hierbei bleibt allerdings ebenfalls intransparent, wie diese Anzeigen in die Ergebnisanzeige im News-Feed des Nutzers aufgrund weiterer Relevanzkriterien gelangen.

Wenn sich somit ein Soziales Netzwerk dazu entschließt, in der Programmierung der Anzeige nicht gesponserter Inhalte in Timelines oder News-Feeds seine Geschäftsstrategie zu ändern, indem es private Inhalte gegenüber gewerblichen Inhalten bevorzugt,⁷⁷ so bedeutet diese Diskriminierung einen Verlust von Reichweite für gewerbliche Nutzer. Wollen sie ihre Reichweite erhalten, müssen sie ihre Inhalte bezahlen.⁷⁸ Das führt zu Gewinnen des Anbieters des Sozialen Mediums. Diese Informationen, die Einfluss auf die Funktionsweise von algorithmenbasierten Entscheidungen haben, bleiben den Nutzern verwehrt.

Die Nutzung der Systeme beruht dadurch auf dem Prinzip des Vertrauens und nicht auf dem Prinzip des Verstehens. Die Intransparenz der eingesetzten Algorithmen macht das gesamte System, in das sie eingebettet sind, für diejenigen, die mit ihren Ergebnissen konfrontiert werden, undurchsichtig.⁷⁹ Dies führt zu einer mangelnden Nachvollziehbarkeit und einem Transparenzdefizit im Hinblick auf die Zugänglichmachung und Anzeige von Inhalten durch Medienintermediäre. Den Nutzern wird somit der Weg zu einer selbstbestimmten Entscheidung darüber, welche Daten erhoben oder welche Kriterien und Parameter bei der Anzeige von Inhalten Berücksichtigung finden sollen, verschlossen.

Die intransparenten Funktionsweisen der Medienintermediäre führen so zu einer Entmündigung der Nutzer, indem ihnen der Geltungsanspruch auf selbstbestimmte Entscheidung und Souveränität schon systembedingt abgesprochen wird. Dabei kann keinesfalls ausgeschlossen werden, dass durch die intransparente Funktionsweise gesamtgesellschaftliche Wirkungen erzeugt werden, wie die Verstärkung des status quo, gesellschaftliche Fragmentierung, Verstärkung von Meinungsströmungen und die Selbstbegräftigung sozialer Randgruppen.⁸⁰

77 Vgl. zur Bevorzugung privater Inhalte durch *Facebook* <https://meedia.de/2018/01/12/kampfansage-an-die-medien-facebook-aendert-seine-news-feed-regeln-und-bevorzugt-kuenftig-nutzer-postings/> (zuletzt abgerufen: 23.09.2019).

78 Hinweise darauf, wie die realtime Versteigerung von Anzeigenplätzen funktioniert finden sich etwa bei *Google* unter https://support.google.com/google-ads/answer/142918?hl=de&ref_topic=24937 (zuletzt abgerufen: 23.09.2019).

79 Vgl. *Martini*, Blackbox Algorithmus, S. 29.

80 *Hoffmann-Riem*, Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht, AÖR 2017, 1 (14).

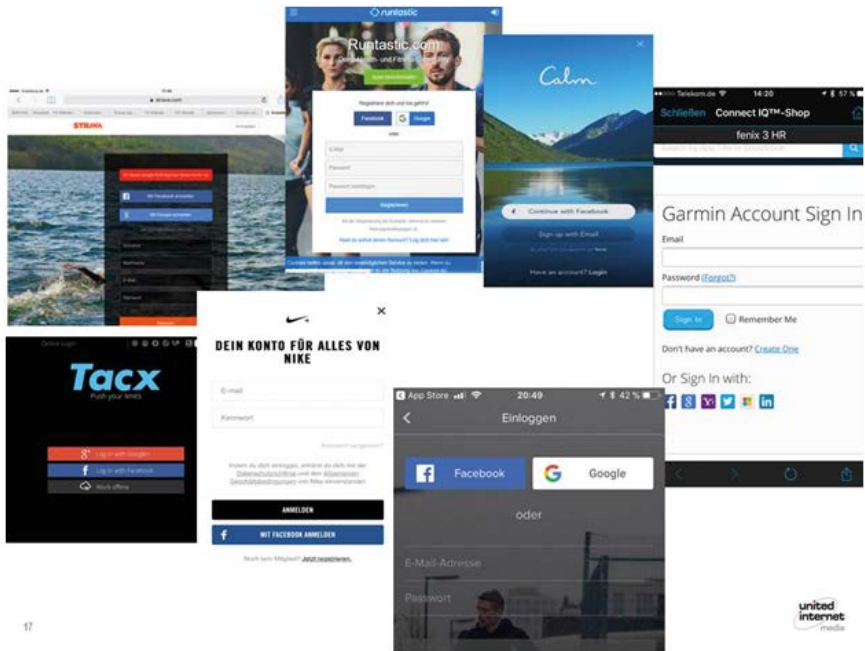
II. Intransparenz durch zentrale Datenhaltung

Medienintermediären kommt über den Zugang zum Nutzer über ihre sog. Single Sign-On (SSO)-Logins eine besondere Machtstellung zu. Single-Sign-On Dienste ermöglichen es den Nutzern über einen einzigen Authentifizierungsprozess Zugriff auf verschiedene Services, Dienste oder Apps zu erhalten.⁸¹ So können sich Nutzer etwa mit einem *Facebook*- oder *Google*-Account und dem jeweiligen Account-Passwort auch bei anderen Diensten anmelden. Aktuell erfolgt der Login zu Angeboten im Netz hauptsächlich über die SSO-Angebote von *Facebook*, *Google* und *Amazon*.⁸²

81 Vgl. dazu etwa *Luber/Schmitz*, Was ist Single Sign-On (SSO)? v. 03.08.2017 abrufbar unter <https://www.security-insider.de/was-ist-single-sign-on-sso-a-631479/> (zuletzt abgerufen: 23.09.2019); *Czernik*, Single Sign-On: Tipps beim Einsatz der Login-Technologie v. 22.07.2016, abrufbar unter <https://www.datenschutzbeauftragter-info.de/single-sign-on-tipps-beim-einsatz-der-login-technologie/> (zuletzt abgerufen: 23.09.2019); *Kleinz* v. 08.11.2018 auf [heise.de](https://www.heise.de/newsticker/meldung/NetID-Login-Allianz-startet-mit-60-Partnerseiten-4216340.html), <https://www.heise.de/newsticker/meldung/NetID-Login-Allianz-startet-mit-60-Partnerseiten-4216340.html> (zuletzt abgerufen: 23.09.2019). Eine kritische Betrachtung von SSO-Diensten findet sich unter <https://digitalcourage.de/blog/2019/single-sign-on-bequem-oder-gefährlich> (zuletzt abgerufen: 23.09.2019).

82 Davon ist jedenfalls aufgrund der derzeitigen Nutzerzahlen und der Omnipräsenz von *Google*, *Amazon* und *Facebook* auszugehen, vgl. dazu <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/37545/umfrage/anzahl-der-aktiven-nutzer-von-facebook/> (zuletzt abgerufen: 25.09.2019).

Abb.1: Aktuelle Praxis: Intransparenz durch „monopolisiertes“ Sign-on über GAFA (Datenhaltung im zentralen Datenpool der Medienintermediäre)



Quelle: Oetjen Präsentation netID

Auf dem Markt der SSO-Dienste sind Medienintermediäre wie *Facebook* und *Google* omniprésente Akteure.⁸³ Dies führt dazu, dass Medienintermediäre durch SSO-Dienste zahlreiche Nutzerdaten generieren und ihre Nutzerprofile auch über die Verknüpfungen der Dienste miteinander anreichern und dadurch Datenpools erstellen, die zentral von diesen verwaltet werden. Die Herrschaft über diese Datenpools üben sie dabei als Torwächter nach eigenen Wertentscheidungen aus und können über die Zugangsdaten zu einer Vielzahl von Zwecken auf immense Datenbestände zugreifen. Diese Stellung veranschaulicht Macht und Einfluss der Medienintermediäre in besonderer Weise.

⁸³ Das zeigen bereits die Nutzerzahlen von *Google* und *Facebook* (insgesamt knapp 3 Mrd.) abrufbar unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/37545/umfrage/anzahl-der-aktiven-nutzer-von-facebook/> (zuletzt abgerufen: 23.09.2019). Zu den Marktanteilen vgl. auch Pressemitteilung *BKartA* v. 07.02.2019, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html (zuletzt abgerufen: 23.09.2019) sowie *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 26.08.2019 – VI-Kart 1/19 (V).

Dieses Phänomen führt unabhängig von der faktischen Monopolisierung der Zugangsdatenerfassung aufgrund der damit verbundenen „zentralen Datenhaltung“ durch Medienintermediäre zusätzlich zu Intransparenz im Hinblick auf die Frage, welches Unternehmen beziehungsweise welche Stelle letztlich Daten der Nutzer verarbeitet und speichert. Denn Medienintermediäre sammeln eine Vielzahl von Daten (etwa personenbezogene Daten einschließlich Metadaten aber auch nicht-personenbezogene Daten) in ihren Datenpools, die sie sowohl im Rahmen der Nutzung der Dienste als auch über Verknüpfungen mit anderen Unternehmen und Diensteanbietern erhalten. Dabei werden die Daten – soweit ersichtlich – zentral auf einem Server gespeichert, verwaltet und insbesondere vermarktet.⁸⁴ Die genaue Art und Weise der Datenverarbeitung und -speicherung bleibt dabei für Nutzer intransparent.⁸⁵

Im Hinblick auf den Begriff einer zentralen Datenhaltung ist dabei zu differenzieren: Sofern Daten zur Gewährleistung der Sicherheit der Daten in einem „Daten-Safe“⁸⁶ zentral gespeichert werden, entsteht aus einer derartigen Wahrnehmung einer Treuhänder-Funktion kein Problem im Hinblick auf die Gewährleistung von Transparenz. Die spezifische Problemlage für die Sicherung von Transparenz folgt vielmehr daraus, dass das Selbstverständnis der Medienintermediäre nicht den Schutz der Daten durch eine zentrale Datenhaltung gewährleisten, sondern letztlich den Verkauf und Handel und insbesondere einen schnellen Zugriff auf die Daten ermöglichen soll.⁸⁷ Das Transparenzdefizit entsteht somit aus dem Zusammenspiel von zentraler Datenhaltung und den Zielen der Medienintermediäre, die diese mittels einer zentralen Datenhaltung verfolgen.

Diesem Missstand versucht die Praxis durch alternative SSO-Systeme entgegenzuwirken. Ansätze einer dezentralen Datenhaltung finden sich bereits bei

84 Vgl. dazu Pressemitteilung *BKartA* v. 07.02.2019, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html (zuletzt abgerufen: 23.09.2019) sowie *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 26.08.2019 – VI-Kart 1/19 (V).

85 Vgl. *Nocun*, Habe meine Daten runtergeladen: Was Facebook alles über mich weiß, hat mich schockiert, *FOCUS* v. 26.6.2018, https://www.focus.de/digital/experten/facebook-ich-wusste-dass-facebook-daten-speichert-doch-das-ausmass-hat-mich-erschreckt_id_9145326.html (zuletzt abgerufen: 23.09.2019).

86 Beispiel ist die DATEV, mehr dazu unter <https://safeshare-filesync.com/> (zuletzt abgerufen: 26.09.2019).

87 Zu den wiederholten Sicherheitsproblemen, die mit einer zentralen Datenhaltung einhergehen vgl. <https://www.wired.co.uk/article/facebook-hack-beach-single-sign-on-social-login> (zuletzt abgerufen: 25.09.2019).

den Log-in-Diensten wie *netID*⁸⁸ und *verimi*⁸⁹, die über einen zentralen Log-in die Nutzung einer Vielzahl von Diensten ermöglichen, dabei aber alle beteiligten Anbieter auf die Einhaltung von Transparenzvorgaben verpflichten.

Insoweit kann Transparenz durch dezentrale Datenhaltung der Medienintermediäre gefördert werden. Indem Nutzer Informationen darüber erhalten, welche Daten durch welchen Verantwortlichen verarbeitet und gespeichert werden, wird für Nutzer transparent, welchen Datenverarbeitungen sie unterliegen und welche Unternehmen zu welchen Zwecken ihre Daten erheben und verarbeiten.⁹⁰

Vor diesem Hintergrund könnte dem Transparenzdefizit dadurch abgeholfen werden, dass Medienintermediäre zwar im Rahmen ihrer Single Sign-On-Systeme nicht zur Einbindung des Angebots anderer Anbieter verpflichtet werden, da dies einen Konflikt mit Art. 12 und 14 GG darstellen würde, aber gleichwohl einer entsprechenden Hinweispflicht dergestalt unterliegen, dass sie auf andere Angebote dezentraler Datenhaltung hinweisen und die Kompatibilität der Systeme miteinander gewährleisten müssen. Dieser Ansatz liegt auf der Linie der EU-Kommission, die mangels Gewährleistung von Anbietervielfalt und wegen der (faktischen) Monopolisierung von Diensten *Google* dazu verpflichtet hat, das alternativlose Vorinstallieren der eigenen Dienste aktiv zu unterbinden.⁹¹

Eine dezentrale Datenhaltung ist somit im Hinblick auf die Förderung der Entscheidungs- und Auswahlfreiheit der Nutzer ein wichtiger Baustein zur Gewährleistung von Transparenz.

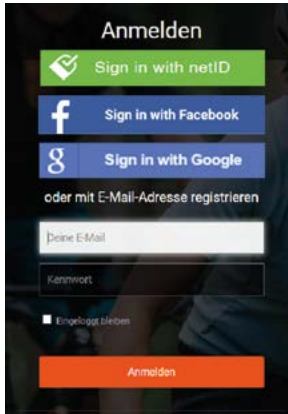
88 Vgl. dazu <https://netid.de> (zuletzt abgerufen: 25.09.2019).

89 Vgl. dazu <https://verimi.de/de> (zuletzt abgerufen: 25.09.2019).

90 Dazu <https://verimi.de/de/leitlinien> (zuletzt abgerufen: 25.09.2019).

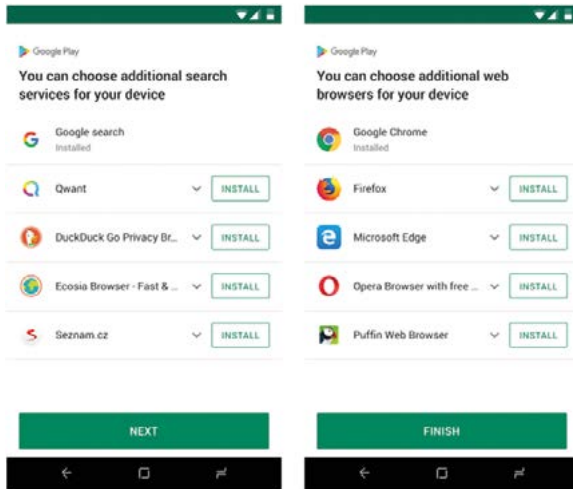
91 Vgl. Pressemitteilung der *Kommission* v. 18.07.2018, abrufbar unter https://ec.europa.eu/germany/news/20180718-kommission-google-android-strafe-von-434-milliarden-euro_e (zuletzt abgerufen: 25.09.2019).

Abb. 2: Vorschlag: Transparenz durch Hinweispflicht auf alternative SSO-Angebote (dezentrale Datenhaltung und Bruch des „Monopols“)



Quelle: Oetjen Präsentation netID

Abb. 3: Weiteres Beispiel für Hinweis auf alternative Angebote zur Wahrung der Auswahl- und Entscheidungsfreiheit der Nutzer.



Quelle: <https://www.blog.google/around-the-globe/google-europe/presenting-search-app-and-browser-options-android-users-europe/> (zuletzt abgerufen: 25.09.2019).

E. Zwischenergebnis: Notwendigkeit zur Schaffung von Transparenz

Zur Auflösung der oben genannten Blackbox-Problematik aufgrund bestehender Informationsasymmetrien sowie zur Abwendung von Gefahren für die ausgewogene und plurale Vielfalt können als erster Schritt nur Transparenzverpflichtungen der Medienintermediäre Abhilfe schaffen. Nur so können die algorithmischen Entscheidungen durch Medienintermediäre „verstanden und [rechtlich] legitimiert“⁹² werden. Den Nutzern müssen daher als Quelle von Erkenntnissen für Medienintermediäre und als Betroffene von Datenverarbeitungen Einblicke in die Funktionsweisen der Medienintermediäre gewährt werden. Dies ist nicht nur zum Erhalt der Souveränität des Einzelnen, sondern auch vor dem Hintergrund des übergeordneten Verfassungsgebots zur Gewährleistung einer freiheitlichen Ordnung durch ausgewogene und plurale Vielfalt unabdingbar.⁹³

Dabei ist die Möglichkeit des Verstehens der Systeme und Funktionsweisen durch die Nutzer maßgeblich für die rechtliche Legitimation des Betriebs der Systeme. Nur eine hinreichende Transparenz, die eine ausreichende Nachvollziehbarkeit und damit ein Verständnis der Nutzer bewirkt, kann insoweit den Betrieb der Dienste von Medienintermediären rechtfertigen.

Dabei ist auch der Individualität und Schutzbedürftigkeit besonderer Nutzergruppen ausreichend Rechnung zu tragen, indem sowohl die faktische als auch intellektuelle Möglichkeit des Systemverständnisses zu gewährleisten ist. So muss sich der Grad der Informationsvermittlung sowie die Art und Weise der Informationsgewährung nicht nur an dem Verständnishorizont des durchschnittlichen Nutzers orientieren, sondern auch die besonderen Bedürfnisse von Kindern oder Menschen mit Behinderung berücksichtigen. Erst dann, wenn es für alle Nutzergruppen möglich ist, das System nachvollziehen zu können, sind diese einer Rechtfertigung zugänglich.

92 Dazu *Schulz/Dankert*, Die Macht der Informationsintermediäre – Erscheinungsformen, Strukturen und Regulierungsoptionen, S. 75 abrufbar unter <https://library.fes.de/pdf-files/akademie/12408.pdf> (zuletzt abgerufen: 25.09.2019).

93 Vgl. *Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, Eine Medienordnung für Intermediäre – Das Zwei-Säulen-Modell zur Sicherung der Vielfalt im Netz, MMR 08/2019, 498 (500f).

Teil 3

Inhaltliche Reichweite der Transparenz

Fraglich ist, welche inhaltliche Reichweite Transparenzverpflichtungen beanspruchen können. Zu diesem Zweck wird im folgenden Abschnitt untersucht, welches Verständnis dem Begriff der Transparenz zugrunde zu legen ist und welches Anforderungsprofil sich daraus für Medienintermediäre herleiten lässt.

Zu klären sind insbesondere die rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen von Transparenzverpflichtungen. Dazu werden zunächst bestehende Ansätze zu den Zwecken von Transparenz dargelegt, um anschließend das rechtliche Anforderungsprofil für Medienintermediäre im Hinblick auf die Einhaltung von Transparenzvorgaben entwickeln zu können.

A. Bestehende Ansätze zu den Zwecken von Transparenz

Hinsichtlich des Begriffsverständnisses und den Regulierungszielen von Transparenz existieren verschiedene Ansätze.⁹⁴ Um ein Gesamtbild des Meinungsspektrums sowie ein einheitliches Bild möglicher Regulierungsziele der Transparenz zu erhalten, werden nachfolgend ausgewählte Ansätze näher betrachtet.⁹⁵

Die Untersuchung folgt dabei dem gedanklichen Aufbau zunächst abstrakte Regulierungsziele von Transparenzvorgaben herauszuarbeiten, um diese anschließend im Hinblick auf Medienintermediäre zu konkretisieren und in einen Kriterienkatalog zu überführen, der sowohl den Regelungszielen und gesetzgeberischen Zielsetzungen als auch den Besonderheiten der Funktionsweisen der algorithmischen Systeme der Medienintermediäre ausreichend Rechnung trägt.

94 Vgl. *Zweig*, Algorithmische Entscheidungen: Transparenz und Kontrolle, Analysen & Argumente Konrad-Adenauer-Stiftung Nr. 338 / Januar 2019, S. 8.

95 Die Ethik-Leitlinien für eine vertrauenswürdige KI der *Hochrangigen Expertengruppe für künstliche Intelligenz* der EU-Kommission, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/high-level-expert-group-artificial-intelligence> (zuletzt abgerufen: 30.09.2019) bleiben wegen ihres spezifischen Bezugs zu KI-Technologien bei der Untersuchung im Rahmen dieses Gutachtens außer Betracht.

I. Nutzerkompetenz, Beschwerderechte, Nachvollziehbarkeit

Nach einer Auffassung⁹⁶ dient Transparenz drei verschiedenen Zielsetzungen: Erstens der Ermöglichung eines Kompetenzaufbaus unter Anwendern, der eine angemessene Systemnutzung gewährleisten soll. Zweitens der Erklärung von Entscheidungen gegenüber Betroffenen, um diesen die Möglichkeit zu geben, gegen eine Entscheidung Beschwerde einzulegen oder ihr Verhalten anzupassen, um eine andere Entscheidung zu bewirken. Drittens verfolgt Transparenz das Ziel der Gewährleistungen von Nachvollziehbarkeit, indem die Überprüfung von algorithmischen Systemen ermöglicht wird.⁹⁷

II. Transparenz als Regulierungsinstrument und Mittel zur Rechtfertigung

Schulz/Dankert begreifen Transparenz insbesondere als mögliches Regulierungsinstrument.⁹⁸ „Mittels einer Verpflichtung zur Deklaration könnten [Betroffene] sich selbst bei der Formulierung ihrer Maximen begrenzen.“⁹⁹

Zudem könnten Transparenzverpflichten helfen, ein Problembewusstsein und eine Sensibilität für ein besonders schützenswertes Nutzervertrauen bei den Unternehmen zu schaffen.¹⁰⁰ Transparenz komme insofern eine hervorgehobene Rolle zu, da durch Transparenz die Entscheidungen verstanden und legitimiert werden könnten.¹⁰¹

III. Transparenz als Grundbedingung von Souveränität und Vertrauen

Martini begreift Transparenz, insbesondere im Hinblick auf die Regulierung algorithmischer Systeme als einen möglichen Regulierungsbaustein,¹⁰² da

96 Knobloch/Hustedt, in „Der Maschinelle Weg zum passenden Personal, Zur Rolle algorithmischer Systeme in der Personalauswahl“, Stiftung Neue Verantwortung, Juni 2019; Pasquale, Northwestern University Law Review 2010, 105 (156); i.E. wohl auch Heldt, CR 2018, 494 (499) und Gräfe, PinG 2019, 5 (11) zum Vorschlag der Nachvollziehbarkeit durch „Counterfactual Explanations“ vgl. Wachter/Mittelstadt/Russell, Harvard journal of law & technology 2017, 841–887.

97 Knobloch/Hustedt, Der maschinelle Weg zum passenden Personal, Bertelsmann Stiftung, S. 19.

98 Schulz/Dankert, Die Macht der Informationsintermediäre, S. 74 ff.

99 Schulz/Dankert, Die Macht der Informationsintermediäre, S. 74.

100 Schulz/Dankert, Die Macht der Informationsintermediäre, S. 74 f.

101 Schulz/Dankert, Die Macht der Informationsintermediäre, S. 75.

102 Martini, Kontrollsystem für algorithmische Entscheidungsprozesse, S.68 ff.

Intransparenz den Einzelnen nicht nur im Unklaren darüber [lasse], was im Maschinenraum einer Softwareanwendung mit seinen personenbezogenen Daten geschieht. Wer keine Kenntnis darüber [habe], auf welche Art und Weise eine Entscheidungen zustande kommt, die ihn betrifft, kann auch nicht abwägen, ob er die Risiken für seine Persönlichkeitsrechte eingehen soll, die sich mit einer softwarebasierten Auswertung verbinden.¹⁰³

Transparenz sei insofern nicht nur Mittel zur Gewährleistung der Souveränität des Einzelnen, sondern gleichsam eine Grundbedingung, um Vertrauen in informationstechnische Systeme aufzubauen und eine informierte Entscheidung treffen zu können.¹⁰⁴

IV. Zwischenergebnis: Zwecke von Transparenz

Aus diesen dargestellten Ansätzen lassen sich verschiedene Kernaussagen hinsichtlich der Zwecke von Transparenzverpflichtungen und -vorgaben ableiten. Daneben lassen sich besondere Voraussetzungen und Wirkungen von Transparenzvorschriften identifizieren.

Transparenz dient dazu eine informierte Entscheidung der betroffenen Personen fördern. Der Einzelne kann durch Transparenz in die Lage zu versetzt werden, eine selbstbestimmte Auswahlentscheidung zu treffen und Einfluss auf das Zustandekommen einer Entscheidung in der Zukunft zu nehmen. Die Schaffung von Transparenz ist damit unmittelbarer Ausdruck des Zugeständnisses von Souveränität.

Begreift man Transparenz ferner als Grundbedingung, um Vertrauen in informationstechnische Systeme aufzubauen und davon ausgehend eine informierte Entscheidung treffen zu können, so ist Transparenz die Grundlage für eine Nachvollziehbarkeit der Funktionsweise von algorithmischen Systemen durch seinen Nutzer.¹⁰⁵ Um diese Nachvollziehbarkeit auf Seiten des Nutzers zu erzeugen, benötigt er die dazu notwendigen Informationen.

Zum anderen kann Transparenz als Regulierungsinstrument zu einer Selbstverpflichtung der Anwender algorithmischer Systeme führen. Mittels einer Verpflichtung zur Deklaration ihrer Programmierungsgrundsätze können

¹⁰³ Martini, Blackbox Algorithmus, S. 176.

¹⁰⁴ Martini, Kontrollsystem für algorithmische Entscheidungsprozesse, S. 8; vergleichbar auch Tillmann/Vogt, VuR 2018, 477 (454) zu personalisierten Preisen.

¹⁰⁵ Martini, Kontrollsystem für algorithmische Entscheidungsprozesse, S. 12.

Anwender algorithmischer Systeme sich selbst begrenzen. Machen sie nach außen transparent, welchen Grundsätzen die Programmierung ihrer Systeme unterliegt, werden ihre Systeme dadurch mittelbar sowohl durch die rechtliche Verpflichtung gegenüber den Nutzern als auch durch ihr Vertrauen an diese Grundsätze gebunden. Darüber hinaus ermöglicht Transparenz die Kontrolle der transparent gemachten rechtlichen Grundlagen und Funktionsweisen durch Staat und Aufsicht und damit wesentliches Mittel zur Schaffung und zum Erhalt von Rechtskonformität.

Insoweit ist die Gewährleistung von Transparenz maßgeblich für die Legitimation des Handelns von Medienintermediären.

B. Bestehende Ansätze zur Gewährleistung von Transparenz bei Medienintermediären

Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden geprüft, inwiefern sich dieses Anforderungsprofil an Transparenz und entsprechender Vorgaben auf die Gewährleistung von Transparenz bei Medienintermediären übertragen und konkretisieren lässt.

Hierzu werden verschiedene Stellungnahmen und Ansätze untersucht, aus denen sich ein konkreter Katalog von Anforderungen hinsichtlich der Einhaltung von Transparenz bei Medienintermediären entwickeln lässt.

I. Google

Google hat sich als Medienintermediär in einer Stellungnahme zum Diskussionsentwurf des MStV-E zu den Funktionen und Anforderungen hinsichtlich Transparenzvorgaben geäußert.¹⁰⁶ Nach Auffassung von *Google* ist Transparenz über die maßgeblichen Funktionen der Suche die Basis für die Glaubwürdigkeit der Angebote und weiterhin dafür, dass Werbetreibende ihre Angebote so anpassen können, dass sie für den Nutzer optimal aufgefunden werden können.¹⁰⁷ Transparenzvorgaben müssten dementsprechend klar und angemessen sein.¹⁰⁸

106 Stellungnahme von *Google* zum Diskussionsentwurf zu den Bereichen Rundfunkbegriff, Plattformregulierung und Intermediäre – „Medienstaatsvertrag“, S. 5 und 29 ff. abrufbar unter https://www.rlp.de/fileadmin/rlp-stk/pdf-Dateien/Medienpolitik/Eingaben_Medienstaatsvertrag/Verbaende__Rundfunkbegriff_/Google.pdf (zuletzt abgerufen: 25.09.2019).

107 Stellungnahme von *Google* zum Diskussionsentwurf zu den Bereichen Rundfunkbegriff, Plattformregulierung und Intermediäre – „Medienstaatsvertrag“, S. 5 und S. 29.

108 Stellungnahme von *Google* zum Diskussionsentwurf zu den Bereichen Rundfunkbegriff,

Dagegen erzeugen nach Auffassung von *Google* zu weit gehende Transparenzverpflichtungen einen ungerechtfertigten Wettbewerbsnachteil für Diensteanbieter und bieten weiterhin unredlichen Webseitenanbietern die Möglichkeit, sich über Manipulation einen systemwidrigen Vorteil der Auffindbarkeit zu schaffen.¹⁰⁹ Dies widerspricht nach Ansicht von *Google* den eigentlichen Zielen der Medienregulierung.¹¹⁰

Die Verpflichtung, zentrale Kriterien von Algorithmen offenzulegen, begegnet aus Sicht von *Google* erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken.¹¹¹ Insbesondere sei zu berücksichtigen, dass Algorithmen als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der jeweiligen Diensteanbieter einzuordnen sind, die grundrechtlich nach Art. 12 und 14 GG und auf unionsrechtlicher Ebene nach Art. 15, 16 und 17 der Charta der Grundrechte (GRCh) geschützt sind.¹¹²

Die Verpflichtung, die Gewichtung der zentralen Kriterien offenzulegen, begegnet nach Aussage von *Google* gravierenden Schwierigkeiten in der Praxis, da es keine einheitliche Gewichtung der Relevanzkriterien gebe, sondern das Verhältnis der verschiedenen Datenpunkte des Algorithmus dynamisch sei und sich abhängig von der jeweiligen Suchanfrage unterschiedlich gestalte.¹¹³ Als Beispiel dafür wird angeführt, dass die Suchanfrage „Bundestag“ zu unterschiedlichen Zeitpunkten, etwa nach einer Wahl oder ohne vorhergegangenes Ereignis zu unterschiedlichen Ergebnissen führt.¹¹⁴

Gleichwohl zieht *Google* in Betracht „Informationen [über die zentralen Kriterien der eingesetzten Algorithmen] einem beschränkten Personenkreis zu offenbaren“.¹¹⁵ Dadurch gibt *Google* implizit zu verstehen, einer „qualifizierten

Plattformregulierung und Intermediäre - „Medienstaatsvertrag“, S. 5 und S. 30.

109 Stellungnahme von *Google* zum Diskussionsentwurf zu den Bereichen Rundfunkbegriff, Plattformregulierung und Intermediäre - „Medienstaatsvertrag“, S. 30.

110 Stellungnahme von *Google* zum Diskussionsentwurf zu den Bereichen Rundfunkbegriff, Plattformregulierung und Intermediäre - „Medienstaatsvertrag“, S. 5.

111 Stellungnahme von *Google* zum Diskussionsentwurf zu den Bereichen Rundfunkbegriff, Plattformregulierung und Intermediäre - „Medienstaatsvertrag“, S. 33.

112 Stellungnahme von *Google* zum Diskussionsentwurf zu den Bereichen Rundfunkbegriff, Plattformregulierung und Intermediäre - „Medienstaatsvertrag“, S. 30.

113 Stellungnahme von *Google* zum Diskussionsentwurf zu den Bereichen Rundfunkbegriff, Plattformregulierung und Intermediäre - „Medienstaatsvertrag“, S. 31 f.

114 Stellungnahme von *Google* zum Diskussionsentwurf zu den Bereichen Rundfunkbegriff, Plattformregulierung und Intermediäre - „Medienstaatsvertrag“, S. 32.

115 Stellungnahme von *Google* zum Diskussionsentwurf zu den Bereichen Rundfunkbegriff, Plattformregulierung und Intermediäre - „Medienstaatsvertrag“, S. 30.

Transparenz“¹¹⁶ im Sinne einer Offenlegung gegenüber bestimmten Stellen oder Gremien zustimmen zu wollen.¹¹⁷

Offen bleibt allerdings, ob und inwieweit Medienintermediäre wie *Google* die Dynamik der Relevanzkriterien aufzeigen können. So ist insbesondere zu klären, inwieweit Medienintermediäre eine Hinweispflicht dahingehend auferlegt werden kann, die Dynamik der Präsentation von Inhalten darzulegen. Im Hinblick auf die Gewährleistung von Transparenz ist dabei entscheidend, dass Nutzer Informationen darüber erhalten, inwieweit die Anzeige von Inhalten den personalisierten Nutzerinteressen folgt und damit „personenbezogen“ ist oder ob Inhalte aufgrund ihres Aktualitätsbezuges oder aufgrund eines besonderen Ereignisses eine höhere Relevanz beigemessen wird und inwieweit sich dies in der Ergebnisanzeige auswirkt.

Zudem kritisiert *Google* die vermeintliche Satzungsbefugnis der Landesmedienanstalten bei der Festlegung der Kriterien als dem Bestimmtheitsgebot widersprechend.¹¹⁸

II. Facebook

Der Medienintermediär *Facebook* hat sich ebenfalls in einem Positionspapier zum MStV-E zu den Zwecken und der Reichweite von Transparenzverpflichtungen geäußert.¹¹⁹ Das Ziel von *Facebook* sei es, seinen Nutzern die jeweils für sie persönlich relevantesten Inhalte anzuzeigen.¹²⁰ Dabei bemesse sich die Relevanz der Inhalte nach der Prognose der Relevanz für jeden einzelnen Nutzer. Das Prinzip des personalisierten Rankings gehöre zum Kern des Dienstes von Facebook und müsse möglich bleiben.¹²¹

116 *Pasquale*, Northwestern University Law Review 2010, 105 (162).

117 Zur Bedeutung für die in diesem Gutachten vorgeschlagenen intermediärsspezifischen Expertenräte vgl. die Ausführungen auf S. 152.

118 Stellungnahme von *Google* zum Diskussionsentwurf zu den Bereichen Rundfunkbegriff, Plattformregulierung und Intermediäre – „Medienstaatsvertrag“, S. 5 und 21 f. Zur Möglichkeit der Inanspruchnahme der Satzungsbefugnis vgl. die Ausführungen auf S. 149.

119 Positionspapier von *Facebook* zum Diskussionsentwurf zu den Bereichen Rundfunkbegriff, Plattformregulierung und Intermediäre „Medienstaatsvertrag“, abrufbar unter https://www.rlp.de/fileadmin/rlp-stk/pdf-Dateien/Medienpolitik/Eingaben_Medienstaatsvertrag/Verbaende_Intermediaere_Facebook.pdf (zuletzt abgerufen: 19.09.2019).

120 Positionspapier von *Facebook* zum Diskussionsentwurf zu den Bereichen Rundfunkbegriff, Plattformregulierung und Intermediäre „Medienstaatsvertrag“, S. 10.

121 Positionspapier von *Facebook* zum Diskussionsentwurf zu den Bereichen Rundfunkbegriff, Plattformregulierung und Intermediäre „Medienstaatsvertrag“, S. 5.

Eine Einschränkung würde einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die unternehmerische Freiheit von Medienintermediären bedeuten.¹²² Eine zu enge Auslegung der Verpflichtung, jede einzelne Änderung der Funktionsweisen anzuzeigen, wird abgelehnt.¹²³

Weiterhin hält es *Facebook* nicht für sinnvoll, der Öffentlichkeit detaillierte Informationen darüber zu geben, wie die dem News-Feed zugrundeliegenden Algorithmen funktionieren, stellt jedoch zentrale Kriterien für die Aggregation, Selektion und Präsentation von Inhalten vor.¹²⁴ Der Prozess des Rankings setzt sich dabei aus folgenden Elementen zusammen:

- Der Bestand, also die Summe aller verfügbaren Beiträge eines Nutzers,
- die Signale oder Datenpunkte, die die Ranking Entscheidungen beeinflussen können,
- die Prognose, die Facebook trifft, einschließlich der Einschätzung, wie wahrscheinlich die Interaktion des Nutzers mit dem Beitrag ist
- und die Relevanzbewertung jedes einzelnen Beitrags.

III. Bertelsmann Stiftung

Die *Bertelsmann Stiftung*¹²⁵ sieht drei verschiedene Ziele hinter dem Begriff der Transparenz (am Beispiel des Einsatzes von Algorithmen im Bereich der Personalauswahl):

- Die Ermöglichung eines Kompetenzaufbaus unter Anwendern, der eine angemessene Systemnutzung gewährleisten soll.
- Die Erklärung von Entscheidungen gegenüber Betroffenen, um diesen die Möglichkeit zu geben, gegen eine Entscheidung Beschwerde einzulegen oder ihr Verhalten anzupassen, um eine andere Entscheidung zu bewirken.
- Transparenz im Sinne von Nachvollziehbarkeit, die die Überprüfung von algorithmischen Systemen ermöglicht.¹²⁶

122 Positionspapier von *Facebook* zum Diskussionsentwurf zu den Bereichen Rundfunkbegriff, Plattformregulierung und Intermediäre „Medienstaatsvertrag“, S. 5.

123 Positionspapier von *Facebook* zum Diskussionsentwurf zu den Bereichen Rundfunkbegriff, Plattformregulierung und Intermediäre „Medienstaatsvertrag“, S. 3.

124 Positionspapier von *Facebook* zum Diskussionsentwurf zu den Bereichen Rundfunkbegriff, Plattformregulierung und Intermediäre „Medienstaatsvertrag“, S.11 f.

125 *Knobloch/Hustedt*, Der Maschinelle Weg zum passenden Personal, Zur Rolle algorithmischer Systeme in der Personalauswahl, Stiftung Neue Verantwortung, Juni 2019, S. 19, abrufbar unter https://www.stiftung-nv.de/sites/default/files/snv_robo_recruiting.pdf (zuletzt abgerufen: 26.09.2019).

126 *Knobloch/Hustedt*, Der Maschinelle Weg zum passenden Personal, Zur Rolle algorithmischer

Die ersten beiden Ziele können demnach nicht durch das Offenlegen der Programmiercodes erreicht werden, sondern durch die Vermittlung der der Entscheidung zugrunde liegenden Kriterien.¹²⁷ Die Nachvollziehbarkeit als drittes Ziel kann eine Überprüfung der Systeme von außen in einigen Fällen durch einen Zugriff auf Programmiercode und Trainingsdaten notwendig machen.¹²⁸

IV. Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages

Der *Wissenschaftliche Dienst des Deutschen Bundestages*¹²⁹ geht in Anknüpfung an § 53d des MStV-E davon aus, dass Medienintermediäre Informationen offenlegen müssen über

- die grundlegenden Kriterien des Algorithmus, die über den Zugang und Verbleib von Inhalten entscheiden;
- die zentralen grundlegenden Maximen und ihrer Gewichtung bei der Auswahl,
- einschließlich Informationen über die Funktionsweise der verwendeten Algorithmen in verständlicher Sprache sowie über Änderung dieser Kriterien
- leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar halten.¹³⁰

Es müsse demgegenüber nicht der gesamte Algorithmus offengelegt werden, der als Geschäftsgeheimnis der Anbieter rechtlich geschützt ist, aber dessen grundlegende Kriterien.¹³¹

Systeme in der Personalauswahl, Stiftung Neue Verantwortung, Juni 2019, S. 19.

127 Knobloch/Hustedt, Der Maschinelle Weg zum passenden Personal, Zur Rolle algorithmischer Systeme in der Personalauswahl, Stiftung Neue Verantwortung, Juni 2019, S. 20.

128 Knobloch/Hustedt, Der maschinelle Weg zum passenden Personal, Zur Rolle algorithmischer Systeme in der Personalauswahl, Stiftung Neue Verantwortung, Juni 2019, S. 19.

129 Deutscher Bundestag, Ausarbeitung Wissenschaftliche Dienste: „Regulierung von Intermediären, Möglichkeiten und Auswirkungen der Regulierung im Hinblick auf Medienvielfalt, WD 10-3000-062/18, S. 17, Abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/591830/c58874d515f02deedc34ff18727ce12/WD-10-062-18-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen: 26.09.2019).

130 Deutscher Bundestag, Ausarbeitung Wissenschaftliche Dienste: „Regulierung von Intermediären, Möglichkeiten und Auswirkungen der Regulierung im Hinblick auf Medienvielfalt, WD 10-3000-062/18, S. 17.

131 Deutscher Bundestag, Ausarbeitung Wissenschaftliche Dienste: „Regulierung von Intermediären, Möglichkeiten und Auswirkungen der Regulierung im Hinblick auf Medienvielfalt, WD 10-3000-062/18, S. 17.

V. bitkom

Auch nach Ansicht des bitkom¹³² ist zu beachten, dass die im Rahmen von Transparenzverpflichtungen preiszugebenden Informationen Geschäftsgeheimnisse enthalten könnten.¹³³ Keinesfalls sollten konkrete Algorithmen verpflichtend offenzulegen sein, da sie in vielen Fällen einen Kern des Geschäftsmodells eines Anbieters darstellen.¹³⁴ Vielmehr sollte allenfalls die Veröffentlichung generischer, nicht detaillierter Informationen erforderlich sein und dies auch im Wortlaut festgehalten werden.¹³⁵

VI. Martini

Martini begreift Transparenz insbesondere als einen möglichen Regulierungsbaustein mit Blick auf die Regulierung algorithmischer Systeme.¹³⁶

*Entscheidungsergebnisse einer Softwareanwendung [seien] für einen Nutzer nicht schon dann vollständig nachvollziehbar, wenn er ex ante abstrakte Informationen zu den wesentlichen Entscheidungsparameter [erhalte]. Verstehen [können] er sie vielmehr erst dann, wenn er Gründe dafür [erkennen könne], warum das System in seinem konkreten Fall so und nicht anders entschieden [habe]. Dazu [müsse] der Verantwortliche nicht nur die Funktionsweise des algorithmenbasierten Entscheidungsprozesses allgemein beschreiben. Vielmehr [müsse] er das individuelle Ergebnis nachvollziehbar machen, nach dem es ergangen ist.*¹³⁷

Denn erst eine Begründung lasse den Betroffenen so weit in die Blackbox hineinblicken, wie es erforderlich und angemessen ist, um die Grundlagen der Entscheidung nachvollziehen und sie gegebenenfalls anfechten zu können.¹³⁸

Durch Information, also die Kenntnis darüber, auf welche Art und Weise eine Entscheidung zustande kommt, die eine Person betrifft, kann nach *Martini*¹³⁹

132 Stellungnahme *bitkom* v. 28. Sept. 2018 zum MStV-E, S. 58 abrufbar unter <https://www.bitkom.org/sites/default/files/file/import/20180929-Medienstaatsvertrag-Bitkom-Stellungnahme.pdf> (zuletzt abgerufen: 25.09.2019).

133 Stellungnahme *bitkom* v. 28. Sept. 2018 zum MStV-E, S. 58.

134 Stellungnahme *bitkom* v. 28. Sept. 2018 zum MStV-E, S. 58 und 64.

135 Stellungnahme *bitkom* v. 28. Sept. 2018 zum MStV-E, S. 58 und 64.

136 *Martini*, Kontrollsystem für algorithmische Entscheidungsprozesse, S. 68 ff.

137 *Martini*, Kontrollsystem für algorithmische Entscheidungsprozesse, S. 12.

138 *Martini*, Kontrollsystem für algorithmische Entscheidungsprozesse, S. 12.

139 *Martini*, Blackbox Algorithmus, S. 176 ff.

abgewogen werden, ob etwaige Risiken eingegangen werden, die im Zusammenhang mit der softwarebasierten Auswertung stehen.

Informationspflichten für algorithmenbasierte Entscheidungen bestünden demnach sowohl vor als auch nach der Verarbeitung und ergäben sich aus Art. 13 Abs. 2 lit. f; Art. 14 Abs. 2 lit. g und Art. 15 Abs. 1 lit. h DS-GVO.¹⁴⁰

Vorher: (ex ante)

Kennzeichnungspflicht („Ob“): Nur wer weiß, dass einem Angebot, das er in Anspruch nimmt, algorithmisch gesteuerte Auswertungen und Entscheidungsmuster zugrunde liegen, kann sein Verhalten danach ausrichten. Verbraucherschützende Informationspflichten sollten sich daher auch auf den Umstand erstrecken, dass Softwareanwendungen zum Einsatz kommen.

Erläuterungspflicht („Wie“): Reguliert unter anderem durch Art. 13 Abs. 2 lit. f, 14 Abs. 2 lit. g und Art. 15 Abs. 1 lit. h DS-GVO. Dem Verantwortlichen wird die Pflicht auferlegt, Betroffenen aussagekräftige Informationen sowohl über die involvierte Logik und die Tragweite, als auch über die angestrebten Auswirkungen einer vollständig automatisierten Verarbeitung an die Hand zu geben.¹⁴¹

Nachher: (ex post)

Nach der Verarbeitung besteht unter anderem eine Begründungs- und Auskunftspflicht gegenüber dem Betroffenen, die sich aus Art. 15 DS-GVO ergibt. Eine inhaltliche Orientierungshilfe für das Ausmaß der Begründungspflicht weist § 39 Abs. 1 S. 2 VwVfG auf: Der Betroffene muss die wesentlichen Gründe nachvollziehen können, die zu der konkreten Entscheidung geführt haben.¹⁴²

Dabei ist *Martini* dahingehend zuzustimmen, dass es hierfür zunächst ex ante Informationen über die grundsätzliche Funktionsweise der algorithmischen Systeme bedarf. Um eine Entscheidung im Sinne einer Nachvollziehbarkeit überprüfbar zu machen und den Einzelnen damit in die Lage zu versetzen eine Auswahlentscheidung zu treffen oder Einfluss auf das Zustandekommen einer Entscheidung in der Zukunft zu haben, bedarf es für den Nutzer eine Erklärung der Entscheidung im Nachgang derselbigen (ex post).

¹⁴⁰ *Martini*, Blackbox Algorithmus, S. 176.

¹⁴¹ *Martini*, Blackbox Algorithmus, S. 177.

¹⁴² *Martini*, Blackbox Algorithmus, S. 189 f.

VII. Paal

Für Paal¹⁴³ ist die Schaffung der informationsbezogenen Grundlagen für eine qualifizierte Ausübung der Handlungs- und Auswahlfreiheit der Nutzer entscheidend.¹⁴⁴ Dabei sind die zum Nachteil der Nutzer bestehenden Informationsdefizite durch

- die Benennung der Kriterien zur Sortierung, Anordnung und Abbildung von Inhalten
- sowie die Kennzeichnung eigener Inhalte
- aufzulösen oder jedenfalls abzubauen.¹⁴⁵

Zur Umsetzung dessen könnte es erforderlich sein, erweiterte Kennzeichnungs- und Transparenzpflichten für Algorithmen umzusetzen.¹⁴⁶

Demgegenüber ist die Offenlegung der Auswahl- und Suchalgorithmen von Medienintermediären nach Auffassung von Paal nicht zu empfehlen, da sonst die grund- und verfassungsrechtlich geschützten Interessen der Betreiber in nicht verhältnismäßiger Weise gefährdet würden.¹⁴⁷ Denn dem Interesse der Nutzer an hinreichender Transparenz stünden die Interessen der Medienintermediäre an der entsprechenden Geheimhaltung gegenüber, das durch eine öffentliche Transparenz der Algorithmen nicht unerheblich gefährdet wäre.¹⁴⁸

VIII. Dörr

Nach Ansicht von Dörr¹⁴⁹

sollten Anbieter von Intermediären auch dazu verpflichtet werden, Angaben darüber zu machen, welchen Einfluss personenbezogene Daten des

143 Paal, Intermediäre: Regulierung und Vielfaltssicherung; ders. Fragen der Regulierung von sozialen Netzwerken, Suchmaschinen, Instant-Messengern und Videoportalen, MMR 2018, 567 (571).

144 Paal, Intermediäre: Regulierung und Vielfaltssicherung, S. 33.

145 Paal, Intermediäre: Regulierung und Vielfaltssicherung, S. 33.

146 Paal, Intermediäre: Regulierung und Vielfaltssicherung, S. 33 unter Hinweis auf Drexl, MPIIC Research Paper No. 16-16, S. 24, 28; Schulz/Dankert, Die Macht der Informationsintermediäre, 2016, S. 74 f.

147 Paal, Intermediäre: Regulierung und Vielfaltssicherung, S. 33.

148 Paal, Intermediäre: Regulierung und Vielfaltssicherung, S. 33.

149 Dörr, Die regulatorische Relevanz der Organisation massenhafter Individualkommunikation, unter besonderer Berücksichtigung der Sicherung der Meinungsvielfalt, Die Medienanstalten, Saarbrücken, 04.06.2019.

Nutzers sowie das vergangene Nutzungsverhalten auf die Aggregation, Selektion und Präsentation von Inhalten haben.¹⁵⁰

Hier bliebe zu konkretisieren, welche Angaben über welche Einflüsse dies in der Praxis sein könnten (vgl. dazu ab S. 160).

IX. Zwischenergebnis zur Gewährleistung von Transparenz bei Medienintermediären

Wie dargestellt kann Transparenz die Nachvollziehbarkeit des Zustandekommens von Entscheidungen für Nutzer und Externe fördern.

Überträgt man den Gedanken der Nachvollziehbarkeit auf die Angebote der Medienintermediäre könnte dort Transparenz über die Selektion, Aggregation und Präsentation der Inhalte sowohl den Nutzer als auch Externe in die Lage versetzen zu verstehen, nach welchen Prinzipien und in welcher Art und Weise die Inhalte zusammengestellt werden, die durch die Medienintermediäre zugänglich gemacht werden. In Betracht kommen dazu insbesondere grafische Darstellungen, welche Datenpunkte bei der Generierung von Inhalten in der Ergebnisanzeige mitgewirkt haben oder inwiefern das Nutzerverhalten Einfluss auf die Präsentation der Inhalte hat (vgl. dazu die Best-Practice-Hinweise auf S. 85). Dadurch wird die Entscheidungshoheit des Einzelnen gefördert. Versteht der Nutzer, nach welchen Maßgaben die Selektion, Aggregation und Präsentation von Inhalten dem Grundsatz nach erfolgt und bekommt er eine Erklärung darüber, warum ihm welcher Inhalt zugänglich gemacht wurde, kann er eine darauf beruhende informierte Entscheidung treffen. Der Nutzer wird so in die Lage versetzt, beispielsweise entscheiden zu können, ob er einen Medienintermediär weiterhin nutzt oder nicht. Wer weiß, wie Medienintermediäre den Zugang zu Inhalten vermitteln, der verzichtet möglicherweise zugunsten anderer Inhalte auf Medienintermediäre und greift auf andere Informationsquellen zurück. So wie Nutzern etwa Informationen über Inhaltsstoffe eines Lebensmittels gewährt werden, so müssen Medienintermediäre ebenfalls entsprechend informieren und so der Auswahl- und Entscheidungsfreiheit der Nutzer hinreichend Rechnung tragen.

¹⁵⁰ Dörr, Die regulatorische Relevanz der Organisation massenhafter Individualkommunikation, unter besonderer Berücksichtigung der Sicherung der Meinungsvielfalt, S.47.

Verstehen

Transparenz bietet aber auch die Grundlage für eine souveräne Auseinandersetzung des Einzelnen mit den ihm präsentierten Inhalten. Ein vertieftes Verständnis der Nutzer über die Funktionsweise der Selektion, Aggregation und Präsentation von Inhalten durch Medienintermediäre, kann dem Einzelnen dabei unterstützen die Relevanz eines präsentierten Inhalts und der damit vermittelten Information einzuschätzen.

Verhaltensanpassung

Zum anderen kann Transparenz mit Blick auf die Vielfaltsicherung dahingehend wirken, dass die potentielle Einflussnahme großer Anbieter auf den Meinungsbildungsprozess abgeschwächt werden könnte. Machen Medienintermediäre die Logik, die hinter der Selektion-, Aggregation- und Präsentation einzelner Inhalte steht, nach außen kenntlich, so sind auch Abweichungen von diesen Maximen erkennbar. Dies würde eine Überprüfung und externe Kontrolle ermöglichen.

Motivation der Anzeige

Um dem Nutzer eine unbefangene Meinungsbildung zu ermöglichen ist es notwendig zu erkennen, ob und welche Interessen hinter der Präsentation der Inhalte stehen. Derzeit bleibt es weitgehend unklar, wie das Auswahlergebnis zustande kommt und welchen Einfluss wirtschaftliche Interessen oder die statistisch ermittelte Nutzerpräferenzen auf die Darstellungsweise haben.¹⁵¹

Transparenzverpflichtungen könnten damit die Überwindung des derzeitigen Informationsdefizits bewirken, wie es sich für Externe aus der oben beschriebenen „Blackbox-Problematik“ ergibt. Wer weiß, warum ihm welche Inhalte und Beiträge angezeigt werden, erhält die notwendige Grundlage, um sich eine Meinung bilden zu können. Eine Zusammenschau aller Inhalte, deren Herkunft, Selektionsgründe, Präsentations- und Aggregationsmerkmale transparent sind, bietet so die Grundlage einer freien und ungestörten Meinungsbildung. Wer weiß warum er etwas sieht, der kann die Information einordnen und erhält die Grundlage sich ein vielfältiges Bild zu verschaffen.

In der Literatur wird somit zu Recht der Standpunkt vertreten, dass es der erhebliche Einfluss von Medienintermediären auf die öffentliche Meinungsbildung

151 Vgl. *Martini*, Blackbox Algorithmus, S. 222.

rechtfertigt, den Medienintermediären ein gesteigertes Maß an Transparenz über die Mechanismen der Präsentation von Inhalten abzuverlangen.¹⁵²

Es gilt somit einen Kriterienkatalog zu entwickeln, welche Anforderungen an Transparenzvorgaben in Bezug auf Medienintermediäre zu stellen sind, damit sie die oben herausgearbeiteten Wirkungen mit Blick auf die Vielfaltssicherung erzielen können.

Grundvoraussetzung ist, dass Informationen darüber zur Verfügung stehen, nach welchen Prinzipien die Aggregation, Selektion und Präsentation der Inhalte durch Medienintermediäre erfolgt. Insbesondere kommt es hierbei auf die Gewichtung der Einflussfaktoren an. Die Darstellung der Gewichtung der einzelnen Einflussfaktoren auf die Aggregation und Präsentation der Inhalte wird zumeist erst nach dem Zustandekommen der Präsentation möglich sein.

Aus dieser Gesamtbetrachtung und Analyse verschiedener Ansätze lassen sich somit folgende Leitlinien definieren, die im Rahmen von Transparenzvorgaben für Medienintermediäre handlungsleitend sind:

- Transparenzvorgaben müssen sich an dem Ziel orientieren, dem Einzelnen zum Erhalt seiner Souveränität und Selbstbestimmung eine informierte Entscheidung und selbstbestimmte Auswahlentscheidung zu ermöglichen. Dies setzt im Kern die Nachvollziehbarkeit der Funktionsweise von algorithmischen Systemen voraus.
- Formelle Vorgaben: Dies umfasst in formeller Hinsicht jedenfalls, dass die Informationen über die Funktionsweise des algorithmischen Systems sprachlich klar und angemessen sowie leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar sein müssen.
- Insofern ist zur Gewährleistung von Transparenz zu fordern, dass die den Nutzern gewährten Informationen zur Funktionsweise der Systeme sprachlich so gefasst sind, dass sie jedermann verstehen und deren Bedeutungsgehalt und Inhalt leicht erfassen kann.

152 Vgl. etwa *Martini*, Blackbox Algorithmus, S. 222; *Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, Eine Medienordnung für Intermediäre – Das Zwei-Säulen-Modell zur Sicherung der Vielfalt im Netz, in MMR 08/2019, 498 (500 f.); *Paal/Hennemann*, Meinungsvielfalt im Internet - Regulierungsoptionen in Ansehung von Algorithmen, Fake News und Social Bots, ZRP 2017, 76 (77); *Pasquale*, Northwestern University Law Review 2010, 105 (162); *Wachter/Brent/Mittelstadt*, Counterfactual Explanations without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR, Harvard Journal of Law & Technology 31 (2).

- Entscheidend ist dabei auch die leichte visuelle Erkennbarkeit. Dies kann auch die Benutzung von Grafiken, Mind-Maps, Piktogrammen oder sonstigen Illustrationen zur optischen Wahrnehmung und Verdeutlichung der Funktionsweisen mit einschließen (vgl. hierzu die Best-Practice-Hinweise auf S. 85).
- Darüber hinaus müssen die Erläuterungen und Informationen im Rahmen des Dienstes so platziert sein, dass der einzelne Nutzer ohne großen Aufwand und ohne wesentliche Zwischenschritte Zugang zu den notwendigen Informationen erhält. Hier bietet sich insbesondere eine Anknüpfung an die sog. „Zwei-Klick-Regel“ des BGH¹⁵³ zur Erkennbarkeit und Erreichbarkeit eines Impressums bei einem Anbieter im Internet an.
- Materielle Vorgaben: Materielle Vorgaben hinsichtlich der inhaltlichen Ausgestaltung von Transparenzverpflichtungen haben sich an der Notwendigkeit zu orientieren, den Nutzern eine selbstbestimmte Entscheidung im Hinblick auf die Funktionen und Funktionsweisen von Medienintermediären zu ermöglichen.
- Dies beinhaltet, dass die von den Medienintermediären transparent gemachten Informationen nicht nur dem Kompetenzaufbau der Nutzer bei der Nutzung der Systeme unterstützen muss, sondern gleichzeitig so detailliert und umfangreich sein müssen, dass der Einzelne seine ihm zustehenden Rechte (insbes. Beschwerderechte, Widerspruchsrechte, Unterlassungs- oder Löschanträge) gegenüber den Medienintermediären ausüben kann und insofern eine Rechtswahrnehmung möglich ist. In materieller Hinsicht umfasst dies die Preisgabe von Informationen über:
 - die zentralen Kriterien und Funktionsweisen der eingesetzten Such- und Auswahlalgorithmen (z.B. die Benennung einzelner definierter Relevanzkriterien, der in einen Algorithmus überführen Handlungsvorschriften oder Aufzählung der wesentlichen Grundannahmen, die zur Präsentation von Inhalten führen)
 - die Kennzeichnung und zumindest beispielhafte Aufführung der algorithmischen Entscheidungs- und Empfehlungssysteme sowie zumindest eine Auswahl der angewandten Filtermethoden (z.B. content-based-filtering, context-based-filtering etc.)

153 Vgl. dazu etwa BGH, Urt. v. 20.7.2006 – I ZR 228/03 = NJW 2006, 3633.

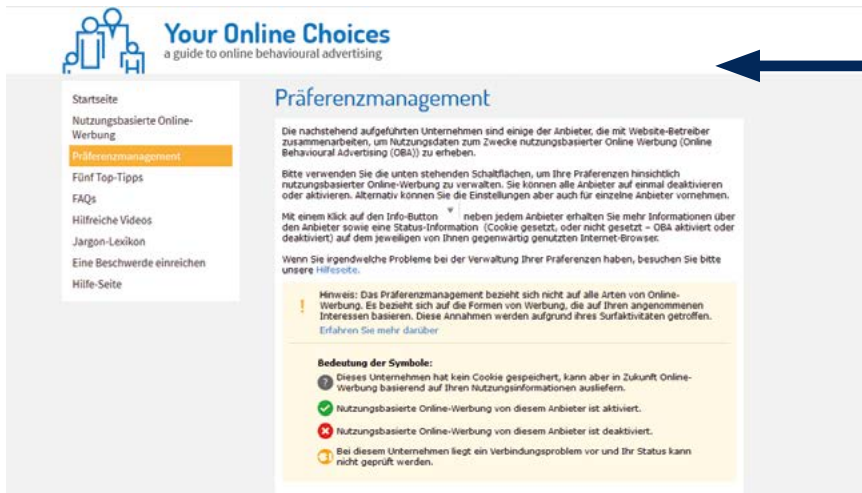
- die (zumindest teilweise) Offenlegung der Kriterien der Gewichtung von Relevanzkriterien (z.B. anhand von Verwendungsnachweisen, wie etwa i.R.d. Browser-Plugins *Lightbeam*, vgl. dazu unten S. 133)
- Funktion für Prognoseentscheidung zu Bewertung der Relevanz von Inhalten zumindest exemplarisch offenlegen
- Prinzip und Funktionsweise des personalisierten Rankings im Überblick (z.B. einzelne Verwendungsnachweise erhobener Daten i.S.d. Browser-Plugin *Lightbeam*, vgl. unten S. 133)
- Auflistung der in die algorithmischen Entscheidungen einfließenden Datenpunkte mit hinreichendem Detailgrad, einschließlich Beispielen für algorithmische Auswertungen (z.B. Rechtschreibfehler, Zeigerbewegungen, Likes, Klicks, Suchverhalten, Metadaten (bes. von Dritten über SSO erlangte), Uhrzeit, Standorte etc.); nicht ausreichend ist der Hinweis auf die bloße „Auswertung des Nutzerverhaltens“ oder ähnliche pauschale Hinweise
- Verfahren der Relevanzbewertung jedes einzelnen Beitrags beispielhaft und im Überblick darlegen
- gegebenenfalls erweiterte Kennzeichnungs- und Transparenzpflichten bei meinungsrelevanten Inhalten (insbes. eigene Inhalte und Entscheidungen von Medienintermediären kennzeichnen sowie maschinelle Entscheidungen (z.B. automatisierte und personalisierte Preisbildung)
- im Hinblick auf die Nutzung von Single-Sign-On-Systemen (SSO): Medienintermediäre, die Single-Sign-On-Dienste anbieten (z.B. *Google* und *Facebook*, vgl. oben S. 63) können Transparenz insbesondere dadurch gewährleisten, dass sie die Datenhaltung an andere Diensteanbieter delegieren, die wiederum die Nutzer, z.B. entsprechend der DS-GVO, informieren müssen; letztlich wird durch eine derartige Auflösung des Datenpools bei Medienintermediären transparent, welches Unternehmen welche Daten im Rahmen ihrer Systeme verarbeitet; so könnte auch in dem spezifischen Bereich des Angebots von SSO die Funktionsweise von Medienintermediären hinreichend transparent gemacht werden; dieses Modell einer zentralen Datenhaltung verfolgen auch andere SSO-Dienste, wie etwa *verimi* oder *netID* (zudem ggf. Hinweispflicht der Medienintermediäre auf alternative SSO-Anbieter)
- Verfahrensvorgaben: Benennung einer Beschwerde- und Kontaktstelle (vgl. § 5 NetzDG)

Hierbei sind die Informationen sowohl aus einer ex-ante Perspektive als auch ex-post zur Verfügung zu stellen. Nur so kann hinreichende Transparenz für Nutzer gewährleistet werden.

X. Anwendungsbeispiele und Best-Practice-Hinweise

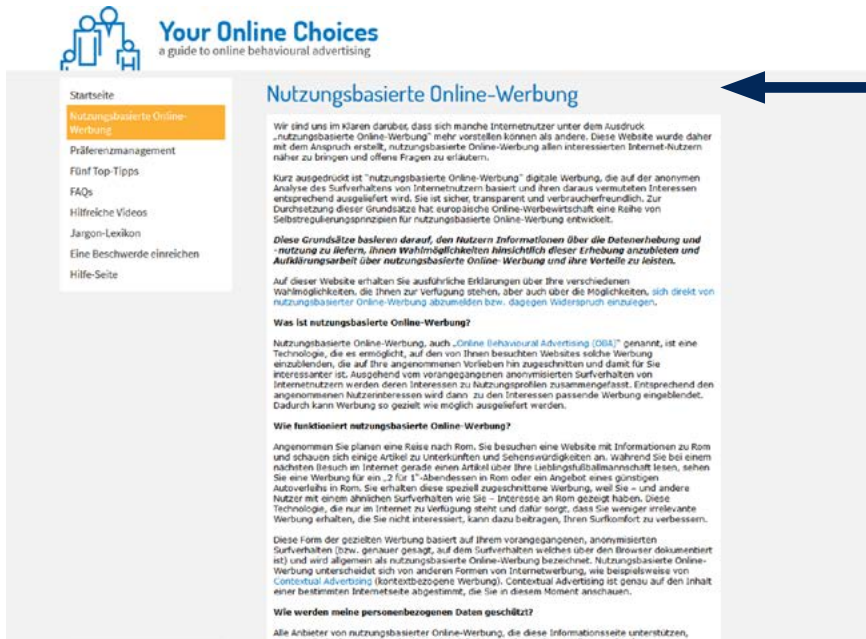
Im Folgenden soll anhand von Anwendungsbeispielen dargelegt werden, wie diese Transparenzvorgaben umgesetzt werden könnten. Hierbei dienen die Abbildungen insbesondere der Illustration, wie den formellen Transparenzvorgaben in der Praxis Rechnung getragen werden könnte.

Abb. 4: Your Online Choices Bildschirmfoto



Quelle: <http://www.youronlinechoices.com/de/praeferenzmanagement/> (zuletzt abgerufen: 30.09.2019).

Abb. 5: Your Online Choices Bildschirmfoto (2)



Quelle: <http://www.youronlinechoices.com/de/uber-oba/> (zuletzt abgerufen: 30.09.2019).

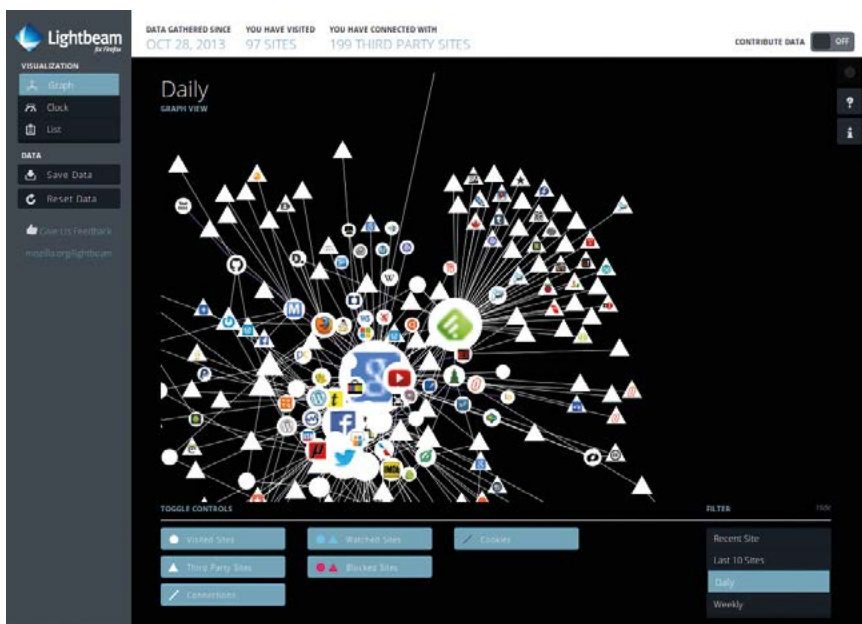
Erläuterung und Analyse:

Diese Übersicht ist über ein Browser-Fenster abrufbar, das Google unaufgefordert, aber unvorhersehbar für Nutzer, bei der Nutzung des Dienstes öffnet und anzeigt. Im Hinblick auf die Einhaltung und Gewährleistung von Transparenz ist hier anzumerken, dass etwa eine Anzeige „einiger der Anbieter, die mit [Google] zusammenarbeiten, um Nutzungsdaten zum Zwecke der nutzungsbasierten Online-Werbung zu erheben“ hilfreich ist, um dem Nutzer darzulegen, welche Unternehmen die personenbezogenen Daten der Nutzer zu Werbezwecken verarbeiten. Ferner ist die beispielhafte Funktionsweise nutzungsbasierter Werbung anhand des Beispiels einer „Rom-Reise“ (vgl. Abb. 2 Abs. 6) unter Transparenzgesichtspunkten positiv zu bewerten. Ein ähnliches Modell findet sich bei Facebook in der Ad Library.¹⁵⁴

¹⁵⁴ Zur Ad Library von Facebook vgl. https://www.facebook.com/ads/library/?active_status=all&ad_type=political_and_issue_ads&country=DE (zuletzt abgerufen: 30.09.2019).

Problematisch ist allerdings zum einen, dass diese Übersicht – soweit ersichtlich – nur mittels wesentlicher Zwischenschritte und nach langer Suche auffindbar ist. Darüber hinaus reicht im Hinblick auf die Vielzahl der erhobenen Daten der bloße Verweis auf „Nutzerdaten“ nicht aus. Notwendig ist zumindest die beispielhafte Benennung einiger Datenkategorien. Sofern nutzungsbasierte Online-Werbung als „anonyme Analyse des Surfverhaltens“¹⁵⁵ bezeichnet wird, kann dies datenschutzrechtlich nicht überzeugen. Ferner ist zu beachten, dass derartige Anzeigen lediglich Transparenz im Hinblick auf die Platzierung von Werbeanzeigen in der Ergebnisanzeige oder im News-Feed der Nutzer haben, aber keinen Aufschluss darüber geben, weshalb inhaltliche Beiträge den Nutzern präsentiert werden. Eine derartige Anzeige bedürfte es daher auch für die Anzeige von nicht-werbebezogenen Inhalten und Beiträgen.

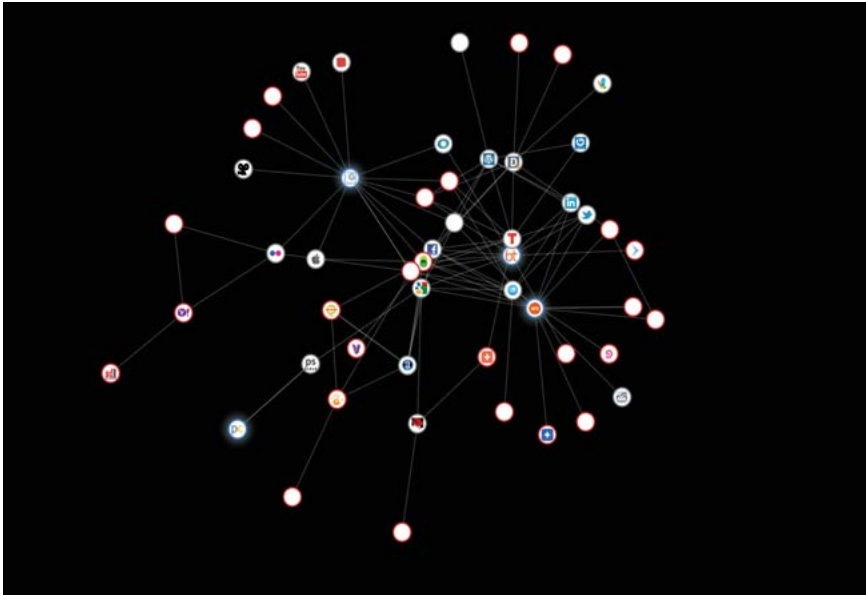
Abb. 6: Bildschirmfoto des Browser-Plug-Ins *Lightbeam*



Quelle: <https://lwn.net/Articles/571992/> (zuletzt abgerufen: 30.09.2019).

155 Vgl. dazu zur Erläuterung der Nutzungsbasierten Online-Werbung von Google aus Abb. 5.

Abb. 7: Bildschirmfoto des Browser-Plug-Ins *Lightbeam* (2)



Quelle: [https://de.wikipedia.org/wiki/Lightbeam#/media/Datei:Collusion_\(6943095191\).jpg](https://de.wikipedia.org/wiki/Lightbeam#/media/Datei:Collusion_(6943095191).jpg)
(zuletzt abgerufen: 30.09.2019).

Erläuterung und Analyse:

Die Abbildungen 3 und 4 zeigen die Funktionsweise des Browser-Plug-Ins *Lightbeam* für *Mozilla Firefox*, das grafisch darstellt, wie mittels Cookies von Dritten das Nutzerverhalten dokumentiert wird. Eine derartige Darstellung verschafft dem Nutzer Kenntnis darüber, wie das eigene Nutzungsverhalten tatsächlich verknüpft wird und welche Erkenntnisse sich daraus ableiten lassen. Vor dem Hintergrund der oben aufgestellten Transparenzkriterien und -anforderungen müssten Medienintermediäre eine vergleichbare Grafik vorhalten, die das Gesamtbild, dass Medienintermediäre von Nutzern gewinnen auf diese Weise nachvollziehbar und kontrollfähig macht. Hierbei könnte die Darstellung gegebenenfalls auch interaktiv ausgestaltet werden, so dass der Nutzer durch Anklicken einzelner Datenpunkte den Detailgrad der Informationen nach Bedarf weiter erhöhen kann, etwa im Hinblick darauf, welche Nutzerdaten konkret verarbeitet wurden, welche Gewichtung Relevanzkriterien widerfahren und welche Filter Anwendung finden, um weitere Inhalte anzuzeigen. So könnte

im Hinblick auf *Google* und *Facebook* und deren Single Sign-On-Systeme ebenfalls nachvollziehbar gemacht werden, ob und wie die Dienste miteinander verknüpft werden und Nutzerprofile entstehen. In formeller Hinsicht müsste eine entsprechende Grafik dabei zum einen auf der aufgerufenen Seite verfügbar sein, zum anderen müsste an einzelnen Beiträgen und Inhalten eine entsprechende Grafik ohne wesentliche Zwischenschritte anwählbar sein.

C. Grenzen von Transparenzverpflichtungen

So wie Transparenz die Ausübung der Auswahl- und Handlungsfreiheit der Nutzer fördert, ist zu beachten, dass Transparenzverpflichtungen und -vorgaben sowohl rechtliche als auch technische Grenzen gesetzt sind und weitreichende Transparenzverpflichtungen auch Gefahren bergen. Schließlich können sie durch (bewusst) falsche Ausgestaltung ihren Zweck unter Umständen nicht erfüllen.¹⁵⁶

I. Unternehmergrundrechte und Wahrung von Geschäftsgeheimnissen

Die Transparenzpflicht steht rechtlich in einem Spannungsverhältnis zur Berufs- und Eigentumsfreiheit (insbesondere Art. 12 und 14 GG sowie Art. 15, 16 und 16 GRCh) und damit insbesondere zu den Geschäftsgeheimnissen der Medienintermediäre. Zum Schutzbereich der Berufsfreiheit zählt dabei auch das Verhalten im Wettbewerb und die Unternehmerfreiheit, deren Kern unter anderem der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ist.¹⁵⁷

Während Transparenzverpflichtungen im Grundsatz zunächst als Berufsausübungsregelungen einer Rechtfertigung eines damit einhergehenden grundrechtlichen Eingriffs in die Berufsfreiheit der Medienintermediäre zugänglich sind, ist die einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Grenze von Eingriffen durch den Schutz von Geschäftsgeheimnissen aufgezeigt.

¹⁵⁶ Hennemann, Personalisierte Medienangebote im Datenschutz- und Vertragsrecht, ZUM 2017, 544 (550 f.) zu wiederkehrenden Informationspflichten in Abgrenzung zur einmaligen Information.

¹⁵⁷ Dazu etwa BVerfGE 105, 252 (265); 110, 274 (288); 115, 205 (229); 116, 135 (135 und 151 f.) sowie Pieroth/Schlink, Grundrechte zu Art. 12 Rn. 883 und Roßnagel/Hentschel, Verfassungsrechtliche Grenzen gesetzlicher Pflichten zur Offenlegung von Arbeits- und Geschäftsbedingungen, S. 23 m.w.N. abrufbar unter https://www.boeckler.de/pdf/p_wsi_studies_6_2016.pdf (zuletzt abgerufen: 30.09.2019).

So wird teilweise vor dem Hintergrund der Grundrechte der Medienintermediäre hinterfragt, ob Transparenzvorgaben überhaupt notwendig beziehungsweise verfassungskonform sind.¹⁵⁸ Gegen eine Verpflichtung, zentrale Kriterien von Algorithmen offenzulegen, würden erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken sprechen. Insbesondere sei zu berücksichtigen, dass Algorithmen als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der jeweiligen Diensteanbieter einzuordnen sind, die grundrechtlich nach Art. 12 und 14 GG und auf unionsrechtlicher Ebene nach Art. 15, 16 und 17 der Charta der Grundrechte (GRCh) geschützt seien.¹⁵⁹

Der Begriff des Geschäftsgeheimnisses wird europarechtlich in der RL 2016/943/EG (Geschäftsgeheimnisse) und national im Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung (GeschGehG) definiert.

Gem. Art. 2 Nr. 1 der RL 2016/943/EG bzw. § 2 Nr. 1 GeschGehG sind Geschäftsgeheimnisse Informationen, die bestimmte Kriterien erfüllen. Geheim bedeutet, dass sie weder in ihrer Gesamtheit noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne weiteres zugänglich sind. Sie haben kommerziellem Wert, und sind deshalb Gegenstand von Geheimhaltungsmaßnahmen durch die Person, die die rechtmäßige Kontrolle über die Informationen besitzt.

Insofern ist jedenfalls die Offenlegung des Algorithmus eines Medienintermediärs zum Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen als Kernbereich der Berufsfreiheit der Medienintermediäre dem Zugriff durch die Auferlegung diesbezüglicher Transparenzpflichten entzogen.¹⁶⁰

Dies schließt allerdings eine Kennzeichnungspflicht für das Vorliegen eines algorithmenbasierten Entscheidungs- oder Empfehlungssystems nicht aus (vgl. dazu ausführlich ab S. 53).

158 Vgl. Nolte in „Hate Speech, Fake News, das „Netzwerkdurchsetzungsgesetz“ und Vielfaltssicherung durch Suchmaschinen“, ZUM 2017, 552; Stellungnahme Google zum Diskussionsentwurf zu den Bereichen Rundfunkbegriff, Plattformregulierung und Intermediäre - „Medienstaatsvertrag“, S. 30 sowie Stellungnahme bitkom v. 28. Sept. 2018 zum MStV-E, S. 58 abrufbar unter <https://www.bitkom.org/sites/default/files/file/import/20180929-Medienstaatsvertrag-Bitkom-Stellungnahme.pdf> (zuletzt abgerufen: 30.09.2019).

159 Stellungnahme von Google zum Diskussionsentwurf zu den Bereichen Rundfunkbegriff, Plattformregulierung und Intermediäre - „Medienstaatsvertrag“, S. 30.

160 Paal, Intermediäre: Regulierung und Vielfaltssicherung, S. 33.

Darüber hinaus wird von Medienintermediären nicht verlangt werden können, durch Grafiken oder detaillierte Auflistung sämtliche Geschäftsbeziehungen zu Unternehmen offenzulegen, die Inhalte bei Medienintermediären gegen Entgelt platzieren oder sonstige vertragliche Beziehungen unterhalten. Zur Wahrung der Grundrechtspositionen der Medienintermediäre muss hier in der Praxis regelmäßig etwa eine beispielhafte Aufführung von Geschäftspartnern und Geschäftsbeziehungen ausreichen, um der Auswahl- und Handlungsfreiheit der Nutzer gerecht werden zu können und ihnen eine ausreichend informierte Entscheidung zu ermöglichen.

Gleichwohl kann die Offenlegung „kritischer“ Geschäftsbeziehungen in Einzelfällen dennoch vor dem Hintergrund des Grundrechtsschutzes der Nutzer erforderlich sein. So kann es zum Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung der Nutzer etwa geboten sein, dass Medienintermediäre offenlegen, dass sie erhobene Daten der Nutzer zum Beispiel an die Waffen- und Rüstungsindustrie oder politische Parteien verkaufen. Eine derartige Offenlegungspflicht wäre ein milderer Eingriff in das Geschäftsmodell der Medienintermediäre als etwa ein Verbot derartige kritische Geschäftsbeziehungen zu unterhalten.

Denn es ist zu beachten, dass sich kritische Geschäftsbeziehungen auch besonders auf die Ergebnisanzeige der Nutzer auswirken können. Denn auch die kommerzielle Kommunikation durch Werbeanzeigen gegenüber den Nutzern fließt in die Personalisierung der Anzeige mit ein und beeinflusst damit auch die Ausgabe der Inhalte.

Insofern lässt sich der Gedanke des § 7 Abs. 9 S. 1 RStV übertragen, der eine Verbotsregelung für politische, weltanschauliche oder religiöse Werbung enthält. Die darin zugrunde liegende Wertungsentscheidung des Gesetzgebers lässt sich einerseits auf Medienintermediäre übertragen. Man kann darüber nachdenken, ein besonderes Werberegime für politische, weltanschauliche oder religiöse Werbung zu schaffen und könnte in dieses andererseits auch weitere kritische Geschäftsbeziehungen etc. mit einbeziehen. Während für politische Parteien etc. ein Verbot gelten müsste, würde für kritische Geschäftsbeziehungen eine Offenlegungspflicht genügen.

In diesem Sinne könnte eine inhaltliche Differenzierung beziehungsweise spezialgesetzliche Regelung erlassen werden, die vorsieht, dass für kritische Geschäftsbeziehungen der Geheimnisschutz nur eingeschränkt Anwendung findet.

Ferner kollidiert eine Hinweispflicht von Medienintermediären dergestalt, auf alternative Angebote dezentraler Datenhaltung bei der Nutzung ihrer Dienste hinzuweisen, nicht mit deren Unternehmergrundrechten. Während die Statuierung einer Pflicht, die Angebote dezentraler Datenhaltung von Dritten in das eigene Angebot mit aufzunehmen, einen unzulässigen Eingriff in Art. 12 und 14 GG darstellen würde, ist eine entsprechende Hinweispflicht, zur Wahrung der Auswahl- und Entscheidungsfreiheit der Nutzer auch auf systemkompatible Angebote Dritter hinzuweisen im Wege der praktischen Konkordanz zu rechtfertigen. Dieser Ansatz liegt auf der Linie der EU-Kommission, die mangels Gewährleistung von Anbietervielfalt und wegen der (faktischen) Monopolisierung von Diensten Google dazu verpflichtet hat, das alternative Vorinstallieren der eigenen Dienste aktiv zu unterbinden.¹⁶¹

II. Manipulationsgefahr durch Einpassung in das Aggregationssystem

Der Schutz der Berufsfreiheit umfasst auch einen Abwehranspruch hinsichtlich der bewussten Erzeugung von Wettbewerbsnachteilen durch Auferlegung weitreichender Transparenzverpflichtungen für Medienintermediäre. Zwar schützt die Berufsfreiheit nicht vor Wettbewerb und gewährt keinen Anspruch auf eine „Freiheit von Konkurrenz“¹⁶², zu weit gehende Transparenzverpflichtungen können darüber hinaus aber einen ungerechtfertigten Wettbewerbsnachteil für Diensteanbieter erzeugen. Hierbei ist gleichwohl eine sorgsame Prüfung der Voraussetzung von Art. 12 GG und Art. 3 GG im Einzelfall angezeigt. Weiterhin können Transparenzverpflichtungen auch unredlichen Webseitenanbietern die Möglichkeit einräumen, sich über Manipulation einen systemwidrigen Vorteil bei der Auffindbarkeit ihrer Inhalte zu verschaffen. Die Schaffung von zu großer Transparenz kann daher auch den Schutz vor externer Manipulation mindern, wenn Externe soweit Einblick in die Funktionsweise der Systeme erlangen, und dadurch in die Lage versetzt werden in ihrem Sinne Einfluss auf die durch die Algorithmen der Medienintermediäre selektierten, aggregierten und präsentierten Inhalte zu nehmen.

¹⁶¹ Vgl. Pressemitteilung der *Kommission* v. 18.07.2018, abrufbar unter https://ec.europa.eu/germany/news/20180718-kommission-google-android-strafe-von-434-milliarden-euro_e (zuletzt abgerufen: 30.09.2019).

¹⁶² *Pieroth/Schlink*, Grundrechte zu Art. 12 Rn. 883 unter Verweis auf *BVerfGE* 105, 252 und 265; 110, 274 und 288; 116, 135 und 151 f.

III. Praktische Unmöglichkeit

Hinsichtlich einer Verpflichtung, die Gewichtung der zentralen Kriterien offenzulegen, könnten in der Praxis ferner dahingehend Schwierigkeiten entstehen, dass es laut Aussage von *Google* keine einheitliche Gewichtung bei der Selektion, Aggregation und Präsentation der Inhalte gibt, die im Rahmen einer allgemeinen Deklaration offengelegt werden könnte.¹⁶³ Bei der Suchmaschine von *Google* beispielsweise ist laut eigener Aussage das Verhältnis der verschiedenen Signale des Algorithmus dynamisch und gestaltet sich abhängig von der jeweiligen Suchanfrage unterschiedlich (Bsp.: Suchanfrage „Bundestag“ zu unterschiedlichen Zeitpunkten, etwa nach einer Wahl oder ohne vorhergegangenes Ereignis).¹⁶⁴ Insofern ist bei der Auferlegung von Transparenzpflichten zu berücksichtigen, dass die Selektion, Aggregation und Präsentation der einzelnen Inhalte durch Medienintermediäre nicht immer starren Regelungen unterliegt, deren Funktionsweise ex-ante dargelegt werden kann.

Diese Problematik lässt sich indes durch die bereits oben (vgl. Kriterienkatalog ab S. 82) vorgeschlagene Einbindung einer ex-post Transparenzverpflichtung beheben, indem etwa anhand von grafischen Darstellungen die Funktionsweise der Systeme nachträglich dargestellt wird und so aufgezeigt werden kann, wie sich die Dynamik der algorithmischen Entscheidungs- und Empfehlungssysteme durch Nutzung der Dienste und Interaktion verändert oder die Anzeige einzelner Inhalte zustande kommt.

Darüber hinaus ist zu prüfen, inwieweit Medienintermediäre zumindest hinsichtlich der Dynamik der Anzeige von Inhalten Informationen gewähren können. Während bei einer personalisierten Anzeige die Bereitstellung und Offenlegung allgemeiner Parameter und Anzeigekriterien an Grenzen stößt, ist die Offenlegung der Anzeigekriterien bei Inhalten mit besonderen Aktualitäts- und Ereignisbezug durch eine besondere Kennzeichnung nicht von vornherein ausgeschlossen, da diese letztlich keiner individuellen Dynamik unterliegen, sondern bereits aufgrund ihres (abstrakt festgelegten) Aktualitätsbezuges als Relevanzkriterium Eingang in die Ergebnisanzeige erhalten.

163 Stellungnahme von *Google* zum Diskussionsentwurf zu den Bereichen Rundfunkbegriff, Plattformregulierung und Intermediäre - „Medienstaatsvertrag“, S. 5.

164 Stellungnahme von *Google* zum Diskussionsentwurf zu den Bereichen Rundfunkbegriff, Plattformregulierung und Intermediäre - „Medienstaatsvertrag“, S. 30.

IV. Transparenz jenseits Vielfaltssicherung

Ferner ist zu berücksichtigen, dass Transparenzverpflichtungen nur diejenigen Inhalte erfassen können, die vor dem Hintergrund der oben aufgezeigten Zielsetzungen offenzulegen beziehungsweise deklarationsbedürftig sind. Davon sind jedenfalls solche Informationen ausgeklammert, die jenseits dieser Zielsetzungen oder der Vielfaltssicherung liegen. Zu denken ist hier etwa an die Benennung von sonstigen vertraglichen Beziehungen von Medienintermediären zu Dritten, die diese in ihrer Tätigkeit als Unternehmen unterhalten, die aber mit dem für Nutzer angebotenen Dienst in keiner Beziehung stehen (z.B. Investition eines Medienintermediärs in ein Projekt, das nur der Wertschöpfung dient, aber außerhalb des Kerngeschäfts des Unternehmens liegt).

D. Zwischenergebnis

Die Untersuchung hat somit gezeigt, dass Medienintermediäre weitreichende Transparenzverpflichtungen treffen. Dabei sind gleichwohl ihre Grundrechtspositionen und sonstigen Interessen hinreichend zu berücksichtigen, die ihrerseits Transparenzvorgaben in ihrer Reichweite materiell-rechtliche Grenzen setzen.

Teil 4

(Gegenwärtige) Rechtliche Mittel zur Gewährleistung von vielfaltssichernder Transparenz

Im folgenden Abschnitt dieses Gutachtens sollen nunmehr die gegenwärtigen rechtlichen Mittel zur Gewährleistung von vielfaltssichernder Transparenz untersucht werden. Hierbei liegt der Fokus der Ausarbeitung auf der Frage, inwieweit die in diesem Gutachten formulierten Regelungsziele und das entworfene Anforderungsprofil hinsichtlich der Einhaltung von Transparenz durch die zur Verfügung stehenden rechtlichen Mittel umgesetzt werden kann und ob und inwieweit die gesetzlichen Vorgaben diese Voraussetzungen bereits ausfüllen oder gegebenenfalls hinter diesen zurückbleiben. Dabei konzentriert sich die Untersuchung in diesem Gutachten auf die Vorgaben der DS-GVO sowie diejenigen des MStV-E.

Der Entwurf der „Verordnung zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten“¹⁶⁵, kurz P2B-Verordnung, bleibt bei der Untersuchung in diesem Gutachten außer Betracht. Zwar beinhaltet der Entwurf ein Transparenzgebot in Art. 7 VO-E, dieses gilt aber nur für den B2B-Bereich.¹⁶⁶ Dabei ist auch der Schutzzweck der geplanten Verordnung ein anderer als in diesem Gutachten: Ziel des Entwurfs ist es, durch Transparenz, etwa hinsichtlich des Rankings von Angeboten (vgl. Art. 5 VO-E) oder bezüglich der Kriterien für den Zugang zu Daten (vgl. Art. 7 VO-E) Fairness und Rechtssicherheit zu schaffen und damit den Wettbewerb zu fördern.¹⁶⁷ In diesem Gutachten geht es jedoch um die Frage, inwieweit Transparenzverpflichtungen für Medienintermediäre dazu beitragen können das Recht des Einzelnen auf informationelle Selbstbestimmung und Informationsfreiheit sowie die Meinungsvielfalt zu wahren.

165 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten v. 26.4.2018 – COM (2018) 238 final – 2018/0112 (COD).

166 Vgl. *Busch*, Fairness und Transparenz in der Plattformökonomie, IWRZ 2018, 147 (150 f.).

167 Vgl. ErwG 4 ff. des Entwurfs.

A. Vielfaltssicherung durch Transparenz nach Vorgaben der DS-GVO

Außerhalb der Medienordnung finden sich, insbesondere in der DS-GVO in Gestalt von umfangreichen Informationspflichten, Transparenzverpflichtungen, die Anbieter von Medienintermediären zu einzuhalten haben.

Bereits im Ausgangspunkt ist es dabei wichtig zu betonen, dass der allgemeine Anwendungsbereich der DS-GVO nur einen Teil der Datenverarbeitungen der Medienintermediäre erfasst, nämlich nur die Verarbeitung personenbezogener Daten der Nutzer. Daraus ergibt sich bereits a priori eine inhaltliche Einschränkung und Begrenzung des sachlichen Anwendungsbereichs im Hinblick auf die aus der DS-GVO folgenden Transparenzverpflichtungen der Medienintermediäre. Erfasst sind somit zwar etwa Verarbeitungen personenbezogener Daten wie die Erstellung von Nutzungsprofilen, um Nutzerverhalten und die Nutzerpräferenzen festzuhalten und die Dienste zu optimieren oder Werbeinteressen zu identifizieren.¹⁶⁸ Demgegenüber erfassen die Vorschriften der DS-GVO zum Beispiel keine Datenverarbeitungen, bei denen Medienintermediäre etwa zur Bildung von Nutzer- und Zielgruppen oder für statistische Zwecke anonyme Daten verarbeiten, weil die Verarbeitung von anonymen Daten nicht in den Anwendungsbereich der DS-GVO fällt. Dabei ist allerdings darauf hinzuweisen, dass in diesem Zusammenhang etwa die Auffassung von *Google*¹⁶⁹ insbesondere im Bereich der Werbung mit anonymen Daten zu arbeiten, in diesem Gutachten nicht geteilt wird.

Soweit die Anzeige von (Werbe-)Inhalten, etwa durch Bezugnahme auf eine IP-Adresse personalisiert wird, ist diese Auffassung von *Google* datenschutzrechtlich im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH zum Personenbezug von dynamischen IP-Adressen¹⁷⁰ nicht begründbar. Darüber hinaus folgt aus dieser Begrenzung der DS-GVO, dass sich die Frage stellt, ob und inwieweit die DS-GVO als Rechtsinstrument Aufschluss über die Funktionsweisen der

168 Vgl. *Hennemann*, Personalisierte Medienangebote im Datenschutz- und Vertragsrecht, ZUM 2017, 544 (545).

169 Dazu etwa über *Google* abrufbare Erklärung, vgl. unter <http://www.youronlinechoices.com/de/uber-oba/> (zuletzt abgerufen: 26.09.2019).

170 *EuGH*, Urt. v. 19.10.2016 – Rs. C 582/14 – *Breyer vs. BRD* = ZD 2017, 24 (25 f.) sowie dazu jüngst *Michaels*, Datenschutz mit Lücken in F.A.Z. v. 24. Juli 2019, abrufbar unter <https://edition.faz.net/faz-edition/medien/2019-07-25/3392181efe76ab74e05a42f3c64ef160/?GEPIC=s9> (zuletzt abgerufen: 26.09.2019).

algorithmischen Systeme der Medienintermediäre geben kann. Es stellt sich damit nicht nur die Frage, ob die DS-GVO den oben herausgearbeiteten Schutzziele von Transparenzverpflichtungen gerecht werden kann, sondern auch, ob für Daten, die Medienintermediäre verarbeiten, die Transparenzregelungen der DS-GVO positive Auswirkungen auf die Vielfaltssicherung bei Medienintermediären haben können.

In diesem Gutachten wird daher untersucht, ob und inwieweit die Informationspflichten den oben aufgestellten Transparenzanforderungen genügen, also die Funktionsweise der algorithmischen Systeme nachvollziehbar machen können und so den Nutzern im Rahmen ihrer Auswahl- und Entscheidungsfreiheit eine informierte und selbstbestimmte Entscheidung ermöglichen können.

Dazu gilt es zunächst das Anforderungsprofil der DS-GVO aufzuzeigen, um anschließend zu überprüfen, inwieweit die Transparenzanforderungen der DS-GVO von Medienintermediären eingehalten werden. Dies soll insbesondere anhand der Beispiele von *Facebook* und *Google* gezeigt werden.

Daneben ist zu beachten, dass Medienintermediäre auch serverbasiert eine Vielzahl von Daten verarbeiten, die dem spezifischen Regime der E-Privacy-Richtlinie sowie der „Cookie-Richtlinie“, die zu deren Anpassung erlassen wurde, unterfallen und hier außerhalb der Betrachtung bleiben. Umgesetzt ist die E-Privacy-Richtlinie im Telemediengesetz.¹⁷¹ Dies betrifft etwa die für den Betrieb der Dienste bedeutsamen Cookies. Künftig soll die Richtlinie durch eine E-Privacy-Verordnung ersetzt werden.¹⁷² Ungeachtet der Unklarheiten über Details der Anwendbarkeit der DS-GVO für diese Daten, sind auch auf den Telekommunikationsdatenschutz in der Übergangszeit, bis zum Erlass der E-Privacy-Verordnung, mit der überwiegenden Meinung die Regelungen der DS-GVO maßgebend.¹⁷³

171 Nach Auffassung von Generalanwalt Szpunar gilt das auch für die Regelungen des TMG zum Datenschutz. Vgl. dazu. *Schwartmann*, Editorial RDV Heft 2/2019, S. 51; A.A. *DSK-Kurzpapier* Nr. 3 – Verarbeitung personenbezogener Daten für Werbung, S. 1 ff., HK-DS-GVO/BDSG-Schwartmann/Klein, Art. 6 Rn. 141, *Schwartmann/Benedikt/Jacquemain*, PinG 2018 S. 150 ff.

172 Vgl. dazu HK-DS-GVO/BDSG-Richter, Art. 95 Rn. 14 ff.

173 HK-DS-GVO/BDSG-Richter, Art. 95 Rn. 14 ff.; *Schwartmann*, Editorial RDV Heft 2/2019 S. 51 mwN; *Ehmann/Selmayr-Klabunde/Selmayr*, Datenschutz-Grundverordnung, Art. 95 Rn. 1 ff.

I. Erfüllung von Informationspflichten der DS-GVO nach Art. 13 und DS-GVO durch Medienintermediäre

1. Grundsätzliche Transparenzanforderungen nach der DS-GVO

Die DS-GVO schützt den Einzelnen vor einer unzulässigen Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten. Im Hinblick auf die Gewährleistung von Transparenz sind insbesondere die Artt. 5, 12, 13 und 14 DS-GVO bedeutsam.

Art. 5 DS-GVO legt die Grundsätze für Datenverarbeitungen fest, die bei jeder Verarbeitung personenbezogener Daten kumulativ erfüllt sein müssen. Insbesondere gehört es zu den datenschutzrechtlichen Grundsätzen, dass die Datenverarbeitung der betroffenen Person gegenüber transparent sein muss (Art. 5 Abs. 1 lit. a DS-GVO).¹⁷⁴ Eine transparente Datenverarbeitung setzt voraus, dass die betroffene Person über die Existenz eines Verarbeitungsvorgangs und dessen Zwecke für sie nachvollziehbar unterrichtet wird. Eine Pflicht zu kleinteiligen Informationen über jedes Detail der Verarbeitung im Voraus folgt aus dem Transparenzgrundsatz allerdings nicht.¹⁷⁵

Die inhaltlichen Transparenzanforderungen ergeben sich im Wesentlichen aus den Informationspflichten der Art. 13 und 14 DS-GVO. Sie verpflichten den Verantwortlichen zu umfangreichen Informationen gegenüber der betroffenen Person. Medienintermediäre sind, soweit sie personenbezogene Daten verarbeiten, zur Einhaltung der datenschutzrechtlichen Transparenzvorgaben verpflichtet. Art. 13 und 14 DS-GVO enthalten jeweils einen Katalog von Informationen, die der verantwortliche Medienintermediär der betroffenen Person zur Verfügung stellen muss, wenn es zur Verarbeitung personenbezogener Daten kommt. Art. 13 DS-GVO regelt die Informationspflicht im Zusammenhang mit der Erhebung personenbezogener Daten bei der betroffenen Person.¹⁷⁶ Art. 14 DS-GVO betrifft demgegenüber die Informationspflicht, wenn die Daten aus einer anderen Quelle stammen, es sich also um eine Dritterhebung handelt.¹⁷⁷ Da die Informationsgehalte von Art. 13 und 14 DS-GVO weitgehend identisch sind, kommt es für die Begutachtung auf eine Unterscheidung im Ergebnis nicht an. Relevant¹⁷⁸ sind in diesem Zusammenhang insbesondere Informationen

174 Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 3 DS-GVO.

175 HK-DS-GVO/BDSG-Jaspers/Schwartmann/Hermann, Art. 5 Rn. 33.

176 HK-DS-GVO/BDSG-Schwartmann/Schneider, Art. 13 Rn. 12 ff.

177 Vgl. ErWG 61 DS-GVO sowie HK-DS-GVO/BDSG-Schwartmann/Schneider, Art. 13 Rn. 12.

178 Nicht alle Informationen, die der Katalog Informationspflichten fordert, fördern die inhaltliche Transparenz der Datenverarbeitungen. Formale Angaben, wie die Kontaktdaten des

über die Zwecke der Datenverarbeitung¹⁷⁹, die berechtigten Interessen¹⁸⁰ des Verantwortlichen, die Empfänger¹⁸¹ der Daten und das Bestehen einer automatisierten Entscheidungsfindung einschließlich Profiling.¹⁸²

Den Maßstab für die Informationsgewährung legt Art. 12 DS-GVO fest: Danach haben Medienintermediäre die notwendigen Informationen nach der DS-GVO für den Nutzer in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache bereitzustellen.¹⁸³ Transparenz ist nach der DS-GVO dabei ein Oberbegriff für die Gesamtgestaltung einer Datenverarbeitung und setzt voraus, dass der Inhalt an sich erkennbar ist und wesentliche Aussagen nicht verschleiert werden.¹⁸⁴ Präzise ist die Information, wenn sie einen hinreichenden Grad an Genauigkeit aufweist. Sie darf also wesentliche Aspekte der Datenverarbeitung nicht auslassen.¹⁸⁵ Verständlichkeit erfordert, dass die Informationen für den jeweiligen Adressatenkreis aus sich heraus nachvollziehbar und ohne großen oder zusätzlichen Aufwand erfassbar sind.¹⁸⁶ Leicht zugänglich ist die Information, wenn der Empfänger die Mitteilung selbst sowie ihren Inhalt mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln erreichen kann, ohne dass zusätzliche Hürden errichtet werden.¹⁸⁷ Die Information darf nicht verdeckt platziert werden. Vielmehr sollte für die betroffene Person sofort ersichtlich sein, wo die erforderlichen Informationen

Verantwortlichen oder des Datenschutzbeauftragten haben zum Ziel, dass die von der Datenverarbeitung betroffene Person, ihre Rechte nach der DS-GVO wirksam gegenüber dem Verantwortlichen geltend machen kann. Sie dienen primär einer Verbesserung der Rechtsdurchsetzung durch die betroffene Person.

179 Vgl. HK-DS-GVO/BDSG-Schwartmann/Schneider, Art. 13 Rn. 38 ff; Paal/Hennemann in Paal/Pauly, DS-GVO/BDSG, DS-GVO Art. 13 Rn. 16; Bäcker in Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, DS-GVO Art. 13 Rn. 25 f.

180 Vgl. HK-DS-GVO/BDSG-Schwartmann/Schneider, Art. 13 Rn. 40; Paal/Hennemann in Paal/Pauly, DS-GVO/BDSG, DS-GVO Art. 13 Rn. 17; Bäcker in Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, DS-GVO Art. 13 Rn. 27.

181 Vgl. HK-DS-GVO/BDSG-Schwartmann/Schneider, Art. 13 Rn. 41 ff, Paal/Hennemann in Paal/Pauly, DS-GVO/BDSG, DS-GVO Art. 13 Rn. 18; Bäcker in Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, DS-GVO Art. 13 Rn. 28-32.

182 Vgl. HK-DS-GVO/BDSG-Schwartmann/Schneider, Art. 13 Rn. 55 ff, Paal/Hennemann in Paal/Pauly, DS-GVO/BDSG, DS-GVO Art. 13 Rn. 31f; Bäcker in Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, DS-GVO Art. 13 Rn. 52-55.

183 Vgl. Art. 12 DS-GVO.

184 HK-DS-GVO/BDSG-Schwartmann/Schneider, Art. 12 Rn. 24; BeckOK DatenSR-Quaas Art. 12 Rn. 14, Bäcker in Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, DS-GVO Art. 12 Rn. 9-13.

185 HK-DS-GVO/BDSG-Schwartmann/Schneider, Art. 12 Rn. 24, Paal/Hennemann in Paal/Pauly, DS-GVO/BDSG, DS-GVO Art. 12 Rn. 33-35; BeckOK DatenSR-Quaas Art. 12 Rn. 13-17.

186 HK-DS-GVO/BDSG-Schwartmann/Schneider, Art. 12 Rn. 25.

187 BeckOK DatenSR-Quaas Art. 12 Rn. 16.

aufzufinden sind.¹⁸⁸ Eine klare und einfache Sprache setzt voraus, dass der Kern der Information offen liegt und ohne Schwierigkeiten wahrnehmbar und verständlich ist.¹⁸⁹ Es besteht damit ein enger Zusammenhang zum Verständlichkeitsgebot. Die Verständlichkeit soll durch eindeutige und übersichtliche Formulierungen gefördert werden.¹⁹⁰ Dabei sieht die DS-GVO in Art. 12 Abs. 8 DS-GVO explizit vor, dass die zu gewährenden Informationen auch durch Bildsymbole dargestellt werden können. Insoweit sind bei der Informationsgewährung auch sog. Medienbrüche durch die Einbindung von Grafiken, Piktogrammen oder interaktiven Darstellungen denkbar.¹⁹¹

2. Zwischenergebnis zu den grundsätzlichen Transparenzanforderungen der DS-GVO

Ein erster Blick auf die Transparenzpflichten der DS-GVO zeigt, dass sich hinsichtlich der Art und Weise der Informationsgewährung nach Art. 12 DS-GVO weitreichende Überschneidungen mit dem obigen Anforderungskanon ergeben. Insofern findet sich das grundsätzliche Anforderungsprofil hinsichtlich der formellen Ausgestaltung der Informationsgewährung zur Schaffung von Transparenz in der DS-GVO wider.

3. Einzelne Informationspflichten nach Art. 13, 14 DS-GVO

Im Folgenden werden nunmehr einzelne Informationspflichten der DS-GVO nach den Artt. 13 und 14 DS-GVO untersucht. Hierbei wird insbesondere die inhaltliche Reichweite der Begriffe festgelegt und überprüft, ob und inwieweit die DS-GVO das inhaltliche Anforderungsprofil von Transparenzvorgaben umsetzen kann.

a. Zwecknennung nach Art. 13 und 14 Abs. 1 lit. c DS-GVO

Art. 13/14 Abs. 1 lit. c DS-GVO verpflichten Verantwortliche zur Information über die Zwecke, für die personenbezogene Daten verarbeitet werden sollen.¹⁹² Medienintermediäre sind danach verpflichtet dem Betroffenen die Zwecke zu nennen, die mit der Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten verfolgt

188 HK-DS-GVO/BDSG-Schwartmann/Schneider, Art. 12 Rn. 25; Art.-29-Datenschutzgruppe WP 260, S. 8.

189 BeckOK DatenSR-Quaas Art. 12 Rn. 18.

190 HK-DS-GVO/BDSG-Schwartmann/Schneider, Art. 12 Rn. 29.

191 Dazu im Einzelnen HK-DS-GVO/BDSG-Schwartmann/Schneider Art. 13 Rn. 26 ff. und Art. 14 Rn. 23 ff.

192 Vgl. HK-DS-GVO/BDSG-Schwartmann/Schneider, Art. 13 Rn. 38 ff, Paal/Pauly-Paal/Hennemann, DS-GVO BDSG, Art. 13 Rn. 16.

werden. Insofern müssen Medienintermediäre im Rahmen der Verarbeitung personenbezogener Daten die jeweiligen Verarbeitungszwecke nennen (z.B. Verarbeitung zu Marketing- oder Werbezwecken, zum personalisierten Angebot von Produkten, zur gezielten Anzeige von politischen Inhalten etc.).

Umstritten ist dabei, ob Schlagworte ausreichend sind oder ob eine detaillierte Zweckangabe erfolgen muss.¹⁹³ Fordert man zu Recht eine im konkreten Fall angemessen detaillierte Zweckangabe, müssen die Angaben vollständig und so detailliert sein, dass die betroffene Person sich ein Bild davon machen kann, mit welchen Datenverarbeitungen sie in der konkreten Situation zu rechnen hat.¹⁹⁴ Um den Anforderungen gerecht zu werden, sind Medienintermediäre daher dazu verpflichtet, die betroffene Person umfassend über die Zwecke der Datenverarbeitungen aufzuklären. In der praktischen Umsetzung können die Zwecke vielfältig sein. Sie reichen von der Optimierung des eigenen Dienstes bis hin zum personalisierten Anzeigen und Filtern von Suchergebnissen. Daneben müssen dementsprechend Medienintermediäre auch darüber aufklären, ob sie zum Beispiel Daten an politische Parteien, die Waffen- und Rüstungsindustrie, Arzneimittelhersteller etc. weitergeben. Darüber müssen Medienintermediäre – soweit dabei eine Verarbeitung personenbezogener Daten erfolgt – im Rahmen von Art. 13 Abs. 1 lit. c DS-GVO informieren.

b. Berechtigte Interessen nach Art. 13 Abs. 1 lit. d und Art. 14 Abs. 2 lit. b DS-GVO

Stützen Medienintermediäre ihre Datenverarbeitung auf eine Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO, müssen sie der betroffenen Person ihre berechtigten Interessen oder die eines Dritten mitteilen.¹⁹⁵ Diese Informationspflicht überschneidet sich teilweise mit der Pflicht aus Art. 13/14 Abs. 1 lit. c DS-GVO, da in den Fällen des Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO das berechtigte Interesse unter anderem den Zweck der Datenverarbeitung darstellen kann.¹⁹⁶ Art. 13 Abs. 1 lit. d beziehungsweise Art. 14 Abs. 2 lit. b DS-GVO verpflichten Medienintermediäre daher ihre berechtigten Interessen, soweit sie ihre Datenverarbeitungen darauf stützen, gegenüber der betroffenen Person transparent zu machen.

193 Mit weiteren Nachweisen zum Streitstand Paal/Pauly-Paal/Hennemann, DS-GVO BDSG, Art. 13 Rn. 16.

194 Kühling/Buchner-Bäcker, DS-GVO BDSG, Art. 13 Rn. 25.

195 Vgl. HK-DS-GVO/BDSG-Schwartmann/Schneider, Art. 13 Rn. 40.

196 Vgl. Kühling/Buchner-Bäcker, DS-GVO BDSG, Art. 13 Rn. 27.

Nach ErwG 47 S. 1 sind die Interessen oder die Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person von dieser Darstellung nicht umfasst. Somit sind nur die für Medienintermediäre maßgeblichen Interessen Teil der Transparenzpflicht nach Art. 13 Abs. 1 lit. d /bzw. 14 Abs. 2 lit. b DS-GVO. Insofern reicht etwa im Hinblick auf die Frage der Nutzer „Wie funktioniert die *Google*-Suche?“ die Begründung für eine Verarbeitung von Nutzerdaten durch *Google* mit dem Wortlaut „damit du noch schneller findest, wonach du suchst (...) entwickelt [*Google*] ständig neue Methoden, Informationen zu präsentieren“¹⁹⁷ nicht aus, da dies zum einen nur die Interessen der betroffenen Nutzer und nicht das Verarbeitungsinteresse von *Google* in den Blick nimmt und zum anderen nicht ausführt, wie diese Methoden durch Verarbeitungen von Nutzerdaten entwickelt werden.

Die Information hat dabei nicht sämtliche denkbare Interessen ausführlich zu enthalten, sondern sie muss jedenfalls stichpunktartig die wesentlichen Gründe nennen, auf die sich die Abwägung stützt.¹⁹⁸ Der Umfang der mitzuteilenden Informationen lässt sich nicht pauschal bestimmen, sondern erfordert immer eine Betrachtung des Einzelfalls.

Bei Medienintermediären stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, auf welchen Erlaubnistatbestand sich Datenverarbeitungen gemäß Art. 6 Abs. 1 DS-GVO stützen lassen. Die Informationspflicht wird nur dann ausgelöst, wenn sie auf die Interessenabwägung (Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DS-GVO) gestützt wird. Als weitere Grundlagen kommen für Medienintermediäre vor allem die Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a DS-GVO) oder, insbesondere für Soziale Netzwerke, die Erforderlichkeit für die Erfüllung eines Vertrags (Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b DS-GVO) in Betracht. Wählt der verantwortliche Medienintermediär eine dieser anderen Möglichkeiten, nimmt die infolge einer Interessenabwägung ausgelöste Transparenz eine andere Gestalt an.¹⁹⁹ So ist etwa im Rahmen einer Einwilligung der Nutzer durch Medienintermediäre so zu informieren, dass den Nutzern eine informierte Entscheidung ermöglicht wird.²⁰⁰ Letztlich ändert sich dadurch der Pflichtenkreis der Medienintermediäre hinsichtlich der zu gewährenden Transparenz im Hinblick auf die Verarbeitung

197 Erklärung abrufbar unter <https://www.google.com/search/howsearchworks/> (zuletzt abgerufen: 30.09.2019).

198 Vgl. HK-DS-GVO/BDSG-Schwartmann/Schneider, Art. 13 Rn. 40.

199 Zur Rechtfertigung der Datenverarbeitung durch Medienintermediäre vgl. Hennemann, Personalisierte Medienangebote im Datenschutz- und Vertragsrecht, ZUM 2017, 544 (546).

200 Dazu HK-DS-GVO/BDSG-Schwartmann/Klein, Art. 6 Abs. 1 lit. a Rn. 12 ff.

personenbezogener Daten oftmals nur in geringem Umfang und ist somit entsprechend übertragbar.

c. Empfänger von Daten oder Empfängerkategorien

Nach Art. 13 Abs. 1 lit. e bzw. Art. 14 Abs. 2 lit. e DS-GVO hat der Verantwortliche die von der Datenverarbeitung betroffene Person über Empfänger oder Kategorien von Empfängern der personenbezogenen Daten zu informieren. Im Sinne einer größtmöglichen Transparenz muss die betroffene Person zum Zeitpunkt der Datenerhebung (Art. 13 Abs. 1 S. 1 DS-GVO) darüber informiert werden, ob die Daten vom Verantwortlichen an Dritte übermittelt werden sollen. Empfänger ist nach Art. 4 Nr. 9 DS-GVO jede natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, denen personenbezogene Daten offengelegt werden, unabhängig davon, ob es sich bei ihr um einen Dritten handelt oder nicht.²⁰¹

Fraglich ist dabei indes, ob im Rahmen der Informationspflicht eine namentliche Nennung der Empfänger erforderlich ist. Hierüber besteht Uneinigkeit: Während manche²⁰² dem Verantwortlichen die Wahl lassen, ob er die Empfänger von Daten namentlich oder nur nach Kategorien benennt, fordern andere²⁰³, dass eine Nennung von Kategorien von Empfängern nur subsidiär dann möglich sein soll, wenn dem Verantwortlichen die Namen der Empfänger nicht bekannt sind. Sofern man die bloße Nennung von Kategorien von Empfängern ausreichen lässt, entsteht im Hinblick auf Transparenzgesichtspunkte das Problem, dass Medienintermediäre letztlich pauschal auf „Werbepartner“ oder „Partnerunternehmen“ als Empfänger verweisen können und dadurch die Nutzer keinerlei Einblicke in die Datenverarbeitungen und die Funktions- und Arbeitsweise der Medienintermediäre erhalten und die Informationsgewährung im Hinblick auf die positive Gewährleistung von Transparenz leerläuft. So verweist etwa *Google* in seinen Datenschutzbestimmungen darauf, dass das Unternehmen „personenbezogene Daten an Unternehmen, Organisationen oder Personen außerhalb von *Google*“²⁰⁴ sowie an „andere vertrauenswürdige Unternehmen“²⁰⁵ nur in bestimmten Fällen weitergibt.

201 Näher dazu HK-DS-GVO/BDSG-Schwartzmann/Hermann, Art. 4 Rn. 139 ff.

202 Dazu HK-DS-GVO/BDSG-Schwartzmann/Klein, Art. 6 Abs. 1 lit. a Rn. 12.

203 Ehmman/Selmayr-Knyrim, Art. 13 Rn. 29.

204 Datenschutzerklärung von *Google* unter „Datenweitergabe durch *Google*“, abrufbar unter <https://policies.google.com/privacy?hl=de#infosharing> (zuletzt abgerufen: 30.09.2019).

205 Datenschutzerklärung von *Google* unter „Für die Verarbeitung durch andere Stellen“.

Im Hinblick auf die Notwendigkeit zur Schaffung von Transparenz bieten Informationen dieser Art für Nutzer keinen Mehrwert. Erforderlich ist vielmehr wie bereits oben (vgl. Best-Practice-Hinweis auf S. 85) dargelegt eine Auflistung von Partnerunternehmen, die personenbezogene Daten von Nutzern erhalten und ggf. weiterverarbeiten. Dabei müssen die Informationen derart ausgestaltet sein, dass der Nutzer erkennen kann, um welche Art von Unternehmen es sich handelt und zu welchen Zwecken die Daten an diese Unternehmen weitergegeben werden.

d. Automatisierte Entscheidungsfindung

Im Falle automatisierter Entscheidungsfindung, einschließlich Profiling, ist der von der Datenverarbeitung Betroffene gem. Art. 13 Abs. 2 lit. f bzw. 14 Abs. 2 lit. g DS-GVO in besonderer Weise zu informieren. Insofern folgt aus dem Vorliegen einer automatisierten Entscheidungsfindung einschließlich Profiling eine Verschärfung der Informationspflichten.

Art. 4 Nr. 4 DS-GVO definiert „Profiling“ insoweit als

jede Art der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten, die darin besteht, dass diese personenbezogenen Daten verwendet werden, um bestimmte persönliche Aspekte, die sich auf eine natürliche Person beziehen, zu bewerten, insbesondere um Aspekte bezüglich Arbeitsleistung, wirtschaftliche Lage, Gesundheit, persönliche Vorlieben, Interessen, Zuverlässigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel dieser natürlichen Person zu analysieren oder vorherzusagen.

Das Profiling ist dementsprechend eine besondere Ausprägung einer automatisierten Entscheidungsfindung. Beim Profiling werden dabei in der Regel größere Datenmengen zusammengeführt und automatisiert ausgewertet, wodurch etwa besondere Vorlieben und Interessen einzelner betroffener Personen ermittelt werden können.²⁰⁶

Entscheidend ist beim Profiling aber, dass hieran weder rechtliche noch dem vergleichbare tatsächliche Folgen für den Betroffenen geknüpft werden.²⁰⁷ Wird eine Person zusätzlich einer

ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhenden Entscheidung unterworfen (...), die ihr gegenüber

²⁰⁶ Vgl. Laue/Nink/Kremer, Das neue Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis, § 2 Rn. 84.

²⁰⁷ HK-DS-GVO/BDSG-Schwartmann/Hermann, Art. 4 Rn. 56.

rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt,

so hat sie nach Art. 22 DS-GVO grundsätzlich ein Recht auf menschliche Letztentscheidung.²⁰⁸

Im Rahmen von Art. 13 Abs. 2 lit. f bzw. Art. 14 Abs. 2 lit. g DS-GVO ist die betroffene Person somit nicht nur darüber zu informieren, dass eine automatisierte Entscheidungsfindung oder Profiling Anwendung finden, sondern es ist darüber hinaus auch darzulegen, welche Folgen dies hat.²⁰⁹ Im Falle von Profiling sind der betroffenen Person dem Wortlaut des Art. 13 Abs. 2 lit. f bzw. 14 Abs. 2 lit. g DS-GVO nach Informationen über die involvierte Logik zur Verfügung zu stellen. Unter Entscheidungslogik versteht man die grundsätzliche Funktionsweise des hinter dem Profiling steckenden mathematischen Algorithmus.²¹⁰ Hierbei ist die Reichweite der Informationspflicht durch den Schutz von Geschäftsgeheimnissen im oben genannten Sinne (vgl. dazu ab S. 96) begrenzt. Entscheidend ist, dass betroffene Personen als Nutzer der Dienste eines Medienintermediärs somit ein grundlegendes Verständnis der Funktionsweise des Systems erhalten.²¹¹ Dabei müssen die gewährten Informationen eine derartige inhaltliche Tiefe besitzen, dass den Nutzern nicht nur ein angemessener Verständnishorizont hinsichtlich der Funktionsweisen des Systems ermöglicht wird, sondern sie ferner etwaige Verstöße erkennen.

Insofern ist zu bemerken, dass die aus Art. 13 Abs. 2 lit. f beziehungsweise Art. 14 Abs. 2 lit. g DS-GVO folgende Informationspflicht den Gedanken einer Kennzeichnungspflicht für das Vorliegen eines algorithmenbasierten Entscheidungs- oder Empfehlungssystems (vgl. dazu oben auf S. 96) aufgreift, allerdings inhaltlich hinter dieser zurückbleibt. Sofern Medienintermediäre im Rahmen der Information nach der DS-GVO das Vorliegen eines solchen Systems transparent machen, wird dadurch eine entsprechende Kennzeichnungspflicht im Hinblick auf einzelne Beiträge nicht entbehrlich. Denn die Informationspflicht der DS-GVO bezieht sich auf den Zeitpunkt der Datenerhebung,²¹² die Kennzeichnungspflicht gilt aber auch für jeden einzelnen Beitrag, der aufgrund eines algorithmischen Systems im Rahmen der Nutzung generiert

208 Zu den Einzelheiten vgl. HK-DS-GVO/BDSG-Atzert, Art. 22 Rn. 24 ff.

209 HK-DS-GVO/BDSG-Schwartmann/Schneider, Art. 13 Rn. 55, Paal/Pauly-Paal/Hennemann, DS-GVO BDSG, Art. 13 Rn. 31 f.

210 HK-DS-GVO/BDSG-Schwartmann/Schneider, Art. 13 Rn. 56.

211 HK-DS-GVO/BDSG-Schwartmann/Schneider, Art. 13 Rn. 56.

212 Dazu HK-DS-GVO/BDSG-Schwartmann/Schneider, Art. 13 Rn. 32.

wurde. Damit gilt die Kennzeichnungspflicht auch nachträglich und auch dann wenn keine (erneute) Datenverarbeitung stattgefunden hat.

Geht man davon aus, dass die Informationspflicht des Art. 13 Abs. 2 lit. f beziehungsweise 14 Abs. 2 lit. g DS-GVO bereits durch das Profiling und nicht erst durch eine anschließende und darauf beruhende automatisierte Einzelentscheidung gem. Art. 22 DS-GVO ausgelöst wird²¹³, so ist der Medienintermediär auch dann informationspflichtig, wenn es nicht zu einer automatisierten Einzelentscheidung kommt. Die datenschutzrechtliche Streitfrage, ob die Pflicht erst später einsetzt, kann deshalb dann auf sich beruhen, wenn die hier untersuchten Medienintermediäre die Pflichten unabhängig davon erfüllen. Dies gilt es insbesondere im Folgenden im Rahmen eines „Praxischecks“ zu untersuchen.

II. Kriterienkatalog zu den Transparenzanforderungen der DS-GVO im Hinblick auf Medienintermediäre

Zusammenfassend lässt sich anhand dieser Ausführungen folgender Kriterienkatalog zu den Transparenzanforderungen der DS-GVO im Hinblick auf Medienintermediäre entwerfen.

- **Formelle Vorgaben nach Art. 12 DS-GVO:**
 - Die notwendigen Informationen sind nach der DS-GVO für den Nutzer in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache bereitzustellen, d.h.:
 - durch Menüführung und Auffindbarkeit ausreichend (optisch) erkennbar und nachvollziehbar (leichte Zugänglichkeit und klare und einfache Sprache)
 - sprachlich hinreichend präzise und verständlich
 - ohne großen oder zusätzlichen Aufwand abrufbar
 - Bildsymbole und Medienbrüche zulässig
- **Materielle Vorgaben nach Art. 13 und 14 DS-GVO:**
 - Hinsichtlich Zwecknennung nach Art. 13 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 jeweils lit. c DS-GVO: umfassende und angemessen detaillierte Zweckangaben im oben genannten Sinne
 - Hinsichtlich Darlegung der berechtigten Interessen nach Art. 13 Abs. 1 lit. d und Art. 14 Abs. 2 lit. b DS-GVO: jedenfalls stichpunktartige Benen-

213 So HK-DS-GVO/BDSG-Schwartzmann/Schneider, Art. 13 Rn. 55, Paal/Pauly-Paal/Hennemann, DS-GVO BDSG, Art. 13 Rn. 31f.

nung der wesentlichen Gründe, weshalb Interessen der Medienintermediäre die Interessen der Nutzer überwiegen, so dass hinreichende Nachvollziehbarkeit für Nutzer gewährleistet und Kontrolle im Hinblick auf Fehler in der Abwägung möglich wird.

- Hinsichtlich Empfänger von Daten oder Empfängerkategorien nach Art. 13 Abs. 1 lit. e bzw. Art. 14 Abs. 2 lit. e DS-GVO: grundsätzliche namentliche Benennung der Empfänger notwendig; nicht ausreichend ist bloßer Verweis auf „verbundene“ oder „vertrauenswürdige“ Unternehmen oder „Unternehmen außerhalb des eigenen Dienstes“
- Hinsichtlich Informationen über automatisierte Entscheidungsfindung nach Art. 13 Abs. 2 lit. f und Art. 14 Abs. 2 lit. g DS-GVO: Darlegung der involvierten Logik einer automatisierten Entscheidungsfindung, so dass grundsätzliche Funktionsweise der algorithmischen Entscheidungs- und Empfehlungssysteme für Nutzer nachvollziehbar.
- Da jedenfalls die DS-GVO in ErwG 63 S. 5 den Geheimnisschutz ausdrücklich unberührt lassen soll, sind die Algorithmen als Geschäftsgeheimnisse der Medienintermediäre im Rahmen der Informationspflichten von Art. 13 und 14 DS-GVO jedenfalls aus datenschutzrechtlichen Gründen grundsätzlich nicht offenzulegen.²¹⁴

III. PraxiscHECK – Gegenwärtige Umsetzung der Vorgaben der DS-GVO durch Medienintermediäre (am Beispiel von Google)

Im Folgenden soll die gegenwärtige Umsetzung der Transparenzvorgaben der DS-GVO durch Medienintermediäre am Beispiel von *Google* und *Facebook* einem „PraxiscHECK“ unterzogen werden. Hierzu wird anhand von Bildschirmfotos durch Screenshots der – soweit ersichtlich – gegenwärtige Stand (Stand: September 2019) der Erfüllung von Transparenzpflichten durch Medienintermediäre kritisch beleuchtet.

Hierbei wird zunächst der gegenwärtige Stand der Umsetzung der Transparenzvorgaben der DS-GVO bei *Google* dargestellt. Die Abbildungen stellen dabei Screenshots aus der Datenschutzerklärung von *Google*²¹⁵ dar, die sich an der oben aufgezeigten Auswahl von Informationspflichten der DS-GVO orientiert.

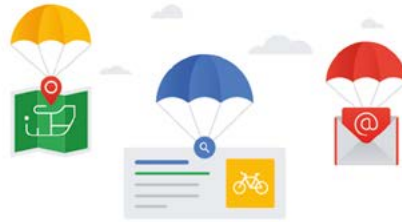
214 Vgl. HK-DS-GVO/BDSG-Schwartzmann/Schneider, Art. 13 Rn. 57.

215 Datenschutzerklärung von *Google* abrufbar unter <https://policies.google.com/privacy?hl=de>.

Erklärung hinsichtlich der Nennung der Verarbeitungszwecke:

Abb. 8: Bereitstellung der Dienste

Bereitstellung unserer Dienste

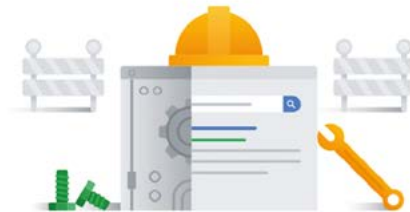


Wir nutzen Ihre Daten zur Bereitstellung unserer Dienste. Hierzu zählen beispielsweise die Verarbeitung Ihrer Suchbegriffe, um Suchergebnisse einzublenden, oder das Vorschlagen von Empfängern aus Ihren Kontakten, wenn Sie Inhalte teilen möchten.

Quelle: <https://policies.google.com/privacy?hl=de> (zuletzt abgerufen: 26.09.2019).

Abb. 9: Wartung und Verbesserung der Dienste

Wartung und Verbesserung unserer Dienste



Wir verwenden Ihre Daten, um zu gewährleisten, dass unsere Dienste ordnungsgemäß funktionieren. Beispielsweise verwenden wir sie zur Überprüfung von Störungen oder zur Beseitigung von Problemen, die Sie uns gemeldet haben. Außerdem nutzen wir Ihre Daten, um unsere Dienste zu verbessern. Dazu zählt beispielsweise die Feststellung, welche Suchbegriffe am häufigsten falsch geschrieben werden, damit wir die in unseren Diensten verwendete Rechtschreibprüfung verbessern können.

Quelle: <https://policies.google.com/privacy?hl=de> (zuletzt abgerufen: 26.09.2019).

Abb. 9.1: Angebot von Funktionen

Wenn Sie unsere Dienste nutzen, erheben wir Daten zu Ihrem Standort. Dadurch können wir Ihnen Funktionen wie Wegbeschreibungen für Ihren Wochenendausflug oder Spielzeiten von Kinofilmen in Ihrer Nähe anbieten.

Ihr Standort kann mit unterschiedlicher Genauigkeit bestimmt werden. Dazu verwenden wir:

- GPS
- IP-Adresse
- Sensordaten von Ihrem Gerät
- Informationen über Objekte in der Nähe Ihres Geräts, wie etwa WLAN-Zugriffspunkte, Funkmasten und Bluetooth-fähige Geräte

Quelle: <https://policies.google.com/privacy?hl=de> (zuletzt abgerufen: 26.09.2019).

Abb. 9.2: Verbesserung der Dienste

Wir erheben Daten, um allen unseren Nutzern bessere Dienste zur Verfügung zu stellen – von der Feststellung grundlegender Informationen wie zum Beispiel Ihrer Sprache bis hin zu komplexeren Fragen wie zum Beispiel Werbung, die Sie besonders nützlich finden, den Personen, mit denen Sie online am häufigsten zu tun haben, oder den YouTube-Videos, die Sie interessant finden. Welche Daten Google erhebt und wie diese verwendet werden hängt davon ab, wie Sie unsere Dienste nutzen und wie Sie Ihre Datenschutzeinstellungen verwalten.

Wenn Sie nicht in einem Google-Konto angemeldet sind, speichern wir die von uns erhobenen Daten mit eindeutigen Kennungen, die mit dem Browser, der App oder dem Gerät verknüpft sind, welche Sie verwenden. Damit können wir beispielsweise gewährleisten, dass Ihre Spracheinstellungen bei allen Browsersitzungen beibehalten werden.

Wenn Sie in einem Google-Konto angemeldet sind, erheben wir auch Daten, die wir in Ihrem Google-Konto speichern und als personenbezogene Daten erachten.

Quelle: <https://policies.google.com/privacy?hl=de> (zuletzt abgerufen: 26.09.2019).

Abb. 10: Entwicklung neuer Dienste

Entwicklung neuer Dienste



Wir nutzen die im Rahmen unserer bestehenden Dienste erhobenen Daten zur Entwicklung neuer Dienste. Beispielsweise halfen uns Erkenntnisse darüber, wie Personen Fotos in Picasa, der ersten Foto-App von Google, organisiert haben, bei der Entwicklung von Google Fotos.

Quelle: <https://policies.google.com/privacy?hl=de> (zuletzt abgerufen: 26.09.2019).

Abb. 11: Bereitstellung personalisierter Dienste

Bereitstellung personalisierter Dienste, einschließlich Inhalte und Werbeanzeigen



Wir nutzen die von uns erhobenen Daten zur Personalisierung unserer Dienste. Dazu zählen die Bereitstellung von Empfehlungen, von personalisierten Inhalten und von personalisierten Suchergebnissen. Beispielsweise erhalten Sie im [Sicherheitscheck](#)  Sicherheitstipps, die auf Ihre persönliche Nutzung von Google-Produkten zugeschnitten sind. Google Play nutzt Daten, etwa über Apps, die Sie installiert haben, und Videos, die Sie sich auf YouTube angesehen haben, um neue Apps zu empfehlen, die Ihnen gefallen könnten.

Quelle: <https://policies.google.com/privacy?hl=de> (zuletzt abgerufen: 26.09.2019).

Abb. 11.1: Personalisierte Dienste

Wir erheben in unseren Diensten Daten zu Ihren Aktivitäten. Diese Daten verwenden wir beispielsweise, um Ihnen ein YouTube-Video zu empfehlen, das Ihnen gefallen könnte. Unter anderem könnten folgende Aktivitätsdaten erhoben werden:

- Begriffe, nach denen Sie suchen
- Videos, die Sie sich ansehen
- Inhalte und Werbeanzeigen, die Sie sich ansehen und mit denen Sie interagieren
- Sprach- und Audiodaten bei Ihrer Nutzung von Audiofunktionen
- Kaufaktivitäten
- Personen, mit denen Sie kommunizieren oder Inhalte austauschen
- Aktivitäten auf Websites und Apps von Drittanbietern, die unsere Dienste nutzen
- Der Chrome-Browserverlauf, den Sie mit Ihrem Google-Konto synchronisiert haben

Wenn Sie unsere Dienste nutzen, um Anrufe zu tätigen und zu erhalten oder um Nachrichten zu senden und zu empfangen, erheben wir möglicherweise Telefonie-Informationen wie Ihre Telefonnummer, die Anrufernummer, die Nummer des Angerufenen, Weiterleitungsnummern, das Datum und die Uhrzeit von Anrufen und Nachrichten, die Dauer von Anrufen, Routing-Informationen und die Art der Anrufe.

Quelle: <https://policies.google.com/privacy?hl=de> (zuletzt abgerufen: 26.09.2019).

Auswertung und Analyse:

Google hält zur Darstellung der verschiedenen Verarbeitungszwecke in der Datenschutzerklärung Informationen in Bild und Text bereit (vgl. Abb. 8–11.1).²¹⁶

Problematisch ist im Hinblick auf die gewährten Informationen grundsätzlich, dass lediglich pauschal auf die Bereitstellung, Verbesserung, Personalisierung und Entwicklung von „Diensten“ verwiesen wird, ohne das *Google* in einem hinreichenden Aggregationsgrad darlegt, worin die Dienste im Einzelnen konkret bestehen. Denn *Google* bietet neben seinem Suchdienst zahlreiche weitere Funktionen und Dienste an, zum Beispiel GPS-System und Single Sign-On. Eine hinreichende Transparenz für Nutzer hinsichtlich der Frage, zu welchen Zwecken personenbezogene Daten oder Datenkategorien im Einzelnen im

²¹⁶ Vgl. Datenschutzerklärung *Google* mit Zwecknennungen, abrufbar unter: <https://policies.google.com/privacy?hl=de&gl=de#whycollect> (zuletzt abgerufen: 25.09.2019).

Rahmen des Geschäftsmodells von *Google* verarbeitet werden, bleibt offen und uneinsehbar.

Es erschließt sich für Nutzer in keiner Hinsicht, weshalb und inwieweit *Google* (wie in Abb. 11.1 ersichtlich) neben Suchbegriffen, Suchanfragen, sämtliche „Aktivitäten“ im Rahmen der Nutzung der Dienste sowie ggf. Telefonnummer, Anrufernummer, Nummer des Angerufenen, Weiterleistungsnummer, Datum und Uhrzeit sowie die Dauer des Anrufes zur pauschalen Optimierung der Dienste benötigt.

Offen bleibt zudem, welche Gewichtung diese Kriterien im Rahmen einer Relevanzbewertung durch *Google* im Rahmen ihrer algorithmischen Entscheidungssysteme erfahren.

Darüber hinaus sind im Hinblick auf die Personalisierung der Dienste die Anforderungen an eine Information im Falle einer automatisierten Einzelentscheidung nach Art. 13 Abs. 2 lit. f beziehungsweise Art. 14 Abs. 2 lit. g DS-GVO zu beachten. Das oben genannte aufgezeigte Anforderungsprofil wird nicht erfüllt.

Insofern reicht die Information „Wir verwenden die Daten, um ihre Suchergebnisse zu personalisieren und unsere Dienste für alle Nutzer zu optimieren. Abhängig von ihren Einstellungen verwenden wir ihre Daten möglicherweise auch als Grundlage für personalisierte Werbung.“²¹⁷ für eine Erfüllung der Informationspflichten aus der DS-GVO nicht aus.

Erforderlich wäre etwa, dass *Google* zumindest exemplarisch einen Verwendungsnachweis von Daten erbringt, so dass Nutzer hinreichend transparent gemacht wird, welche Datenverarbeitungen zu welchen Zwecken in der Regel durch *Google* vorgenommen werden.

Sofern *Facebook* dem Nutzer die Möglichkeit einräumt „einzustellen, dass dir keine Werbung mehr *angezeigt* wird“²¹⁸, so steht dies nicht im Einklang mit dem geltenden Datenschutzrecht. Denn datenschutzrechtlich geht es um die Notwendigkeit der Unterlassung der Verarbeitung der personenbezogenen Daten, nicht aber um das bloße Verbergen von Inhalten oder Beiträgen. Insofern ist diese „Verbergen“-Funktion nicht nur datenschutzrechtlich unzulässig, weil sie intransparent ist. Sie beinhaltet also unter Transparenzgesichtspunkten

217 Vgl. Datenschutzerklärung *Facebook*, abrufbar unter: <https://de-de.facebook.com/privacy/explanation> (zuletzt abgerufen: 30.09.2019).

218 Vgl. dazu <https://www.facebook.com/settings/ads> (zuletzt abgerufen: 30.09.2019).

keinen Mehrwert, sondern leitet den Nutzer sogar insofern in die Irre, als er davon ausgehen kann, dass das Verbergen der Information zugleich eine Unterlassung der Verarbeitung der Informationen bedeutet. Allein Letzteres muss *Facebook* sicherstellen und darauf muss sich die Information beziehen.

Erklärung insichtlich der Nennung von Interessen im Rahmen der Interessenabwägung:

Abb. 12: Berechtigte Interessen von Google

Aus berechtigten Interessen

Wir verarbeiten Ihre Daten, soweit wir oder Dritte ein berechtigtes Interesse daran haben, dies zu tun. Dabei wenden wir geeignete Maßnahmen zum Schutz Ihrer Daten an. Dies bedeutet, dass wir Ihre Daten u. a. für Folgendes verarbeiten:

- Bereitstellung, Wartung und Verbesserung unserer Dienste, um die Anforderungen unserer Nutzer zu erfüllen
- Entwicklung neuer Produkte und Funktionen, die für unsere Nutzer hilfreich sind
- Einblicke darüber, wie Personen unsere Dienste nutzen, um die Leistung unserer Dienste zu gewährleisten und zu verbessern
- Personalisierung unserer Dienste, um Ihnen ein besseres Nutzererlebnis zu bieten
- Marketing, um Nutzer über unsere Dienste zu informieren
- Werbung, um viele unserer Dienste kostenlos zur Verfügung stellen zu können (bei personalisierter Werbung holen wir Ihre Einwilligung ein)
- Aufdecken, Verhindern oder anderweitiges Bekämpfen von Betrug, Sicherheitsmängeln oder technischen Problemen
- Schutz der Rechte, des Eigentums oder der Sicherheit von Google, unserer Nutzer oder der Öffentlichkeit vor Schaden, soweit dies gesetzlich zulässig oder erforderlich ist, einschließlich der Offenlegung von Informationen gegenüber Behörden
- Durchführen von Recherchen, mit der unsere Dienste für unsere Nutzer verbessert werden können und die für die Öffentlichkeit von Vorteil sind
- Einhalten von Verpflichtungen gegenüber unseren Partnern wie Entwicklern und Rechteinhabern
- Durchsetzen rechtlicher Forderungen, einschließlich der Untersuchung möglicher Verletzungen anwendbarer Nutzungsbedingungen

Quelle: <https://policies.google.com/privacy?hl=de> (zuletzt abgerufen: 30.09.2019).

Auswertung und Analyse:

Abb. 12 zeigt die Darlegung der Interessen von *Google* im Rahmen einer Rechtfertigung der Datenverarbeitung aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DS-GVO und die Gestalt einer entsprechenden Information der Nutzer nach Art. 13 Abs. 1 lit. d sowie Art. 14 Abs. 2 lit. b DS-GVO. Kritisch ist hierbei vor allem, dass *Google* letztlich pauschal darauf verweist Daten zu verarbeiten, wenn *Google* selbst oder *Dritte* ein Interesse daran haben. Die Darstellung und Informationsgewährung sind unter Transparenzgesichtspunkten und nach den Anforderungen der DS-GVO unzureichend. So bleibt etwa vollständig unklar, weshalb das Interesse von *Google* „Einblicke darüber, wie Personen [die] Dienste nutzen, um die Leistung (...) zu verbessern“ im Rahmen einer Interessenabwägung das Recht auf informationelle Selbstbestimmung durch eine eigenständige und souveräne Auswahl- und Entscheidungsfreiheit der Nutzer überwiegen soll.

Erklärung insichtlich der Empfänger von Daten oder Empfängerkategorien:

Abb. 13: Weitergabe an Partner

Wir geben möglicherweise nicht personenbezogene Daten an die Öffentlichkeit und unsere Partner, beispielsweise an Publisher, Werbetreibende, Entwickler oder Rechteinhaber, weiter. Beispielsweise veröffentlichen wir Daten, um Trends bezüglich der allgemeinen Nutzung unserer Dienste aufzuzeigen. Darüber hinaus erlauben wir bestimmten Partnern, Daten von Ihrem Browser oder Gerät unter Verwendung ihrer eigenen Cookies oder ähnlicher Technologien zu Werbe- und Messzwecken zu erheben.

Quelle: <https://policies.google.com/privacy?hl=de#footnote-affiliates> (zuletzt abgerufen: 26.09.2019).

Abb. 14: Weitergabe an Stellen außerhalb von Google

Wir geben personenbezogene Daten an Stellen außerhalb von Google weiter, wenn wir nach Treu und Glauben davon ausgehen dürfen, dass der Zugriff auf diese Daten oder ihre Nutzung, Aufbewahrung oder Offenlegung vernünftigerweise notwendig ist, um folgende Zwecke zu erfüllen:

Quelle: <https://policies.google.com/privacy?hl=de#footnote-affiliates> (zuletzt abgerufen: 26.09.2019)

Abb. 15: Verbundene und andere vertrauenswürdige Unternehmen

Für die Verarbeitung durch andere Stellen

Wir stellen personenbezogene Daten unseren verbundenen Unternehmen, anderen vertrauenswürdigen Unternehmen oder Personen zur Verfügung, die diese in unserem Auftrag verarbeiten. Dies geschieht auf der Grundlage unserer Weisungen und im Einklang mit unserer Datenschutzerklärung sowie anderen geeigneten Vertraulichkeits- und Sicherheitsmaßnahmen. Beispielsweise nutzen wir Dienstanbieter zur Unterstützung beim Kundensupport.

Quelle: <https://policies.google.com/privacy?hl=de#footnote-affiliates> (zuletzt abgerufen: 26.09.2019).

Auswertung und Analyse:

Google erklärt (wie durch Abb. 13–15 erkennbar), dass Daten mit verbundenen Unternehmen, anderen vertrauenswürdigen Unternehmen oder Personen geteilt werden, die Datenverarbeitungen im Auftrag von *Google* vornehmen.²¹⁹ Im Hinblick auf die Gewährleistung von Transparenz nach den oben dargelegten Anforderungen aus Art. 13 Abs. 1 lit. e bzw. Art. 14 Abs. 2 lit. e DS-GVO sind die gewährten Informationen unzureichend.

Es bleibt insbesondere offen, was ein „verbundenes Unternehmen“ ist. *Google* erläutert den Begriff dahingehend, dass dies juristische Personen seien, die zur *Google*-Unternehmensgruppe gehören.²²⁰ Vor dem Hintergrund, dass diese Unternehmen gegebenenfalls selbst Verantwortliche sind, ist ein derartiger allgemeiner Hinweis unzureichend, weil für Nutzer nicht erkennbar ist, welche Unternehmen letztlich zur Unternehmensgruppe des Weltkonzerns *Google* gehören oder nach welchen Kriterien die Zugehörigkeit festgelegt wird. Gleiches gilt im Hinblick auf die Bezeichnung „vertrauenswürdige Unternehmen“.

Zudem ist der Hinweis auf eine Weitergabe von Daten an „Stellen außerhalb von *Google*“ datenschutzrechtlich nicht haltbar. Zum einen ist die Begründung, dass Daten an Stellen außerhalb von *Google* weitergegeben werden, sofern dies „nach Treu und Glauben (...) notwendig ist“ keiner Rechtfertigung über einen Erlaubnistatbestand der DS-GVO zugänglich.

Zum anderen ist auch hier vollkommen intransparent, an welche Stellen außerhalb von *Google* somit letztlich personenbezogene Daten übermittelt werden.

219 Vgl. Datenschutzerklärung *Google*, abrufbar unter: <https://policies.google.com/privacy?hl=de&gl=de#infosharing> (zuletzt abgerufen: 26.09.2019).

220 Vgl. Datenschutzerklärung *Google*, abrufbar unter: <https://policies.google.com/privacy?hl=de&gl=de#infosharing> (zuletzt abgerufen: 26.09.2019).

In allen Fällen fehlt auch ein Hinweis auf eine gegebenenfalls vorhandene Erklärung zur gemeinsamen Verantwortung entsprechend Art. 26 DS-GVO und der Rechtsprechung des EuGH zur gemeinsamen Verantwortlichkeit.²²¹

IV. Bewertung der Transparenzpflichten der DS-GVO im Hinblick auf die Gewährleistung von Transparenz zur Vielfaltssicherung

Die Untersuchung der Transparenzpflichten der DS-GVO im Hinblick auf die Gewährleistung von Transparenz zur Vielfaltssicherung zeigt, dass die DS-GVO den Medienintermediären bereits weitgehende Transparenzverpflichtungen auferlegt, sofern eine Verarbeitung personenbezogener Daten der Nutzer erfolgt.

Die Informationspflichten aus Art. 13 und 14 DS-GVO leisten somit bereits einen wesentlichen Beitrag zur Schaffung von Transparenz, die eine Stärkung der Souveränität des Einzelnen im Hinblick auf seine Auswahl- und Entscheidungsfreiheit bewirkt.

Gleichwohl offenbaren sich insbesondere zwei wesentliche Regelungslücken im System der DS-GVO.

Zum einen sind die Informationspflichten nur dann einschlägig, wenn eine Verarbeitung personenbezogener Daten erfolgt. Insofern sind die Transparenzpflichten hinsichtlich der Funktionsweise der algorithmischen Systeme und damit verbundener Datenverarbeitungen durch das Vorliegen eines personenbezogenen Datums determiniert und somit sachlich beschränkt.

Zum anderen beziehen sich die Informationspflichten der DS-GVO nur auf eine Informationsgewährung zum Zeitpunkt der Erhebung personenbezogener Daten. Die Informationspflichten können daher lediglich eine ex-ante Transparenz erzeugen, gehen aber im Hinblick auf die weitergehende Notwendigkeit zur Schaffung von ex-post Transparenz fehl. Die Schaffung nachträglicher Transparenz, etwa durch die transparente Aufschlüsselung, wie einzelne Inhalte durch Medienintermediäre zur Anzeige gelangen, wird somit durch die Pflichten der DS-GVO nicht abgebildet.

221 Vgl. *EuGH*, Urt. v. 05.06.2018 – Rs. C-210/16 Rn. 31 ff. – *Facebook Fanpage*; *EuGH*, Urt. v. 29.07.2019 – Rs. C-40/17 Rn. 64 ff. – *FashionID*.

B. Vielfaltssicherung durch Transparenz nach Vorgaben des MStV-E

Es soll nun herausgearbeitet werden, ob und inwieweit die Vorgaben des MStV-E zur Vielfaltssicherung durch Transparenz beitragen können. Zu diesem Zweck werden sowohl die Transparenzverpflichtungen aus § 53d MStV-E als auch das Diskriminierungsverbot aus § 53e MStV-E im Hinblick auf ihre inhaltliche Reichweite untersucht.

Dabei soll die Ausarbeitung insbesondere die durch die DS-GVO verbleibenden Regelungslücken in den Blick nehmen und analysieren, ob und inwieweit gegebenenfalls Überschneidungen zwischen den Transparenzverpflichtungen der DS-GVO und denjenigen des MStV-E bestehen oder ob und inwiefern die Regelungen des MStV-E weitergehend als diejenigen der DS-GVO sind oder ggf. hinter diesen zurückbleiben.

Insofern wird zunächst die inhaltliche Reichweite der Vorschriften des MStV-E untersucht und anschließend ein Kriterienkatalog entworfen, der das aus dem MStV-E folgende Anforderungsprofil hinsichtlich der Rahmenbedingungen zur Schaffung von Transparenz formuliert. Im Rahmen der Darstellung erfolgt – sofern geboten – ein „Praxischeck“, der die Einhaltung der Vorgaben des MStV-E durch Medienintermediäre darstellt und kritisch beleuchtet.

I. Transparenzverpflichtung nach § 53 d MStV-E

Der derzeitige Entwurf des MStV-E (Stand: September 2019) enthält insbesondere in § 53 d MStV-E eine Transparenzpflicht für Medienintermediäre.

Die Norm lautet wie folgt:

§ 53d MStV-E²²² – Transparenz

(1) Anbieter von Medienintermediären haben zur Sicherung der Meinungsvielfalt nachfolgende Informationen leicht wahrnehmbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar zu halten:

- 1. Die Kriterien, die über den Zugang eines Inhalts zu einem Medienintermediär und über den Verbleib entscheiden,*
- 2. die zentralen Kriterien einer Aggregation, Selektion und Präsentation von Inhalten und ihre Gewichtung einschließlich Informationen über*

222 Überarbeiteter Vorschlag zur Fassung von § 53 d MStV-E der Rundfunkkommission v. Juli 2019.

die Funktionsweise der eingesetzten Algorithmen in verständlicher Sprache.

- (2) Änderungen der in Absatz 1 genannten Kriterien sowie der Ausrichtung nach Absatz 3 sind unverzüglich in derselben Weise wahrnehmbar zu machen.*
- (3) Anbieter von Medienintermediären, die eine thematische Spezialisierung aufweisen, sind dazu verpflichtet, diese Spezialisierung durch die Gestaltung ihres Angebots wahrnehmbar zu machen. § 53 c Abs. 2 Nr. 2 bleibt unberührt.*
- (4) Anbieter von Medienintermediären, die Soziale Netzwerke anbieten, haben dafür Sorge zu tragen, dass Telemedien im Sinne von § 55 Abs. 3 gekennzeichnet werden.*
- (5) Jede Landesmedienanstalt kann gegenüber der nach § 36 Abs. 1 zuständigen Landesmedienanstalt Verstöße nach den Absätzen 1 bis 4 anzeigen.*

1. § 53d Abs. 1 S. 1 MStV-E

Nach § 53d Abs. 1 S. 1 MStV-E haben Medienintermediäre zur Sicherung der Meinungsvielfalt die in § 53d Abs. 1 Nr. 1 und 2 MStV-E genannten Informationen leicht wahrnehmbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar zu machen.

Die Norm enthält damit zunächst formelle Anforderungen, in welcher Form und auf welche Art und Weise die (nachfolgenden) materiellen Vorgaben durch Medienintermediäre umzusetzen sind.

a. „leicht erkennbar“

Hierzu statuiert § 53d Abs. 1 S. 1 MStV-E, dass die Informationen „leicht erkennbar“ sein müssen. Auf den ersten Blick erscheint diese Voraussetzung Art. 12 Abs. 1 S. 1 DS-GVO zu entsprechen, der ebenfalls eine „leicht zugängliche Form“ der Informationsgewährung fordert.

Unabhängig von der Frage einer inhaltlichen Übertragbarkeit der Anforderungen wohnen dem Begriff einer leichten Erkennbarkeit folgende Aspekte inne: Eine leichte Erkennbarkeit setzt voraus, dass die Informationen im Rahmen der Nutzung der Dienste eines Medienintermediärs für Nutzer ohne Weiteres wahrnehmbar sind. Dies beinhaltet die Ausgestaltung einer entsprechenden Menüführung und Leitung der Nutzer im Rahmen des User-Flows, gegeb-

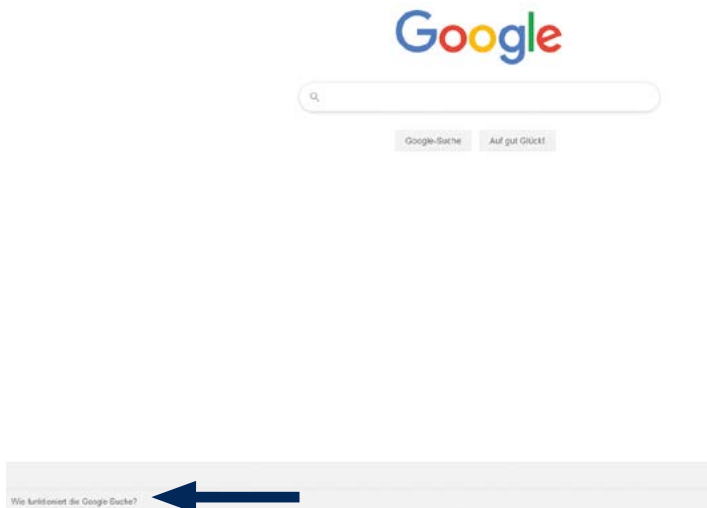
nenfalls durch optische Hinweise und Hervorhebungen oder grafische Darstellungen, so dass diese die entsprechenden Hinweise und Erläuterungen erkennen und optisch wahrnehmen können. Dies schließt es jedenfalls aus, dass die Informationen ins „Kleingedruckte“ oder in AGB verbannt werden. Die leichte Erkennbarkeit setzt dabei insbesondere voraus, dass die Informationen den Nutzern zur Verfügung gestellt und angeboten werden und nicht eine aufmerksame Suche interessierter Nutzer erfordert, um auffindbar zu sein.

Die leichte Erkennbarkeit erfordert zudem, dass die Bezeichnung des Menüfeldes oder die grafische Ausgestaltung des anklickbaren Buttons oder Ähnliches so gewählt ist, dass sich den Nutzern inhaltlich unmittelbar erschließt, zu welchen Informationen er durch Anwählen des Hinweises gelangt. So reicht etwa eine Information unter dem Punkt „Sonstiges“ nicht aus. Die Information hat somit stets leicht verständlich zu sein. Der Mittelweg zwischen unzulässiger Verkürzung und leichter Verständlichkeit in einer klaren Sprache ist wichtig. Er darf jedenfalls aus Gründen der Rechtssicherheit nicht zu Unklarheiten führen.²²³

Beispielhaft sei hier etwa die formelle Gestaltung der Startseiten von *Google* und *Facebook* angeführt. Im Rahmen der Startseite von *Google* befindet sich am unteren Rand des Browser-Fensters das Menüfeld „Wie funktioniert die Google-Suche?“.

223 Leichte Verständlichkeit gilt auch im Rahmen der Informationspflichten der DS-GVO, vgl. dazu HK-DS-GVO/BDSG-Schwartmann/Schneider, Art. 13 Rn. 21.

Abb. 16: Startseite von Google



Quelle: <https://www.google.com/?hl=de> (zuletzt abgerufen: 26.09.2019).

Gleiches gilt für die Darstellung auf der Startseite von *Facebook*.

Abb. 17: Startseite von *Facebook*

The image shows the Facebook homepage layout for registration. At the top, there's a blue header with the Facebook logo and login fields for 'E-Mail-Adresse oder Handynummer' and 'Passwort'. Below the header, the main content area is split into two columns. The left column features the text 'Auf Facebook bleibst du mit Menschen in Verbindung und teilst Fotos, Videos und vieles mehr mit ihnen.' accompanied by a graphic of people connected by lines. The right column is titled 'Registrieren' and contains the text 'Es geht schnell und einfach.' followed by registration form fields: 'Vorname', 'Nachname', 'Handynummer oder E-Mail-Adresse', 'Neues Passwort', and 'Geburstag' (with a date picker set to 27 Jan 1995). Below these fields are radio buttons for 'Geschlecht' (Weiblich, Männlich, Divers) and a 'Registrieren' button. At the bottom of the page, there's a navigation bar with various links. A blue arrow points to the 'Gruppen' link in the footer.

Quelle: <https://www.facebook.com> (zuletzt abgerufen: 26.09.2019).

Hier lässt sich bereits anzweifeln, ob vor dem Hintergrund der farbig ausgestalteten Logos und der optischen Dominanz der Suchleiste beziehungsweise des Registrierungs-Feldes der Hinweis auf Informationen zur Funktionsweise von *Google* und *Facebook* am unteren Rand des Browser-Fensters in kleiner Schriftgröße ausreicht. Um § 53d Abs. 1 S. 1 MStV-E ausreichend Rechnung zu tragen, wäre eine Platzierung des Hinweises als Button unmittelbar unter der Suchleiste oder des Registrierungs-Fensters sowie eine farbige Kennzeichnung vorzugswürdig.

Darüber hinaus erfasst das Erfordernis einer leichten Erkennbarkeit insbesondere, dass der Kontext im Rahmen der Nutzung der Dienste Berücksichtigung findet. So achten etwa Nutzer, die eine Suchanfrage bei *Google* eingeben in der Regel auf das Erscheinen der Suchleiste und beginnen unmittelbar mit dem Eintippen der Suchanfrage und nehmen den unauffällig platzierten Hinweis am unteren Rand des Browser-Fensters zur Funktionsweise der *Google*-Suche somit nicht wahr. Die leichte Erkennbarkeit erfordert somit auch, dass der Nutzer im Rahmen der Nutzung der Dienste auch im User-Flow die Hinweise entsprechend zur Wahrnehmung gelangen und Nutzer nicht erst einen „gedanklichen Stopp“ einlegen müssen, indem sie nach Hinweisen auf die Funktionsweise von *Google* oder *Facebook* suchen.

Im Hinblick auf die Informationsgewährung bei der Anzeige einzelner Inhalte erfordert der MStV-E somit, dass auch an den einzelnen Inhalten ein Hinweis derart angebracht ist, dass Nutzer diesen visuell leicht wahrnehmen können. Beispielhaft sei hier auf die formelle Ausgestaltung einer Anzeige eines Beitrages bei *Facebook* verwiesen:

Abb. 18: Screenshot eines Beitrages auf Facebook



Quelle: www.facebook.de

b. „unmittelbar erreichbar“

Weiter fordert § 53d Abs. 1 S. 1 MStV-E, dass die Informationen unmittelbar erreichbar sind.

Hierbei erstellt sich insbesondere die Frage, wie das Kriterium der „Unmittelbarkeit“ auszulegen ist. Dem Wortsinn nach fordert eine unmittelbare Erreichbarkeit, dass die Informationen ohne weiteren Zwischenschritt für Nutzer abrufbar beziehungsweise einsehbar sind. Dies macht es erforderlich, dass auf jeder Startseite im Browser-Fenster eines Medienintermediärs und an jedem angezeigten Inhalt, Beitrag etc. ein entsprechender Hinweis angebracht ist, der auf direktem Wege zu den notwendigen Informationen führt. Insofern erfordert die unmittelbare Erreichbarkeit nicht nur die Verfügbarkeit des Hinweises auf die Informationen, sondern auch, dass im nächsten Schritt die Informationen unmittelbar gewährt werden und keine weiteren Klicks erforderlich sind oder keine weitere Suche nach den Informationen notwendig ist.

Daraus folgt letztlich eine Form der verschärften Impressumspflicht, indem insofern ein strengerer Maßstab gilt als ihn der BGH durch seine „Zwei-Klick-Regel“²²⁴ festgelegt hat.

c. „ständig verfügbar“

Nach § 53d Abs. 1 S. 1 MStV-E sind dem Nutzer im Sinne der Transparenz Informationen „ständig verfügbar“ zu halten.

Es kommt hierbei somit nicht nur darauf an, dass die Informationen für den Nutzer wahrnehmbar in der Nähe der angezeigten Inhalte platziert werden, so dass er die notwendigen Informationen zur Funktion des Dienstes möglichst mit den ihm angezeigten Inhalten gemeinsam wahrnehmen kann, sondern auch, dass die Informationen während der gesamten Nutzung des Dienstes verfügbar bleiben.

Die ständige Verfügbarkeit erfordert zudem, dass der Nutzer die Informationen eigenständig nach Bedarf abrufen kann. Nicht ausreichend für eine ständige Verfügbarkeit ist somit etwa das turnusmäßige Einblenden eines Browser-Fensters, das zu den notwendigen Informationen führt, nach Betätigung, etwa eines „Zur Kenntnis genommen“-Buttons aber wieder ausgeblendet wird und anschließend nur über Umwege für Nutzer zu erreichen ist.

224 BGH, Urt. v. 20.7.2006 - I ZR 228/03 = NJW 2006, 3633.

Beispielhaft sei hier etwa darauf verwiesen, dass das Menüfeld „Wie funktioniert die Google-Suche?“ soweit ersichtlich nach Eingabe einer Suchanfrage im Rahmen der Ergebnisanzeige nicht mehr ohne wesentliche Zwischenschritte anwählbar ist.

The screenshot shows a Google search interface with the search bar containing 'MStV-E'. Below the search bar, there are navigation links for 'Alle', 'Maps', 'News', 'Videos', 'Shopping', 'Mehr', 'Einstellungen', and 'Suchfilter'. The search results are displayed below, starting with 'Ungefähr 433.000 Ergebnisse (0,39 Sekunden)'. The first result is from 'www.rtp.de' titled 'Medienpolitik > MStV-E_Synopse_2019-07_Online_...' with a PDF icon. The second result is from 'www.rtp.de' titled 'Eingaben_Medienstaatsvertrag > MEDIA_BROADCAST_...' with a PDF icon. The third result is from 'rechtundnetz.com' titled 'der-entwurf-zum-medienstaatsvertrag-und-die-no...'. The fourth result is from 'usk.de' titled 'stellungnahme-zum-entwurf-fuer-einen-medienstaatsvertrag'. Below the search results, there is a section titled 'Ähnliche Suchanfragen zu MStV-E' with a list of related queries. At the bottom, there is a Google logo with a search bar and a 'Weiter' button. Below the search bar, there is a location bar showing 'Deutschland' and '04277, Leipzig'.

Google

MStV-E

Alle Maps News Videos Shopping Mehr Einstellungen Suchfilter

Ungefähr 433.000 Ergebnisse (0,39 Sekunden)

www.rtp.de > Medienpolitik > MStV-E_Synopse_2019-07_Online_... PDF
medienstaatsvertrag - rtp.de
gemein zugängliche Präsentation von Inhalten trägt, 14 e. Video-Sharing-Dienst ein
Telemedium, bei dem der Hauptzweck des Dienstes oder eines trennbaren.

www.rtp.de > Eingaben_Medienstaatsvertrag > MEDIA_BROADCAST_... PDF
MStV-E_Stellungnahme MEDIA BROADCAST_28 ... - rtp.de
Medienintermediäre a) Suchmaschinen, b) Soziale Netzwerke, c) App Portale, d) User
Generated Content Portale, e) Blogging Portale, f) News Aggregatoren.]

rechtundnetz.com > der-entwurf-zum-medienstaatsvertrag-und-die-no...
Der Entwurf zum Medienstaatsvertrag und die Novellierung ...
Der erste Arbeitsentwurf des Medienstaatsvertrags[1] (MStV-E), der am 23. Juli 2018
veröffentlicht wurde, wird von der Netzgemeinde aber eher kritisch ...

usk.de > stellungnahme-zum-entwurf-fuer-einen-medienstaatsvertrag
Stellungnahme zum Entwurf für einen Medienstaatsvertrag ...
15.08.2019 - Derzeit arbeitet die Rundfunkkommission der Länder an einem zweiten Entwurf für
einen neuen, reformierten Medienstaatsvertrag (MStV).

Ähnliche Suchanfragen zu MStV-E

medienstaatsvertrag rtp	medienstaatsvertrag rundfunkstaatsvertrag
medienstaatsvertrag text	medienstaatsvertrag kritik
medienstaatsvertrag wiki	medienstaatsvertrag rheinland pfalz
medienstaatsvertrag 2020	medienstaatsvertrag entwurf dezember 2019

Googoooooooooooo >

1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 Weiter

Deutschland 04277, Leipzig - Laut meiner IP-Adresse - Genauen Standort verwenden - Weiter

Quelle: www.google.de

2. § 53d Abs. 1 Nr. 1 und 2 MStV-E

Nach § 53d Abs. 1 Nr. 1 und 2 MStV-E haben Anbieter von Medienintermediären zur Sicherung der Meinungsvielfalt sowohl die Kriterien, die über den Zugang eines Inhalts zu einem Medienintermediär und über den Verbleib entscheiden als auch die zentralen Kriterien einer Aggregation, Selektion und Präsentation von Inhalten und ihre Gewichtung einschließlich Informationen über die Funktionsweise der eingesetzten Algorithmen in verständlicher Sprache leicht wahrnehmbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar zu halten.

Insofern normieren und konkretisieren § 53d Abs. 1 Nr. 1 und 2 MStV-E die inhaltlichen Anforderungen, die bei einer Gewährung von Informationen zu beachten sind.

a. Ex-ante Transparenz oder ex-post Transparenz nach dem MStV-E?

Es stellt sich im Ausgangspunkt zunächst die Frage, in welchem Sinne die Vorschrift des § 53d MStV-E auszulegen ist, also ob § 53d MStV-E nur die Informationen über die maßgeblichen Kriterien aus einer ex-ante Perspektive fordert oder die Informationsgewährung über die Kriterien sowohl aus einer ex-ante Sicht als auch ex-post mitumfasst.

aa. „Entscheiden“ oder „entschieden haben“

Hierzu ist die Vorschrift nach den Regeln der juristischen Methodenlehre auszulegen. Insofern ist zunächst der Wortlaut der Vorschrift in den Blick zu nehmen, der letztlich die Grenze einer jedweden Auslegung determiniert. Der Wortlaut legt in § 53d Abs. 1 Nr. 1 MStV-E eine Beschränkung auf die Schaffung einer ex-ante Transparenz nahe. § 53d Abs. 1 Nr. 1 MStV-E fordert eine Information über die Kriterien, die über den Zugang eines Inhalts und dessen Verbleib *entscheiden*. Die Kriterien, die über den Zugang eines Inhalts und dessen Verbleib *entschieden haben* sind somit im Sinne einer grammatikalischen Auslegung tatbestandlich nicht erfasst. Nach § 53d Abs. 1 Nr. 2 MStV-E müssen die zentralen Kriterien einer Aggregation, Selektion und Präsentation und Gewichtung von Inhalten transparent gemacht werden.

Wortlaut

Dem Wortlaut lässt sich insofern keine eindeutige Aussage entnehmen. Zwar könnte man wie im Rahmen aufgrund des unmittelbaren Zusammenhangs mit § 53 d Abs. 1 Nr. 1 MStV-E annehmen, dass die Norm ebenfalls nur die ex-ante

Offenlegung über die Kriterien einer Aggregation, Selektion und Präsentation und Gewichtung von Inhalten erfasst, dieses Verständnis ist aber keineswegs zwingend. Zwar ist zu bemerken, dass sich die Vorschrift bei einer Gesamtbeurteilung so liest, dass sie gegenüber Medienintermediären die Handlungsaufforderung enthält, die wesentlichen Kriterien ihrer Systeme transparent zu machen, sich dies aber gleichzeitig nicht auf die Ergebnisse, die diese Kriterien hervorbringen, erstreckt, der Wortlaut lässt aber letztlich in dieser Hinsicht keinen eindeutigen Schluss zu. Ob die Formulierung der Vorschrift nur die Schaffung von ex-ante Transparenz über die Kriterien meint oder gleichsam die Kriterien auch ex-post offenzulegen sind, ist somit offen.²²⁵

Telos

In teleologischer Hinsicht ist zum einen zu berücksichtigen, dass die Vorschrift die Gewährleistung umfassender Transparenz im Hinblick auf die Auswahl- und Entscheidungsfreiheit der Nutzer sowie eine entsprechende Kontrollmöglichkeit im Hinblick auf die Rechtskonformität ermöglichen soll. Diese Ziele können wie oben (vgl. S. 125) dargelegt sinnvoll nur durch die Schaffung sowohl einer ex-ante als auch einer ex-post Transparenz über die maßgeblichen Kriterien erreicht werden. Gegen eine derartige Sichtweise spricht allerdings, dass es der Gesetzgeber unterlassen hat, ein „Ergebniselement“ in die Vorschrift mit aufzunehmen, das Medienintermediäre nicht nur zur Offenlegung der Kriterien im Allgemeinen verpflichtet, sondern sie darüber hinaus auch einzelne Nachweise und Ergebnisse dieser Funktionen und Kriterien offenlegen müssen. Insofern scheint der Begriff der „Kriterien“ die „allgemeinen Regeln, denen das System folgt“, zu meinen und nicht „die besonderen Regeln, die für einzelne Nutzer bei der Anzeige der Inhalte im Rahmen der konkreten Relevanzbewertung gelten“. Demgegenüber liefe aber das wesentliche Regulierungsziel von Transparenz, eine Kontrolle der Einhaltung der Kriterien im Sinne einer „Ergebniskontrolle“ und dadurch unter anderem auch eine Selbstbegrenzung der Medienintermediäre zu bewirken leer, wenn die Ergebnisse der Auswertungen den Nutzern verschlossen blieben. Der Telos der Norm fordert somit nicht nur

225 Zur Unbestimmtheit der Norm in dieser Hinsicht vgl. Stellungnahme von *Google* zum Diskussionsentwurf zu den Bereichen Rundfunkbegriff, Plattformregulierung und Intermediäre – „Medienstaatsvertrag“, S. 30 abrufbar unter https://www.rlp.de/fileadmin/rlp-stk/pdf-Daten/Medienpolitik/Eingaben_Medienstaatsvertrag/Verbaende__Rundfunkbegriff_/Google.pdf (zuletzt abgerufen: 26.09.2019). Die Auffassung von *Google*, die Norm verstoße aufgrund dessen gegen das Bestimmtheitsgebot wird demgegenüber abgelehnt. Insbesondere weil der Gesetzgeber die Offenheit der Norm über die Satzungsbefugnis der Medienanstalten nach § 53 g MStV-E auffängt, dazu unten S. 149.

die Schaffung einer ex-ante Transparenz, sondern erstreckt sich auch auf die Gewährleistung einer ex-post Transparenz.

Systematik

In systematischer Hinsicht ist im Rahmen der Auslegung insbesondere das Diskriminierungsverbot aus § 53e MStV-E, vor allem § 53e Abs. 2 MStV-E (dazu S. 137) zu berücksichtigen. Danach liegt ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot insbesondere dann vor, wenn von den nach § 53d Abs. 1 MStV-E genannten Kriterien ohne sachlichen Grund abgewichen wird. Eine Feststellung, ob ein diesbezüglicher Verstoß der Medienintermediäre vorliegt, ist aber nur dann möglich, wenn eine Abweichung im Sinne einer Differenz zwischen benannten Kriterien und Inhalts- beziehungsweise Ergebnisanzeige feststellbar ist. Dies erfordert aber zwingend die nachträgliche Offenlegung welche Kriterien in welchem Sinne zur Anzeige der Inhalte geführt haben und damit eine ex-post Transparenz. Insofern liegt in systematischer Hinsicht die Annahme sowohl einer ex-ante als auch einer ex-post Transparenzverpflichtung im Rahmen von § 53d MStV-E nahe.

bb. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass die Norm zumindest die Schaffung von ex-ante Transparenz normiert. Die Notwendigkeit nachträglicher ex-post Transparenz ist als Ergebnis einer wertenden und extensiven Auslegung angezeigt und geboten, jedenfalls nicht contra legem.

b. § 53d Abs. 1 Nr. 1 und 2 MStV-E: Kriterien über den Zugang eines Inhalts

Nach § 53d Abs. 1 Nr. 1 und 2 MStV-E haben Anbieter von Medienintermediären zur Sicherung der Meinungsvielfalt sowohl die Kriterien, die über den Zugang eines Inhalts zu einem Medienintermediär und über den Verbleib entscheiden in verständlicher Sprache leicht wahrnehmbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar zu halten.

Zu klären ist, welche inhaltliche Reichweite der Begriff der „Kriterien über den Zugang“ aufweist.

Kriterien über den Zugang stellen dabei jedenfalls die Parameter dar, die Medienintermediäre zur Bereitstellung ihrer Dienste und Funktionen in ihrem Datenpool berücksichtigen. Medienintermediäre müssen also darlegen, auf welchem Wege, also aufgrund welcher Bedingungen und durch welche

Verfahren durch zum Beispiel Indexierung, Inhalte durch Medienintermediäre auffindbar und verfügbar gemacht werden. Medienintermediäre müssen somit ihre „Zugangsregeln“ transparent machen. So müssen Suchmaschinen etwa darlegen, unter welchen Voraussetzungen eigene Inhalte oder Inhalte Dritter in den Dienst miteingebunden werden und fortan über die Suchmaschine aufgefunden werden können. Dabei muss die Information so ausgestaltet sein, dass Nutzer erkennen können, durch welche Bedingungen oder mittels welcher Verfahren ihre Inhalte oder Inhalte Dritter über zum Beispiel *Google* verfügbar gemacht werden. Zu den Kriterien des Zugangs zählt dabei auch die Offenlegung, ob sämtliche Inhalte durch Indexierung abrufbar sind oder nur diejenigen, die Medienintermediäre selbst festgelegt haben (z.B. Ausklammerung von strafbewehrten Inhalten). Die Information muss dabei so ausgestaltet sein, dass Nutzer auch erkennen können, weshalb bestimmte Inhalte gerade *nicht* über die Dienste von Medienintermediären aufzufinden sind. Zu den Kriterien über den Zugang von Inhalten gehört dabei auch die Information darüber, inwiefern Nutzer-, Eigen- und Drittinteressen den Zugang zu Inhalten über Medienintermediäre beeinflussen können.

Dies bedeutet in der Praxis letztlich, dass Medienintermediäre darüber informieren müssen, aufgrund welcher einprogrammierten und ggf. wertenden Annahmen, die Suchalgorithmen Inhalte filtern und über den Dienst auffindbar machen. *Google* bezeichnet etwa die Organisation zu Informationen zu Webseiten im Suchindex als „Bibliothek“²²⁶. § 53d Abs. 1 Nr. 1 MStV-E fordert Medienintermediäre nun auf, die Voraussetzungen anhand von Kriterien darzulegen, unter denen Inhalte im Netz Eingang in die „Bibliothek“ von *Google* finden.

Die Benennung der Kriterien, die über den Verbleib von Inhalten entscheiden, umfasst damit die Offenlegung der Regeln, nach denen – spiegelbildlich zum Zugang von Inhalten – verfügbar gemachte Inhalte aus dem Suchindex des Medienintermediärs entfernt werden. Ein Beispiel wäre etwa, dass Medienintermediäre als Kriterium offenlegen, dass sie die Verknüpfung einer Suchanfrage mit einer URL einer Webseite dann löschen, wenn ein Rechteinhaber ein Recht auf Vergessen nach Art. 17 DS-GVO geltend gemacht hat.

226 Erklärung von *Google* unter „Organisation der Webinhalte“, abrufbar unter <https://www.google.com/search/howsearchworks/?fg=1> (zuletzt abgerufen: 26.09.2019).

Insoweit muss sich aus den Informationen ergeben, nach welchen Kriterien Medienintermediäre Inhalte in ihren Bestand an auffindbaren Inhalten und damit in ihren Datenpool aufnehmen. Unter Transparenzgesichtspunkten müssen Medienintermediäre somit darlegen, ob sie ein „Nadelöhr“ oder ein „offenes Scheuentor“ für die Informationsvermittlung im Internet sind und ggf. auf Alternativen hinweisen (vgl. ab S. 63).

c. § 53d Abs. 1 Nr. 2 MStV-E: Kriterien einer Aggregation, Selektion und Präsentation von Inhalten und ihre Gewichtung sowie Funktionsweise der Algorithmen

§ 53d Abs. 1 Nr. 2 MStV-E fordert, dass Medienintermediäre Informationen zu den zentralen Kriterien einer Aggregation, Selektion und Präsentation von Inhalten und ihre Gewichtung einschließlich Informationen über die Funktionsweise der eingesetzten Algorithmen in vorhalten sollen.

Zu klären ist zunächst die inhaltliche Reichweite der Begriffe der Aggregation, Selektion, Präsentation und Gewichtung sowie der Funktionsweise der eingesetzten Algorithmen,

Aggregation bezeichnet im Ausgangspunkt den Vorgang einer Verdichtung von Daten durch einen Übergang von verschiedenen Variablen und Datenpunkten zu einheitlichen Kenngrößen und umfassenderen Parametern.²²⁷ Im Hinblick auf den Umfang der Transparenzpflichten der Medienintermediäre fordert § 53d Abs. 1 Nr. 2 MStV-E somit, dass diese offen legen, wie einzelne Daten derart zusammengeführt werden, dass sich daraus Grundannahmen ergeben, die in einen programmierbaren Algorithmus überführt werden können. So muss zum Beispiel *Google* offenlegen, wie der Dienst trotz Tippfehlern eines Wortes bei der Suchanfrage per Autokorrektur treffende Ergebnisse generiert. Letztlich beinhaltet der Begriff der Aggregation somit, dass Medienintermediäre die Kriterien benennen müssen, nach denen diese zum Beispiel ihre Dienste „optimieren“ und Ergebnisse „personalisieren“.

Der Begriff der **Selektion** umschreibt die Auswahl von Daten und deren Verknüpfungen, die aufgrund eigener Wertungsentscheidungen als relevant definiert werden.²²⁸ In diesem Sinne umfasst der Begriff insbesondere die

227 Rottmann, Gabler Wirtschaftslexikon zum Begriff der Aggregation, abrufbar unter <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/aggregation-30653#head4> (zuletzt abgerufen: 26.09.2019).

228 Siepermann, Gabler Wirtschaftslexikon zum Begriff der Selektion, abrufbar unter <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/selektion-42411> (zuletzt abgerufen: 26.09.2019).

Darlegung, welche Daten letztlich in den Datenpool der Medienintermediäre einfließen. Dies umfasst dabei nicht nur die Verarbeitung personenbezogener Daten, für die die DS-GVO spezielle Regelungen enthält, sondern auch die Auswahl sonstiger, nicht personenbezogener Daten und Datenpunkte, die durch Medienintermediäre verarbeitet werden. So müssen Medienintermediäre nicht nur die Daten (zumindest anhand von Kategorien) benennen, sondern auch offen legen, nach welchen Kriterien diese Daten ausgewählt und als „relevant“ eingestuft werden.

Die **Präsentation** von Inhalten meint die anhand von Kriterien benannte Art und Weise, wie und weshalb Inhalte letztlich für Nutzer angezeigt werden. Hierbei sind durch die Medienintermediäre die Parameter und Kriterien darzulegen, die für eine Präsentation von Inhalten relevant sind. Entscheidend ist, dass Medienintermediäre transparent machen, aufgrund welcher Funktionsweisen und mittels welcher algorithmischen Entscheidungs- und Empfehlungssysteme Inhalte für Nutzer angezeigt werden. Dabei haben Medienintermediäre auch zu erläutern, wie sich das für jeden Nutzer unterschiedliche personalisierte Ranking von Inhalten in der Präsentation der Inhalte niederschlägt. So müssen Nutzer nachvollziehen können, weshalb ihnen bestimmte Inhalte angezeigt werden. In praktischer Hinsicht kommt etwa ein für Nutzer an einem Beitrag angebrachtes Menüfeld oder ein Button in Betracht (z.B. *„Warum sehe ich diesen Beitrag?“*). Hierbei bezieht sich die Informationsgewährung sowohl auf eine ex-ante als auch eine ex-post Transparenz.

Abb. 20: Beispiel eines Beitrages auf Facebook:



Quelle: Eigene Darstellung, www.facebook.de

Anhand dieser Erläuterungen ist eine Information über die Parameter möglich, die zu Transparenz über die Funktionsweise einer Anzeige von Inhalten führt. Durch einen aus drei Punkten bestehenden, anklickbaren Reiter, werden bei der jeweiligen Anzeige im Facebook News-Feed weitere Informationen über die Anzeige verfügbar gemacht. Unter der Rubrik „Warum wird mir das angezeigt“ erfolgt eine Erklärung. Hier erhält der Nutzer Einblick in die für die

Anzeige der Werbung ausschlaggebenden Kriterien, so wie sie zur Anzeige im persönlichen News-Feed geführt haben (ex-post Transparenz). Zusätzlich wird dem Nutzer die Möglichkeit eingeräumt, alle Anzeigen des Inhaltenbieters in der Zukunft zu verbergen. Diese Funktionsweise hält *Facebook* allerdings derzeit nur bei Inhalten vor, bei denen es sich um Werbeanzeigen handelt.

Grundsätzlich reicht eine kurze Benennung von Kriterien zur Präsentation von Inhalten, die dem Nutzer in der Regel bereits bekannt sein werden (Markierung mit „Gefällt mir“ und Auswahlentscheidung des Nutzers) nicht aus. Notwendig ist vielmehr, dass Medienintermediäre darlegen, aufgrund welcher Datenverarbeitungen sie Inhalte für Nutzer als „relevant“ einstufen und ihnen zur Anzeige bringen. In Betracht kommt hier etwa eine Darstellung im Sinne des oben genannten Browser-Plug-Ins *Lightbeam* (auf S. 87), der das Nutzerverhalten und die Auswertung durch Medienintermediäre für Nutzer nachvollziehbar macht und kennzeichnet, welche Kriterien maßgeblich dafür waren, das bestimmte beziehungsweise die angezeigten Inhalte für den Nutzer ausgewählt wurden.

Die Benennung von Kriterien der Gewichtung von Inhalten, einschließlich Informationen zur Funktionsweise der eingesetzten Algorithmen enthält inhaltlich zwei verschiedene Aspekte: Die Benennung von Kriterien zur Gewichtung von Inhalten erfordert nach § 53d Abs. 1 Nr. 2 MStV-E zum einen, dass Medienintermediäre darlegen, aufgrund welcher einprogrammierten algorithmischen Annahmen Medienintermediäre einzelne Inhalte für einen Nutzer als relevant identifizieren und ihm daraufhin anzeigen. Dies macht es notwendig, dass Medienintermediäre die Funktionsweise ihrer Ranking-Systeme transparent machen, indem sie anhand von Kriterien benennen, wie Suchalgorithmen die für Nutzer „relevanten“ Ergebnisse liefern. Die Gewichtung beinhaltet dabei zum einen die Darlegung der einem Medienintermediär zur Verfügung stehenden Daten (ex-ante) und zum anderen die Aufschlüsselung, welche Datenpunkte ausgewählt und mit einem besonderen Schwerpunkt versehen wurden, die letztlich zur Anzeige eines Inhalts geführt haben (ex-post).

Abb. 21: Darlegung der Funktionsweise der Suchalgorithmen von Google

Funktionsweise der Suchalgorithmen

Bei der Menge an Informationen im Web wäre es ohne Vorsortierung nahezu unmöglich, das Gesuchte zu finden. Deshalb gibt es die Rankingsysteme von Google: Sie durchsuchen Milliarden von Webseiten im Suchindex und präsentieren dir die relevantesten und nützlichsten Ergebnisse in Sekundenschnelle.

Diesen Rankingsystemen liegt eine ganze Reihe von Algorithmen zugrunde. Damit du die nützlichsten Informationen erhältst, wird eine Vielzahl von Faktoren herangezogen. Dazu gehören unter anderem die in deiner Suchanfrage verwendeten Wörter, die Relevanz und Nützlichkeit von Seiten, die Sachkenntnis von Quellen sowie dein Standort und deine Einstellungen. Die Gewichtung der einzelnen Faktoren hängt von der Art deiner Suchanfrage ab. Zum Beispiel spielt die Aktualität der Inhalte bei der Beantwortung von Fragen zu aktuellen Themen eine größere Rolle als bei Wörterbuchdefinitionen.

Damit die Suchalgorithmen die hohen Anforderungen an Relevanz und Qualität erfüllen, haben wir ein strenges Verfahren, das sowohl Livetests als auch Tausende geschulter externer Evaluatoren zur Bewertung der Qualität der Google-Suche umfasst. Diese Evaluatoren folgen strengen Richtlinien, in denen unsere Ziele für Suchalgorithmen festgehalten sind. Diese Richtlinien sind öffentlich zugänglich und können von jedem eingesehen werden.

Im Folgenden findest du weitere Informationen zu den Schlüsselfaktoren, anhand derer wir entscheiden, welche Ergebnisse du für deine Suchanfrage erhältst:

Quelle: <https://www.google.com/search/howsearchworks/algorithms/> (zuletzt abgerufen: 17.12.2019).

§ 53d Abs. 1 Nr. 2 MStV-E fordert von Medienintermediären daher, dass sie die Kriterien benennen, anhand derer sie bestimmen können, ob und inwiefern ein Inhalt für einen Nutzer „nützlich“ beziehungsweise „relevant“ ist. Der allgemeine und letztlich selbsterklärende Hinweis von Google „Die Gewichtung der einzelnen Faktoren hängt von der Art deiner Suchanfrage ab“, wird hierbei den Anforderungen des MStV-E nicht gerecht. Erforderlich ist vielmehr, dass Medienintermediäre – zumindest beispielhaft – aufzeigen, welche Faktoren die Gewichtung festlegen. Hierbei muss sich die Informationsgewährung nicht nur Antwort auf die Frage geben, welche Kriterien im Vorhinein als maßgeblich definiert werden (ex-ante), sondern auch welche Kriterien im konkreten Fall letztlich ausschlaggebend für die Anzeige eines bestimmten Inhalts waren (ex-post).

So müsste Google etwa darlegen, weshalb bei der Suchanfrage „Restaurant Köln“ nicht das preiswerte Restaurant im eigenen Wohnviertel, sondern das hochpreisige Restaurant mit Blick auf den Kölner Dom in der Ergebnisliste

erscheint. Sofern bei der Ergebnisanzeige Standortdaten, Zielgruppenanalysen und das bisherige Nutzungsverhalten berücksichtigt wurden, müssen Medienintermediäre nunmehr darlegen, weshalb sie einzelne Kriterien mehr gewichten – im Beispiel etwa die voraussichtliche Zielgruppe – und andere Kriterien – etwa den Standort – vernachlässigen. Gleiches gilt im Rahmen von meinungsrelevanten Inhalten: Hier sind Medienintermediäre durch § 53d Abs. 1 Nr. 2 MStV-E in der Pflicht darzulegen, weshalb die Anzeige bestimmter Inhalte durch eine Gewichtung von persönlichen Interessen, aktuelle Bezüge oder den Standort der Nutzer beeinflusst wurde und inwiefern diese Parameter bei der Anzeige von Inhalten ausschlaggebend waren.

Zum anderen müssen Medienintermediäre in diesem Zusammenhang unabhängig von der Gewichtung der einzelnen Kriterien die Funktionsweise der eingesetzten Algorithmen darlegen. Hierbei reicht der Hinweis „Den Rankingsystemen liegt eine Reihe von Algorithmen zugrunde“ (vgl. Erklärung von *Google* in Abb. 21) nicht aus. § 53d Abs. 1 Nr. 2 MStV-E fordert vielmehr, dass Medienintermediäre zumindest einige der eingesetzten Algorithmen nach Kriterien benennen (z.B. Suchalgorithmus, Auswahlalgorithmus etc.) und deren grundsätzliche Funktionsweise aufzeigen. Hierbei kann die Funktionsweise etwa anhand von Beispielen oder durch ein Video erläutert werden. Die tautologische Erläuterung, dass „die Aktualität von Inhalten bei der Beantwortung von Fragen zu aktuellen Themen“ (vgl. Erklärung von *Google* in Abb. 21) bei der Funktion der Algorithmen eine Rolle spielt, genügt hierbei nicht. Es ist entscheidend, dass die Informationen dergestalt gewährt werden, dass der Einzelne ein Grundverständnis dafür entwickeln kann, welche Algorithmen welche Funktionsweisen besitzen und inwieweit diese Algorithmen Einfluss auf die Anzeige von Inhalten nehmen. Hinsichtlich des Detailgrades der Darstellung ist wie im Datenschutzrecht die Grenze der Transparenz gegenüber dem Nutzer eines Medienintermediärs durch das Betriebs- und Geschäftsgeheimnis der Unternehmen gezogen. Die genaue Wirkungsweise der Programme zur Aggregation, Selektion und Präsentation von Inhalten durch Medienintermediäre ist ein Teil des wirtschaftlichen Fundaments der Unternehmen und deshalb als Geheimnis nur einem ausgewählten Personenkreis bekannt. Um der gebotenen Transparenz zu genügen, ist daher ein gewisser Abstraktionsgrad erforderlich, um einerseits den Schutz von Geschäftsgeheimnissen zu wahren und andererseits die notwendige Transparenz der Funktionsweisen gegenüber dem Nutzer herzustellen. Dabei werden

Medienintermediäre die grundsätzlichen Funktionsweisen beschreiben und die einfließenden Faktoren jedenfalls insoweit benennen müssen, wie dies dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen nicht entgegensteht. Eine allgemeine, verständliche Beschreibung der Berechnungsgrundlage und der Methodik dieser Berechnungen zur Erfüllung der Informationspflicht ist demnach ausreichend. Zweck dieser Darstellungen soll es sein, dem Nutzer transparent zu machen, wie die Aggregation, Selektion und Präsentation erfolgt.

3. § 53d Abs. 2 bis 4 MStV-E: besondere Kennzeichnungspflichten

§ 53d Abs. 2 bis 4 MStV-E enthalten besondere Kennzeichnungspflichten.

So sind nach § 53d Abs. 2 MStV-E Änderungen der in Absatz 1 genannten Kriterien sowie der Ausrichtung nach Absatz 3 sind unverzüglich in derselben Weise wahrnehmbar zu machen. Die Norm statuiert somit eine nachträgliche Informationspflicht, sofern sich die Kriterien hinsichtlich der Aggregation, Selektion, Präsentation von Inhalten oder deren Gewichtung ändern. Hierbei gelten durch das „in derselben Weise“ des Gesetzeswortlauts die oben entwickelten formellen Maßstäbe hinsichtlich der leichten Erkennbarkeit, ständigen Verfügbarkeit und unmittelbaren Erreichbarkeit der Informationserteilung an dieser Stelle entsprechend. Hinsichtlich des Zeitpunktes der Informationsgewährung ist „unverzüglich“ insoweit in Anknüpfung an das Zivilrecht als „ohne schuldhaftes Zögern“ zu verstehen. Dementsprechend wird die nachträgliche Informationspflicht dann ausgelöst, sobald Medienintermediäre die oben genannten Kriterien ändern. Der Begriff der „Änderung“ erfasst dabei sowohl geringfügige als auch grundlegende Änderungen. Ausgenommen können Bagatellfälle sein, wie etwa Korrekturen von Rechtschreibfehlern etc., die den Aussagegehalt der Kriterien unverändert lassen. Hinsichtlich des maßgeblichen Zeitpunktes der „Änderung“ ist festzuhalten, dass die Informationspflicht dann ausgelöst wird, sobald sich die Kriterien ändern. Hierbei kann die Änderung der Kriterien und die Änderung der Funktionsweise auch zeitlich zusammenfallen, etwa wenn die Änderungen sofort aktiv werden. Entscheidend ist, dass eine Information unmittelbar im Anschluss daran erfolgt.

Nach § 53d Abs. 3 MStV-E sind Anbieter von Medienintermediären, die eine thematische Spezialisierung aufweisen, dazu verpflichtet, diese Spezialisierung durch die Gestaltung ihres Angebots wahrnehmbar zu machen. § 53c Abs. 2 Nr. 2 bleibt unberührt. Die Vorschrift sieht somit eine besondere

Kennzeichnungspflicht von Medienintermediären mit thematischer Spezialisierung vor. Dies können etwa Soziale Netzwerke ausschließlich zu beruflichen Zwecken wie *Xing* oder *LinkedIn* sein. Diese Medienintermediäre müssen ihre Spezialisierung durch die Gestaltung ihres Angebots wahrnehmbar machen. Hinsichtlich der „Wahrnehmbarkeit“ der thematischen Spezialisierung sind hier großzügigere Maßstäbe als unter § 53d Abs. 1 MStV-E anzulegen. Ausreichend ist, dass die Spezialisierung für Nutzer vor und bei Nutzung der Dienste hinreichend erkennbar gemacht wird.

Gemäß § 53d Abs. 4 MStV-E haben Anbieter von Medienintermediären, die soziale Netzwerke anbieten, dafür Sorge zu tragen, dass Telemedien im Sinne von § 55 Abs. 3 gekennzeichnet werden. Insofern obliegen Medienintermediären besondere Kennzeichnungspflichten. Die Form der Darstellung kann sich hierbei an den o.g. Kriterien und Maßstäben orientieren. In Betracht kommt etwa die Anbringung einer Kennzeichnung an den jeweiligen Beiträgen, so dass Nutzer diese unmittelbar wahrnehmen und erkennen können.

4. Zwischenergebnis zu den Regelungen im MStV-E

Die Vorgaben des MStV-E aus § 53d MStV-E legen Medienintermediären weitgehende Transparenzpflichten auf. Hierbei ist, insbesondere im Verhältnis zur DS-GVO, zum einen zu berücksichtigen, dass die Vorschriften keine Begrenzung auf eine Transparenz lediglich bei der Verarbeitung personenbezogener Daten enthalten, sondern Medienintermediären darüber hinaus eine weitergehende Offenlegung hinsichtlich der Funktionsweisen ihrer Systeme abverlangen. Zum anderen ist zu hervorzuheben, dass die Vorgaben sowohl eine ex-ante Transparenz als auch eine ex-post Transparenz umfassen. Medienintermediäre müssen daher nicht nur anhand allgemeiner Darstellungen den Vorgaben aus § 53d MStV-E gerecht werden, sondern – folgt man dem Verständnis einer extensiven Auslegung – sie müssen diese auch im Nachhinein bei der Anzeige von Beiträgen berücksichtigen. Die konkrete Ausgestaltung auch einer ex-post Transparenz ist dabei zum einen abhängig vom konkreten Dienst eines Medienintermediärs, zum anderen durch die Grenzen der praktischen Umsetzbarkeit determiniert.

II. Diskriminierungsverbot aus § 53e MStV-E

Eine derartige flankierende Maßnahme stellt das Diskriminierungsverbot aus § 53e MStV-E dar.

§ 53e MStV-E statuiert dabei zum einen im Hinblick auf die Sicherung der Meinungsvielfalt ein allgemeines Diskriminierungsverbot in § 53e Abs. 1 MStV-E. Zum anderen enthält es in Abs. 2 ein besonderes Diskriminierungsverbot, das Auswirkungen auf die Gewährleistung von Transparenz entfaltet.

Im Rahmen der Untersuchung der Transparenzvorgaben des MStV-E wird an dieser Stelle vornehmlich das besondere Diskriminierungsverbot aus § 53e Abs. 2 MStV-E betrachtet.²²⁹

1. Besonderes Diskriminierungsverbot aus § 53 e Abs. 2 MStV-E

Nach § 53e Abs. 2 MStV-E gilt, dass eine Diskriminierung im Sinne von Abs. 1 insbesondere dann vorliegt, wenn von den allgemeinen Regeln der Aggregation, Selektion und Präsentation im Sinne des § 53d MStV-E bewusst und zielgerichtet abgewichen wird.

Letztlich liegt somit nach dem MStV-E ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot vor, wenn von den transparent gemachten Kriterien bewusst und zielgerichtet abgewichen wird.

Neben einer Selbstverpflichtung der Medienintermediäre auf die Einhaltung der transparent gemachten Kriterien und Funktionsweisen folgt aus diesem Diskriminierungsverbot im Hinblick auf die Gewährleistung von Transparenz, dass die Kontrolle, ob ein Verstoß im Sinne des Abs. 2 vorliegt, letztlich eine ex-post Transparenz erfordert und voraussetzt. Denn ein Verstoß gegen die transparent gemachten Kriterien kann nur dann festgestellt werden, wenn eine Differenz zwischen den ursprünglichen Kriterien und Funktionsweisen und der letztendlichen Ergebnisanzeige bzw. dem Zustandekommen von Inhalten durch anderweitige, nicht transparente Kriterien festzustellen ist. Um eine derartige Feststellung zu ermöglichen müssen Medienintermediäre somit im Sinne des Verpflichtungen aus § 53d Abs. 1 Nr. 1 und 2 MStV-E somit darlegen, anhand welcher Kriterien die betreffenden Inhalte in die Ergebnisanzeige oder den News-Feed gelangt sind. Das besondere Diskriminierungsverbot knüpft damit

²²⁹ Eine Bezugnahme auf das allgemeine Diskriminierungsverbot zum Zwecke der Sicherung ausgewogener und pluraler Vielfalt erfolgt auf S. 117 ff.

unmittelbar an den aus § 53d Abs. 1 Nr. 1 und 2 MStV-E folgenden Pflichtenkreis an und verschärft die Sanktionierung von Verstößen gegen die Transparenzpflichten, indem es unter anderem einen Verstoß gegen die Transparenzpflichten als Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot ansieht.

Die Schaffung einer ex-post Transparenz im Rahmen der Prüfung, ob ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot vorliegt, unterstreicht darüber hinaus die bereits oben herausgearbeitete Notwendigkeit, die Transparenzvorgaben nicht nur auf die Gewährung von Informationen ex-ante, sondern auch auf einen nachträglichen Zeitpunkt im Sinne einer ex-post Transparenz zu erstrecken. Andernfalls kann weder den Regelungszielen von Transparenzvorgaben Rechnung getragen werden als auch ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot effektiv festgestellt werden.

2. Zwischenergebnis zum besonderen Diskriminierungsverbot nach dem MStV-E

Das besondere Diskriminierungsverbot aus § 53e Abs. 2 MStV-E stellt somit eine die Transparenzverpflichtungen aus § 53d MStV-E unterstützende Maßnahme dar. Dabei setzt es nicht nur den Ansatz einer ex-post Transparenz fort, sondern ermöglicht darüber hinaus die Kontrolle der Einhaltung der Transparenzverpflichtungen durch die Medienanstalten und wirkt so auf eine Selbstverpflichtung der Medienintermediäre im Hinblick auf ihre transparent gemachten Funktionsweisen und Kriterien im Sinne des § 53d MStV-E hin.

III. Kriterienkatalog für Transparenzverpflichtungen der Medienintermediäre nach dem MStV-E

Im Ausgangspunkt bleibt festzuhalten, dass die Transparenzpflichten des MStV-E aus § 53d und § 53e Abs. 2 MStV-E sowohl eine Verpflichtung der Medienintermediäre zu einer ex-ante Transparenz als auch zu einer ex-post Transparenz hinsichtlich der in § 53d Abs. 1 MStV-E benannten Kriterien beinhalten. Medienintermediäre müssen daher die in § 53d Abs. 1 MStV-E genannten Kriterien nicht nur vorab offenlegen, sondern auch im Hinblick auf einzelne Inhalte und Beiträge transparent machen, welche Kriterien für die Anzeige eines bestimmten Inhalts maßgeblich waren.

Aus den Vorgaben des MStV-E lässt sich daher folgendes Anforderungsprofil für Medienintermediäre im Hinblick auf die Einhaltung der Transparenzpflichten herleiten:

- **Formelle Vorgaben aus § 53 d Abs. 1 S. 1 MStV-E:**

- „leicht erkennbar“:
 - die Informationen müssen im Rahmen der Nutzung der Dienste eines Medienintermediärs für Nutzer ohne Weiteres wahrnehmbar sein; dies beinhaltet die Ausgestaltung einer entsprechenden Menüführung und Leitung der Nutzer im Rahmen des User-Flows, ggf. durch optische Hinweise und Hervorhebungen oder grafische Darstellungen, so dass diese die entsprechenden Hinweise und Erläuterungen erkennen und optisch wahrnehmen können (Ausschluss von „Kleingedrucktem“); die leichte Erkennbarkeit setzt dabei insbesondere voraus, dass die Informationen den Nutzern zur Verfügung gestellt und angeboten werden und nicht erst eine aufmerksame Suche interessierter Nutzer erfordern
 - die Bezeichnung des Menüfeldes oder die grafische Ausgestaltung des anklickbaren Buttons oder Ähnliches muss so gewählt sein, dass sich den Nutzern inhaltlich unmittelbar erschließt, zu welchen Informationen er durch Anwählen des Hinweises gelangt (Information unter dem Punkt „Sonstiges“ nicht ausreichend)
- „unmittelbar erreichbar“:
 - die Informationen müssen ohne weiteren Zwischenschritt für Nutzer abrufbar beziehungsweise einsehbar sein; dies macht es erforderlich, dass auf jeder Startseite im Browser-Fenster eines Medienintermediärs und an jedem angezeigten Inhalt, Beitrag etc. ein entsprechender Hinweis angebracht ist, der auf direktem Wege zu den notwendigen Informationen führt; die unmittelbare Erreichbarkeit erfordert somit nicht nur die Verfügbarkeit des Hinweises auf die Informationen, sondern auch, dass im nächsten Schritt die Informationen unmittelbar gewährt werden und keine weiteren Klicks erforderlich sind oder keine weitere Suche nach den Informationen notwendig ist; letztlich verschärfte Impressumspflicht im Sinne von „Zwei-Klick-Regel“ des BGH
- „ständig verfügbar“:
 - es kommt hierbei nicht nur darauf an, dass die Informationen für den Nutzer wahrnehmbar in der Nähe der angezeigten Inhalte platziert

werden, sondern entscheidend ist, dass die Informationen während der gesamten Nutzung des Dienstes verfügbar bleiben

- dies erfordert zudem, dass der Nutzer die Informationen eigenständig nach Bedarf abrufen kann; nicht ausreichend für eine ständige Verfügbarkeit ist somit etwa das turnusmäßige Einblenden eines Browser-Fensters, das zu den notwendigen Informationen führt, nach Betätigung, etwa eines „Zur Kenntnis genommen“-Buttons aber wieder ausgeblendet wird und anschließend nur über Umwege für Nutzer zu erreichen ist

- **Materielle Vorgaben nach § 53d Abs. 1 Nr. 1 und 2 MStV-E:**

- Offenlegung der Kriterien über den Zugang eines Inhalts nach § 53d Abs. 1 Nr. 1 MStV-E:
 - Kriterien über den Zugang stellen jedenfalls die Parameter dar, die Medienintermediäre zur Bereitstellung ihrer Dienste und Funktionen in ihrem Datenpool berücksichtigen; Medienintermediäre müssen darlegen, auf welchem Wege, also aufgrund welcher Bedingungen und durch welche Verfahren durch z.B. Web-Crawler, Indexierung etc. Inhalte durch Medienintermediäre auffindbar und verfügbar gemacht werden
 - Medienintermediäre müssen ihre „Zugangsregeln“ für Inhalte offenlegen, dazu zählt etwa auch die Offenlegung, ob sämtliche Inhalte durch Indexierung abrufbar sind oder nur diejenigen, die Medienintermediäre selbst festgelegt haben transparent machen; die Information muss dabei so ausgestaltet sein, dass Nutzer auch erkennen können, weshalb bestimmte Inhalte gerade nicht über die Dienste von Medienintermediären aufzufinden sind
 - beinhaltet auch Information darüber, inwiefern Nutzer-, Eigen- und Drittinteressen den Zugang zu Inhalten über Medienintermediäre beeinflussen können
 - Medienintermediäre müssen darüber informieren, aufgrund welcher einprogrammierten und ggf. wertenden Annahmen, die Suchalgorithmen Inhalte filtern und über den Dienst auffindbar machen
 - Benennung der Kriterien, die über den Verbleib von Inhalten entscheiden, umfasst auch Offenlegung der Regeln, nach denen – spiegelbildlich zum Zugang von Inhalten – verfügbar gemachte Inhalte aus dem Suchindex des Medienintermediärs entfernt werden

- Offenlegung der Kriterien hinsichtlich Aggregation, Selektion, Präsentation von Inhalten sowie Gewichtung einschließlich Funktionsweise der eingesetzten Algorithmen nach § 53d Abs. 1 Nr. 2 MStV-E:
 - „Aggregation“: Medienintermediäre müssen offenlegen, wie einzelne Daten derart zusammengeführt werden, dass sich daraus Grundannahmen ergeben, die in einen programmierbaren Algorithmus überführt werden können; der Begriff der Aggregation beinhaltet somit, dass Medienintermediäre die Kriterien benennen müssen, nach denen diese zum Beispiel ihre Dienste „optimieren“ und Ergebnisse „personalisieren“
 - „Selektion“: umfasst insbesondere die Darlegung, welche Daten letztlich in den Datenpool der Medienintermediäre einfließen; dies meint dabei nicht nur die Verarbeitung personenbezogener Daten, sondern auch die Auswahl sonstiger, nicht personenbezogener Daten und Datenpunkte, die durch Medienintermediäre verarbeitet werden Medienintermediäre müssen nicht nur die Daten (zumindest anhand von Kategorien) benennen, sondern auch offen legen, nach welchen Kriterien diese Daten ausgewählt und als „relevant“ eingestuft werden
 - „Präsentation“: hierbei sind durch die Medienintermediäre die Parameter und Kriterien darzulegen, die für eine Präsentation von Inhalten relevant sind; entscheidend ist, dass Medienintermediäre transparent machen, aufgrund welcher Funktionsweisen und mittels welcher algorithmischen Entscheidungs- und Empfehlungssysteme Inhalte für Nutzer angezeigt werden; dabei haben Medienintermediäre auch zu erläutern, wie sich das für jeden Nutzer unterschiedliche personalisierte Ranking von Inhalten in der Präsentation der Inhalte niederschlägt; so müssen Nutzer nachvollziehen können, weshalb ihnen bestimmte Inhalte angezeigt werden; in praktischer Hinsicht kommt etwa ein für Nutzer an einem Beitrag angebrachtes Menüfeld oder ein Button in Betracht (z.B. „Warum sehe ich diesen Beitrag?“); die Informationsgewährung bezieht sich sowohl auf eine ex-ante als auch eine ex-post Transparenz
- Gewichtung der Kriterien und Funktionsweise des eingesetzten Algorithmus: Medienintermediäre müssen darlegen, aufgrund welcher einprogrammierten algorithmischen Annahmen sie einzelne Inhalte für einen Nutzer als relevant identifizieren und ihm daraufhin anzeigen (etwa Transparenz hinsichtlich Funktionsweise ihrer Ranking-

Systeme, indem Medienintermediäre anhand von Kriterien benennen, wie Suchalgorithmen die für Nutzer „relevanten“ Ergebnisse liefern; die Gewichtung beinhaltet dabei zum einen die Darlegung der einem Medienintermediär zur Verfügung stehenden Daten (ex-ante) und zum anderen die Aufschlüsselung, welche Datenpunkte ausgewählt und mit einem besonderen Schwerpunkt versehen wurden, die letztlich zur Anzeige eines Inhalts geführt haben (ex-post); „Gewichtung“ fordert von Medienintermediären daher, dass sie die Kriterien benennen, anhand derer sie bestimmen können, ob und inwiefern ein Inhalt für einen Nutzer „nützlich“ bzw. „relevant“ ist (allgemeine Hinweis werden hierbei den Anforderungen des MStV-E nicht gerecht); erforderlich ist vielmehr, dass Medienintermediäre – zumindest beispielhaft- aufzeigen, welche Faktoren die Gewichtung festlegen; hierbei muss sich die Informationsgewährung nicht nur Antwort auf die Frage geben, welche Kriterien im Vorhinein als maßgeblich definiert werden (ex-ante), sondern auch welche Kriterien im konkreten Fall letztlich ausschlaggebend für die Anzeige eines bestimmten Inhalts waren (ex-post).

- Funktionsweise der eingesetzten Algorithmen: erfordert, dass Medienintermediäre zumindest einige der eingesetzten Algorithmen nach Kriterien benennen (z.B. Suchalgorithmus, Auswahlalgorithmus etc.) und deren grundsätzliche Funktionsweise aufzeigen; Funktionsweise kann etwa anhand von Beispielen oder durch ein Video erläutert werden; entscheidend ist, dass die Informationen dergestalt gewährt werden, dass der Einzelne ein Grundverständnis dafür entwickeln kann, welche Algorithmen welche Funktionsweisen besitzen und inwieweit diese Algorithmen Einfluss auf die Anzeige von Inhalten nehmen; im Hinblick auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ist ein gewisser Abstraktionsgrad erforderlich: Medienintermediäre müssen die grundsätzlichen Funktionsweisen beschreiben und die einfließenden Faktoren jedenfalls insoweit benennen müssen, wie dies dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen nicht entgegensteht (allgemeine, verständliche Beschreibung der Berechnungsgrundlage und der Methodik dieser Berechnungen zur Erfüllung der Informationspflicht ist demnach ausreichend)

C. Praxischeck – Umsetzung der Transparenzvorgaben des MStV-E durch Medienintermediäre am Beispiel von Google

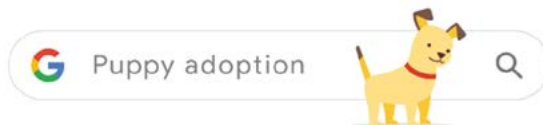
Neben den bereits angeführten Beispielen soll im Folgenden der Stand der Umsetzung der Transparenzvorgaben des MStV-E am Beispiel von Google ausgewertet und analysiert werden.

Umsetzung hinsichtlich Kriterien des Zugangs von Inhalten nach § 53d Abs. 1 Nr. 1 MStV-E:

Abb. 22: So funktioniert die Google-Suche

So funktioniert die Google-Suche

Für fast jede Suchanfrage gibt es Tausende oder sogar Millionen Webseiten mit potenziell relevanten Informationen. Wie findet Google also heraus, welche Suchergebnisse angezeigt werden sollen? Die Auswahl beginnt bereits, bevor du die Suchanfrage eingibst.



Quelle: <https://www.google.com/search/howsearchworks/?fg=1> (zuletzt abgerufen: 17.12.2019).

Abb. 23: Organisation der Webinhalte

Organisation der Webinhalte

Schon vor deiner Suche **organisiert Google Informationen** zu Webseiten im Suchindex. Dieser Index ist eine Art Bibliothek, enthält jedoch mehr Informationen als alle Bibliotheken der Welt zusammen.

[Weitere Informationen zu Crawling und Indexierung](#) 

Quelle: <https://www.google.com/search/howsearchworks/?fg=1> (zuletzt abgerufen: 17.12.2019).

Abb. 24: Grundlagen der Google-Suche und Erklärvideo

Verarbeitung von Informationen in der Google-Suche

Bevor du eine Suchanfrage eingibst, erfassen Web-Crawler Informationen von Milliarden von Webseiten und sortieren diese im Suchindex.

Grundlagen der Google-Suche



Der Crawling-Prozess beginnt mit einer Liste von Websites aus vorherigen Crawlings und [Sitemaps](#), die Websiteinhaber eingereicht haben. Wenn unsere Crawler diese Websites aufrufen, folgen sie den dort angegebenen Links zu weiteren Seiten. Die Software überprüft insbesondere neue Websites, Änderungen an bestehenden Websites und veraltete Links. In der Crawling-Software wird auch festgelegt, welche Websites wann und wie oft durchsucht und wie viele einzelne Unterseiten von jeder Website aufgerufen werden.

Über die [Search Console](#) können Websiteinhaber genau festlegen, wie Google ihre Website crawlen soll. Sie können detaillierte Informationen zu den einzelnen Seiten ihrer Website angeben, [Google um nochmaliges Crawlen der URLs bitten](#) oder das Crawlen der Website unter Verwendung einer Datei namens ["robots.txt"](#) verhindern. Google nimmt keine Zahlungen an, um Websites häufiger zu crawlen. Wir bieten allen dieselben Tools an, damit unsere Nutzer die besten Ergebnisse erhalten.

Quelle: <https://www.google.com/search/howsearchworks/crawling-indexing/> (zuletzt abgerufen: 17.12.2019).

Auswertung und Analyse:

Google hält im Hinblick auf die Erläuterung des eigenen Dienstes unter dem Reiter „Wie funktioniert die Google-Suche?“²³⁰ verschiedene Informationen bereit. Dabei informiert Google den Nutzer aber zunächst nur dahingehend, dass die „Auswahl von Inhalten bereits beginnt, bevor durch den Nutzer eine Suchanfrage eingegeben“ wird (vgl. Abb. 22). Anschließend wird darauf verwiesen, dass der Dienst die Informationen zu Websites im Suchindex durch

²³⁰ Abrufbar unter <https://www.google.com/search/howsearchworks/?fg=1> (zuletzt abgerufen: 26.09.2019).

Web-Crawling und Suchalgorithmen „organisiert“ (vgl. Abb. 23). Zu diesem Zweck stellt *Google* ein Video bereit, dass die grundlegenden Funktionsweisen der *Google*-Suche erläutert (vgl. Abb. 24).

Notwendig ist nach den Vorgaben des MStV-E, dass der Dienst seine Zugangsregeln transparent erklärt und so offen legt, welche Inhalte überhaupt über *Google* aufgefunden werden können. Hinweise und Informationen in dieser Hinsicht werden – soweit ersichtlich – nicht erteilt. Es wird weder erläutert, welchen Regeln die „Auswahl von Inhalten“ folgt noch wie die „Organisation“ von Informationen zu Websites erfolgt. Es wird lediglich erwähnt, dass der Dienst „Hunderte von Milliarden von Websites“²³¹ durchsucht. In dem bereitgestellten Video wird erklärt, dass im Rahmen einer Suchanfrage „nicht das Netz nach Inhalten durchsucht wird, sondern nur der Webindex von *Google*“²³². Damit hat *Google* das gegenwärtige Transparenzdefizit bereits selbst angesprochen, ohne es allerdings durch hinreichende Informationen zu beheben.

Die gewährten Informationen machen ebenfalls nicht transparent, nach welchen Kriterien *Google* letztlich seine Algorithmen dergestalt programmiert, so dass bestimmte Inhalte über die Suchmaschine aufgefunden werden können und wiederum andere Inhalte den Nutzern verborgen bleiben. Insbesondere bleibt offen, ob die Unauffindbarkeit an der beschränkten Funktionsweise des Suchalgorithmus liegt oder ob dieser von *Google* festgelegten Wertungsentscheidungen folgt, die von vornherein eine bestimmte Kategorie von Inhalten ausklammern.

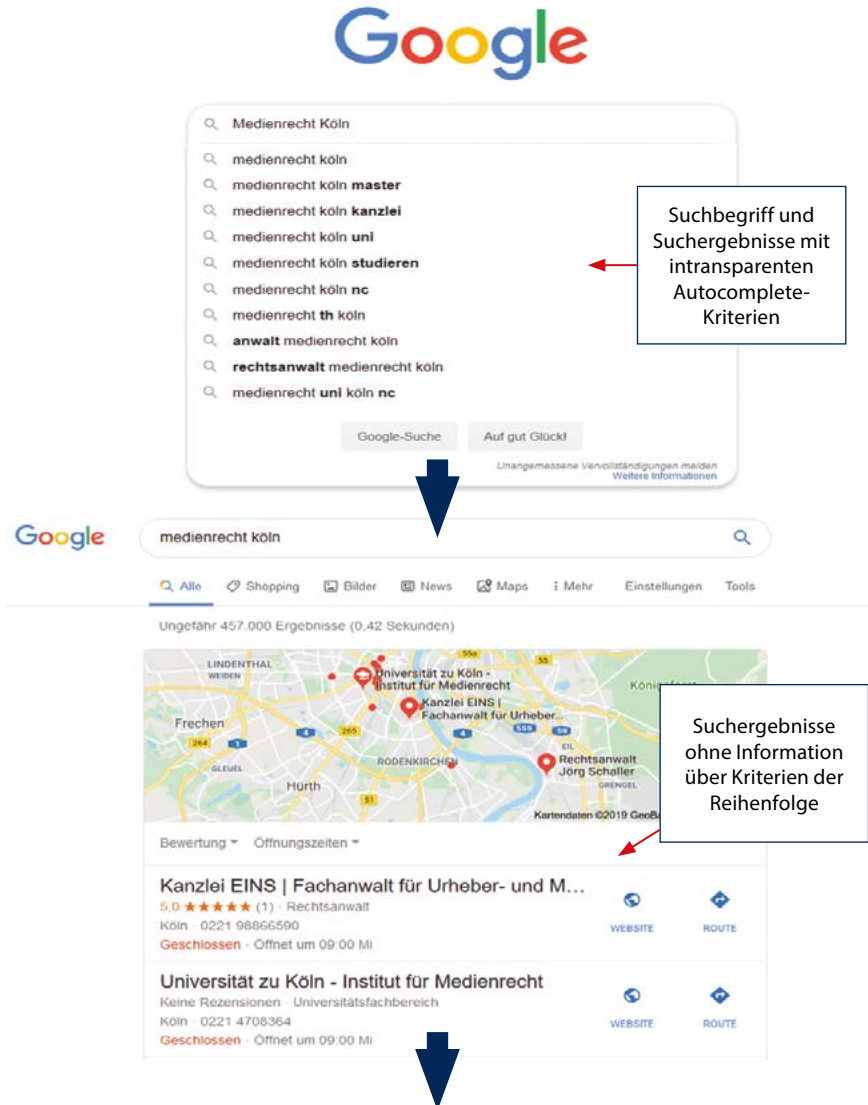
Hierbei ist darauf hinzuweisen, dass selbst wenn *Google* diesbezüglich dennoch Informationen gewährt und diese nicht aufgefunden wurden, sie jedenfalls nicht „leicht erkennbar“ im Sinne des MStV-E für Nutzer aufzufinden sind beziehungsweise waren.

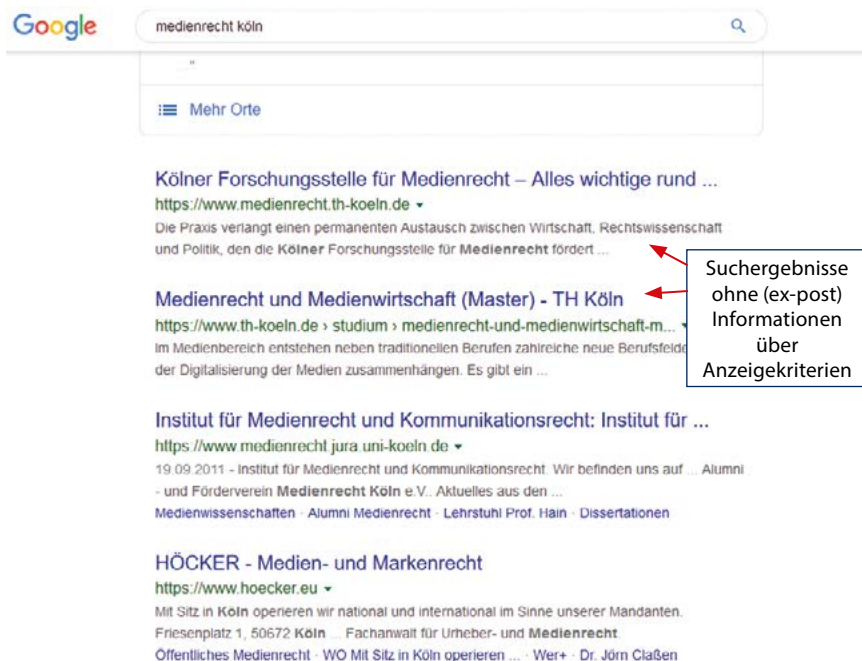
231 Vgl. unter <https://www.google.com/search/howsearchworks/?fg=1> (zuletzt abgerufen: 26.09.2019).

232 Link zum entsprechenden Video abrufbar unter <https://www.google.com/search/howsearchworks/crawling-indexing/> (zuletzt abgerufen: 26.09.2019).

Umsetzung hinsichtlich Kriterien der Aggregation, Selektion und Präsentation von Inhalten einschließlich Gewichtung und Funktionsweisen der eingesetzten Algorithmen nach § 53d Abs. 1 Nr. 2 MStV-E:

Abb. 25: Umsetzung der Transparenzvorgaben bei einer *Google*-Suche





Quelle: Eigene Darstellung, www.google.de

Auswertung und Analyse:

Hinsichtlich der Kriterien der Aggregation von Inhalten werden – soweit erkennbar – keine Informationen durch *Google* bereit gestellt. Im Hinblick auf die Transparenz zu den Kriterien der Selektion und Präsentation von Inhalten sowie die Gewichtung einzelner Kriterien sei die oben dargestellte Bilderstrecke als Beispiel herangezogen. Für Nutzer ist hier intransparent, nach welchen Kriterien die Autocomplete-Funktion des Dienstes Suchbegriffe mit den passenden Suchergebnissen verknüpft.

In den Informationen durch *Google* findet sich lediglich folgende Auflistung von Parametern, die letztlich darüber entscheiden, welche Inhalte in der Ergebnisanzeige auftauchen.

Abb. 26: Kriterien für Funktionsweise bei einer Suchanfrage

Im Folgenden findest du weitere Informationen zu den Schlüsselfaktoren, anhand derer wir entscheiden, welche Ergebnisse du für deine Suchanfrage erhältst:



Quelle: <https://www.google.com/search/howsearchworks/algorithms/> (zuletzt abgerufen: 17.12.2019).

Hierbei findet aber keine Erläuterung dergestalt statt, dass für Nutzer nachvollziehbar dargestellt wird, wie die Ergebnisanzeige durch die Berücksichtigung der genannten Parameter beeinflusst wird. Es werden insoweit nur allgemeine Hinweise erteilt (z.B. „Analyse der Bedeutung der Wörter in der Suchanfrage“ oder „die *Google*-Suche kann genau erkennen, wonach du suchst, auch wenn das Wort mehrere Bedeutungen hat“²³³). Wie letztlich „erkannt“ wird, wonach Nutzer suchen, bleibt intransparent.

Im Hinblick auf die oben dargestellte Bilderstrecke zeigt sich zudem, dass auch im Rahmen der konkreten Ergebnisanzeige keine Transparenz im Hinblick auf die Frage geschaffen wird, welche Kriterien letztlich über die Reihenfolge der Ergebnisse entschieden haben. Die Kriterien zur Anzeige von Inhalten und der Gewichtung von Relevanzkriterien bleiben dem Nutzer verborgen.

233 Vgl. Erläuterung von *Google* unter „Wortanalyse“, abrufbar unter <https://www.google.com/search/howsearchworks/algorithms/> (zuletzt abgerufen: 26.09.2019).

Teil 5

Lösungsansätze

Im folgenden Teil dieses Gutachtens werden vor dem Hintergrund der in diesem Gutachten entwickelten inhaltlichen Anforderungen der Transparenzvorgaben des MStV-E nunmehr Lösungsansätze entwickelt, wie diese materiellrechtlichen Rahmenbedingungen durch Verfahren und Institutionen abgesichert werden können, um so die Umsetzung der Vorgaben zu ermöglichen.

A. Umsetzung der Vorgaben durch Satzungsbefugnis nach § 53g MStV-E

Zur Umsetzung der inhaltlichen Vorgaben kommt zum einen die Inanspruchnahme der Satzungsbefugnis der Landesmedienanstalten nach § 53g MStV-E in Betracht.

So könnten die inhaltlichen Anforderungen konkretisiert und zugleich verbindlich festgelegt werden.

Nach § 53g MStV-E können die Landesmedienanstalten durch Satzung und Richtlinien Einzelheiten zur Konkretisierung der Transparenzvorgaben für Medienintermediäre festlegen. So könnten zur Umsetzung der Transparenzverpflichtungen der Medienintermediäre Richtlinien zur Verfügung gestellt werden, die zeigen, wie die erforderliche Informationstiefe durch die Medienintermediäre ausgestaltet sein muss.²³⁴ Diese Richtlinien könnten darüber hinaus auch als Satzungen auf Grundlage von § 53g MStV-E durch die Landesmedienanstalten erlassen werden.

²³⁴ Vgl. auch *Martini*, Blackbox Algorithmus, S. 222.

B. Absicherung der inhaltlichen Vorgaben durch Institutionen und Verfahren

Die Einhaltung der inhaltlichen Transparenzvorgaben ist ferner durch Institutionen und entsprechende Verfahren abzusichern.

Damit Aufsichtsbehörden die Umsetzung der Transparenzanforderungen durch Medienintermediäre hinsichtlich der rechtlichen Anforderungen des MStV-E kontrollieren können, ist der Gesetzgeber gehalten, Auskunfts- und Einsichtsrechte zu statuieren. Es stellt sich die Frage, welches Organ mit der Aufsicht über Medienintermediäre zu betrauen ist und wie ein mögliches Verfahren auszugestalten sein könnte.

I. ZAK als zuständiges Aufsichtsorgan

Wie in § 36 Abs. 2 Nr. 6a MStV-E vorgesehen, könnte die Kommission für Zulassung und Aufsicht (ZAK), als Organ der Landesmedienanstalten, wie in § 36 Abs. 2 RStV schon für die Plattformregulierung vorgesehen, auch die Aufsicht über Medienintermediäre ausüben. Diese Bündelung bei der ZAK hat sich in anderen Bereichen als effektiv und zielführend bewährt.²³⁵ Eine derartige Bündelung hat den Vorteil, dass die ZAK bei Fragen von bundesweiter Relevanz für schnelle und effektive Entscheidungen sorgen kann. Die ZAK verfügt im Rundfunkbereich über den notwendigen und spezialisierten Sachverstand bei der Vielfaltsicherung, der als Grundlage bei der Aufsicht über Medienintermediäre unabdingbar ist.

1. Notwendige Erweiterung der Kompetenzen der ZAK

a. Erweiterung der Fachkompetenz der ZAK

Die ZAK müsste mit Blick auf die besondere Wirkweise der Medienintermediäre mit weiterer technisch-methodischer Expertise gemäß § 35 Abs. 10 RStV ausgestattet werden, um die Systeme der Medienintermediäre mit Blick auf die Transparenz nachzuvollziehen und diese wirksam kontrollieren zu können. Geschieht dies nicht, ist zu befürchten, dass der ZAK die für eine effektive

²³⁵ Im März 2017 beanstandete die ZAK die Verbreitung des Programms des Internet-Streams „PietSmietTV“ und stuft dessen Twitch.tv-Kanal als zulassungspflichtiges Rundfunkangebot ein, Informationen hierzu abrufbar unter: <https://www.die-medienanstalten.de/atrium/rundfunk-oder-nicht-erlaeuterungen-zur-pietsmiet-tv-entscheidung-der-zak/> (zuletzt abgerufen: 26.09.2019).

Aufsicht erforderliche Sachkompetenz in Bezug auf die algorithmenbasierten Anwendungen der Medienintermediäre fehlt. Es könnte deshalb ZAK-intern eine technisch versierte Unterstützungseinheit etabliert werden.²³⁶ Hierzu wäre insbesondere zusätzliches technisches Personal erforderlich.

Die Zuständigkeit der ZAK als Organ der Medienanstalten ändert nichts daran, dass es gemäß § 36 Abs. 1 RStV einer Landesmedienanstalt bedarf, der das Handeln der ZAK im Außenverhältnis zugerechnet werden muss. § 36 Abs. 1 S. 1 MStV-E stellt für die Zuständigkeit auf den Sitz des Anbieters ab. Im Sinne der Vollständigkeit wäre § 36 Abs. 1 S. 1 MStV-E um § 36 Abs. 2 S. 1 Nr. 6a MStV-E zu ergänzen. Dann wäre die Landesmedienanstalt zuständig, in deren Bundesland der betreffende Medienintermediär seinen Sitz hat und Streitigkeiten über die jeweilige Zuständigkeit könnten präventiv vermieden werden.

b. Einsichts- und Auskunftsrechte

Erforderlich sind zudem Einsichts- und Auskunftsrechte, um die Einhaltung der Transparenzanforderungen durch die Medienintermediäre überprüfen zu können.

§ 53f MStV-E verpflichtet Anbieter von Medienintermediären dazu, die erforderlichen Unterlagen der zuständigen Landesmedienanstalt auf Verlangen vorzulegen. § 53f S. 2 MStV-E enthält einen Verweis auf § 22 RStV. Dieser hält einen umfassenden Katalog an Auskunfts- und Ermittlungsbefugnissen für die zuständige Landesmedienanstalt bereit, um gebotene Ermittlungen durchführen zu können. Nach dem Wortlaut des § 53f MStV-E sind die Landesmedienanstalten befugt, die notwendigen Unterlagen bei Medienintermediären einzufordern.

Über die Anforderungen an die Transparenz gegenüber dem Nutzer hinaus, ist es angesichts des besonderen Gefährdungspotentials und der erheblichen Meinungsrelevanz angemessen, der Medienaufsicht besondere Kontrollbefugnisse gegenüber den Intermediären zu gewähren. Deren Ziel wäre es, diese effektiv auf die Einhaltung der rechtlichen Transparenzvorgaben überprüfen zu können. Dazu müssten der Aufsicht Auskunfts-, Einsichts- und Zugangsrechte gewährt werden.

²³⁶ Vgl. *Martini*, Blackbox Algorithmus, S. 271.

Ein Vorbild in dieser Hinsicht findet sich in Art. 58 DS-GVO, der Untersuchungsbefugnisse der Datenschutzaufsicht regelt. Hier ist ein umfassender Katalog der Untersuchungsbefugnisse festgelegt. So werden die Datenschutzaufsichtsbehörden in die Lage versetzt, relevante Sachverhalte umfassend zu ermitteln.²³⁷ Ähnliche Ermittlungsbefugnisse, hält § 22 RStV für die Landesmedienanstalten bereit.

Die Befugnisse nach § 53f MStV-E i.V.m. § 22 RStV werden dabei durch die Vertraulichkeit in § 24 RStV flankiert. So sollen die Interessen der Unternehmen an ihren Geschäftsgeheimnissen geschützt werden. Schutzzweck des § 24 RStV ist es, Geschäftsgeheimnisse auch gegenüber den Landesmedienanstalten und bei den von diesem beauftragten Dritten zu wahren.²³⁸ Die Vertraulichkeit erstreckt sich auf Angaben über persönliche und sachliche Verhältnisse sowie auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.

Der Verweis des § 53f S. 2 MStV-E auf §§ 22 und 24 RStV ist damit zielführend und notwendig, da somit der notwendige Geheimnisschutz ausreichend sichergestellt wird. Um eine effektive Aufsicht durch die zuständige Einrichtung zu ermöglichen, bedarf es insoweit eines gesetzlich geregelten Verfahrens. Art. 58 Abs. 1 DS-GVO, der die Untersuchungsbefugnisse der der Datenschutzaufsicht regelt, schließt den Zugang zu Geschäftsgeheimnissen nicht aus.²³⁹ So verhält es sich auch für Medienaufsicht, die sicherstellen muss, dass zur Aufsicht erforderliche, vertrauliche Erkenntnisse nicht nach außen gelangen. Insgesamt ist nicht ersichtlich, warum Intermediäre gegenüber der Medienaufsicht ein anderes Schutzniveau bei Geschäftsgeheimnissen zustehen soll, als Rundfunkveranstalter.

2. Intermediärsspezifische Expertenräte

Über die Befugnisse des § 53f S. 1 MStV-E und § 22 RStV hinausgehend, ist es angezeigt, weitergehende Mitwirkungspflichten der Anbieter von Medienintermediären zu statuieren.

a. Notwendigkeit unternehmerischer Mitwirkung

Beim Einsatz technisch komplexer und dynamischer Verfahren, wie es Medienintermediäre im Rahmen ihrer Dienste vornehmen, stößt der staatliche Kontrollmechanismus an seine Grenzen. Deshalb ist es nötig, die Medienintermediäre in

237 Vgl. zum Regelungsgehalt des Art. 58 HK-DS-GVO/BDSG-Kugelman/Buchmann, Art. 58 Rn. 1 ff.

238 HK-Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner/Cole/Wagner-Stettner/Matzneller, § 24 Rn. 2.

239 HK-DS-GVO/BDSG-Kugelman/Buchmann, Art. 58 Rn. 65.

die Regulierung aktiv einzubeziehen. Insbesondere die Aufsicht darüber, ob die von § 53 d MStV-E geforderten Transparenzangaben eingehalten werden, ist durch die zuständigen Aufsichtsbehörden nur dann auf ihre Richtigkeit hin überprüfbar, wenn die Funktionsweise der Algorithmen auch nachvollzogen und verstanden werden kann. Hier stößt § 22 RStV an Grenzen. Die eingeholten Auskünfte, beispielsweise zur mathematischen Funktion der Programme, bieten keinen Erkenntnisgewinn, wenn die beigebrachten Informationen durch die Aufsichtsbehörde nicht in ihrer spezifischen Funktion eingeordnet werden können.

Dieses Problem werden Aufsichtsbehörden letztlich nur unter Mitwirkung des jeweiligen Anbieters überwinden können, die hier in die Pflicht genommen werden müssen und im Rahmen von Konsultationsverfahren tiefergehende Erläuterungen vornehmen sollen. Die Grenze der Auskunftspflicht liegt da, wo Informationen oder Auskunft gegeben würden, durch die sich der Anbieter eines Medienintermediärs einer rechtswidrigen Handlung bezichtigt.²⁴⁰

b. Kein gemeinsamer Expertenrat

In Betracht käme es, einen Expertenrat zu etablieren, dem neben Experten der ZAK solche ausgewählter Medienintermediäre angehören würden. Dieser Zusammenschluss von Experten konkurrierender Medienintermediäre würde aber wegen der berechtigten Sorge, der wirtschaftlichen Konkurrenz Einblicke in Geschäftsgeheimnisse zu geben, nicht zielführend sein. Zudem wäre er kein Organ der Aufsicht, so dass gegenüber seinen (externen) Mitgliedern auch der Schutz des § 24 RStV nicht wirken würde.

c. Intermediärsspezifische Expertenräte

Dementsprechend sollten die Medienintermediäre zur Mitwirkung in intermediärsspezifischen Expertenräten verpflichtet werden, um die Aufsicht bei der Wahrnehmung ihrer Kontroll- und Einsichtsrechte zu unterstützen.

Google hat sich bereits selbst dahingehend geäußert, „*Informationen [über die zentralen Kriterien der eingesetzten Algorithmen] einem beschränkten Personenkreis zu offenbaren*“²⁴¹ Dadurch gibt *Google* implizit zu verstehen, einer

240 So auch im Datenschutzrecht, vgl. dazu HK-DS-GVO/BDSG-Kugelman/Buchmann, Art. 58 Rn. 55 ff.

241 Stellungnahme von *Google* zum Diskussionsentwurf zu den Bereichen Rundfunkbegriff, Plattformregulierung und Intermediäre - „Medienstaatsvertrag“, S. 30 abrufbar unter https://www.rlp.de/fileadmin/rlp-stk/pdf-Dateien/Medienpolitik/Eingaben_Medienstaatsvertrag/Verbaende__Rundfunkbegriff_/Google.pdf (zuletzt abgerufen: 19.9.2019).

„qualifizierten Transparenz“²⁴² im Sinne einer Offenlegung gegenüber bestimmten Stellen oder Gremien zustimmen zu wollen. Zu erwägen ist deshalb, dass die ZAK für jeden betroffenen Medienintermediär einen spezifischen Expertenrat einrichtet. („Google-Rat“, „Facebook-Rat“, „Twitter-Rat“ usw.). Diesen würden neben den Vertretern der ZAK Vertreter des jeweiligen Medienintermediärs angehören. Dieses Verfahren würde dem Recht auf Wahrung von Geschäftsgeheimnissen gerecht, weil das Wissen im Machtbereich von Aufsicht und jeweils betroffenem Unternehmen bliebe.

Sofern den intermediärsspezifischen Expertenräten zusätzlich externe unabhängige Sachverständige mit technischem Hintergrund sowie solche mit rechtswissenschaftlichem Hintergrund angehören sollen, müssten diese wirksam zu Verschwiegenheit verpflichtet werden.

Die Experten der ZAK könnten in mehreren Expertenbeiräten mitwirken. Die betroffenen Medienintermediäre wären zur Benennung von geeigneten Experten verpflichtet, aber in der Auswahl der Personen frei. Die Räte wären dauerhaft einzurichten, wobei die Taktung der Sitzungen bedarfsabhängig sein könnte. Auf diese Weise könnte der interne Sachverstand der Medienintermediäre unter Wahrung des Geschäftsgeheimnisschutzes eingebunden werden. Die Gremien würden damit bei der Aufgabenerfüllung der ZAK in beratender Funktion mitwirken. Eine darüber hinausgehende, rechtsverbindliche Mitwirkung scheitert an der notwendigen demokratischen Legitimation.²⁴³

II. Zwischenergebnis

Die Zuständigkeit über die Medienaufsicht der Medienintermediäre sollte bei der ZAK gebündelt werden. Sie ist hierzu sachlich und personell auszustatten. Ihr sollten Auskunftsrechte zustehen. Medienintermediäre sollten zur Unterstützung der Aufsicht zur Mitwirkung in intermediärsspezifischen Expertenräten verpflichtet werden.

²⁴² Pasquale, Northwestern University Law Review 2010, 105 (162).

²⁴³ Vgl. dazu Martini, Kontrollsystem für algorithmenbasierte Entscheidungsprozesse, S. 56 ff.

Teil 6

Verfassungsrechtliche Erfordernisse zur Sicherung der Meinungsvielfalt bei Medienintermediären

Im Folgenden soll ein Ausblick auf gegenwärtige Regulierungsansätze zur verfassungsrechtlich erforderlichen Schaffung einer positiven Ordnung zur Sicherung der Meinungsvielfalt bei Medienintermediären gegeben werden.

Ausgehend von den verfassungsrechtlichen Vorgaben und der Rechtsprechung des BVerfG werden dabei zunächst die Rahmenbedingungen für eine Vielfaltsicherung in Rundfunk und Presse herausgearbeitet. Anschließend wird geprüft, ob und inwieweit diese Grundsätze auf das System der Medienintermediäre verfassungskonform übertragen werden können. Anhand dessen werden die Rahmenbedingungen zur Gewährleistung von Vielfalt bei Medienintermediären entwickelt und gegenwärtige Regulierungsansätze vorgestellt.

A. Regulierungslücke in der Medienordnung im Hinblick auf Vielfalt

Es stellt sich die Frage, inwieweit Transparenzvorschriften und Diskriminierungsverbote über die oben genannten genannten Regulierungsziele hinaus auch ausgewogene (Meinungs-)Vielfalt erzeugen können.

Die Herstellung von Transparenz ist eine elementare und notwendige Voraussetzung für die Souveränität des Einzelnen. Im Hinblick auf die Vielfaltsicherung ist die Einführung von Transparenzverpflichtungen und Diskriminierungsverboten für Medienintermediäre aber nur eine notwendige, indes keine hinreichende Bedingung.²⁴⁴ Problematisch ist in diesem Zusammenhang insbesondere, dass Transparenzvorgaben die Missstände im Ergebnis lediglich vor Augen führen, ohne diese im Gegenzug aber in rechtlicher und faktischer

²⁴⁴ Dazu *Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, Eine Medienordnung für Intermediäre, MMR 2019, 498 (499 f.)

Hinsicht konstruktiv beheben zu können.²⁴⁵ Transparenz ist daher im Hinblick auf die Vielfaltssicherung nicht hinreichend, weil sie alleine keine ausgewogene Vielfalt schaffen kann.

Das Diskriminierungsverbot des MStV ist als Instrument zur Gewährleistung ausgewogener Meinungs- und Informationsvielfalt ebenfalls nicht hinreichend.²⁴⁶ Dem auf eine Personalisierung von Inhalten zugeschnittenen Angebot der Medienintermediäre ist durch eine damit einhergehende Auswahlentscheidung und Programmierung der Algorithmen eine unterschiedliche Behandlung durch ein Ranking von Inhalten systemimmanent. Eine Neutralitätsverpflichtung der Medienintermediäre in diesem Sinne ist für die Gewährleistung von ausgewogener Vielfalt weder interessengerecht noch verfassungsrechtlich haltbar, würde es doch auch das zulässige Angebot der Medienintermediäre bei Konsumgütern zugunsten des Ziels der Vielfaltssicherung negieren.²⁴⁷

Der Rückgriff auf ein Diskriminierungsverbot ist daher auf Fälle der Verhinderung von Missbrauch beziehungsweise einer missbräuchlichen Diskriminierung von Inhalten bei der Anzeige beschränkt.

Transparenzpflichten und Diskriminierungsverbote stoßen daher an Grenzen, wenn man Vielfalt durch Herstellung einer positiven Ordnung ausgestalten will.

B. Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts

Eine der heutigen Problemlage im Hinblick auf Medienintermediäre vergleichbare Schieflage bedrohte das Rundfunksystem, als die privaten Rundfunkanbieter in den 1980er-Jahren neben die öffentlich-rechtlichen Veranstalter traten und das Bundesverfassungsgericht die Rundfunkordnung neu justieren

245 *Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, Eine Medienordnung für Intermediäre, MMR 2019, 498 (500).

246 *Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, Eine Medienordnung für Intermediäre, MMR 2019, 498 (500 f.) sowie *Schwartmann*, Interview mit medienpolitik.net, Zwei Säulen für die Regulierung von Medienintermediären v. 05.06.2019, abrufbar unter <https://www.medienpolitik.net/2019/06/es-besteht-immer-die-moeglichkeit-der-manipulation/> (zuletzt abgerufen: 30.09.2019).

247 *Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, Eine Medienordnung für Intermediäre, MMR 2019, 498 (500 f.) sowie *Schwartmann*, Zwei Säulen für die Demokratie in F.A.Z. v. 26.05.2019, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/hoch-schule/forderung-fuer-demokratie-kontrolle-von-internet-und-algorithmen-16198048.html?GEPC=s3> (zuletzt abgerufen: 30.09.2019).

musste.²⁴⁸ Meinungsvielfalt ist demnach eine notwendige, aber keineswegs hinreichende Voraussetzung für ein der Freiheit verpflichtetes Mediensystem, bei dem Ausgewogenheit, Neutralität und Tendenzfreiheit über die Vielfalt hinaus positiv erzeugt werden muss.²⁴⁹

*Insoweit hat die Rundfunkfreiheit, wie die klassischen Freiheitsrechte, abwehrende Bedeutung. Doch ist damit das, was zu gewährleisten ist, noch nicht sichergestellt. Denn bloße Staatsfreiheit bedeutet noch nicht, daß freie und umfassende Meinungsbildung durch den Rundfunk möglich wird; dieser Aufgabe läßt sich durch eine lediglich negatorische Gestaltung nicht gerecht werden. Es bedarf dazu vielmehr einer positiven Ordnung, welche sicherstellt, daß die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk in möglicher Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet und daß auf diese Weise umfassende Information geboten wird. Um dies zu erreichen, sind materielle, organisatorische und Verfahrensregelungen erforderlich, die an der Aufgabe der Rundfunkfreiheit orientiert und deshalb geeignet sind zu bewirken, was Art. 5 Abs. 1 GG gewährleisten will.*²⁵⁰

Die Rundfunkfreiheit wird daher – anders als die Pressefreiheit – als dienende Freiheit²⁵¹ begriffen.²⁵² Die Pressefreiheit ist ein Abwehrrecht des Einzelnen gegen Staat, das diesem eine Schutzpflicht für die Presse auferlegt und ihn bei allen Maßnahmen bindet, die er zur Förderung der Presse ergreift.²⁵³

Zur Ermöglichung der Rundfunkfreiheit ist demgegenüber eine positive Medienordnung herzustellen.²⁵⁴ Die Rundfunkfreiheit dient der freien und öffentlichen Meinungsbildung und ist zugleich ausgestaltungsbedürftige Grundvoraussetzung für diese.²⁵⁵ Maßgeblich für die Vielfalt des Gesamtangebots ist

248 BVerfGE 57, 295; BVerfGE 73, 118 ff.; BVerfGE 74, 297; BVerfGE 83, 238 sowie dazu Schwartmann, Zwei Säulen für die Demokratie in F.A.Z. v. 26.05.2019, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/hoch-schule/forderung-fuer-demokratie-kontrolle-von-internet-und-algorithmen-16198048.html?GEPC=s3> (zuletzt abgerufen: 30.09.2019).

249 Dazu BVerfGE 57, 295; BVerfGE 73, 118 ff.; BVerfGE 74, 297; BVerfGE 83, 238.

250 Zuletzt BVerfGE 136, 9, 28.

251 BVerfGE 57, 295, 319; 83, 238, 295; 87, 181, 197 dazu Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck, Eine Medienordnung für Intermediäre, MMR 2019, 498 (499 f.).

252 Dazu ausführlich Dörr/Schwartmann, Medienrecht Rn. 170 ff. sowie Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck, Eine Medienordnung für Intermediäre MMR 2019, 498 (499 f.).

253 BVerfGE 80, 124 (133).

254 BVerfGE 136, 9 sowie Dörr/Schwartmann, Medienrecht Rn. 171 sowie Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck, Eine Medienordnung für Intermediäre MMR 2019, 498 (499).

255 Dörr/Schwartmann, Medienrecht Rn. 169 sowie Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck, Eine Medienordnung für Intermediäre, MMR 2019, 498 (499).

dabei die Sicherung von Ausgewogenheit, Neutralität und Tendenzfreiheit.²⁵⁶ Lösungsansätze müssen insgesamt sowohl die Meinungsvielfalt beachten, als auch der Ausgewogenheit Rechnung tragen.²⁵⁷

Die Medienordnung muss auch im Netz die plurale Vielfalt der Meinungen gewährleisten und sicherstellen, sodass die Hoheit über die Inhalte dort weder einseitig dem Staat noch irgendeiner gesellschaftlichen Instanz, einschließlich der Medienintermediäre selbst, ausgeliefert ist.²⁵⁸

Bei der Ausgestaltung genießt der Gesetzgeber weitgehende Freiheit.²⁵⁹ Allerdings muss er die Entscheidung über das Regulierungsmodell selbst treffen. Er darf sie nicht einer Vereinbarung der Rundfunkveranstalter überlassen.²⁶⁰

C. Sonderregime bei Medienintermediären

Diese Pflicht trifft den Gesetzgeber bei Medienintermediären erst Recht.²⁶¹ Die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts zur Rundfunkregulierung beanspruchen daher auch mit Blick auf Medienintermediäre Geltung.²⁶²

Denn für das Medienrecht kommt es auf die Gewährleistung der Meinungs- und Informationsfreiheit an. Diese ist insbesondere bei einer Konzentration von Meinungsmacht gefährdet. Während die Regulierungsbedürftigkeit des Rundfunks aus dessen Aktualität, Breitenwirkung und Suggestivkraft bei gleichzeitiger Frequenzknappheit folgt,²⁶³ besteht diese im Hinblick auf die Presse aufgrund ihrer Außenpluralität nicht.²⁶⁴

256 Zuletzt BVerfGE 136, 9, 28 m.w.N., *Dörr/Schwartmann*, Medienrecht Rn. 172.

257 In diesem Sinne BVerfGE 57, 295, 320, 323 sowie *Dörr/Schwartmann*, Medienrecht Rn. 175.

258 *Dörr/Schwartmann* Medienrecht, Rn. 172 sowie *Schwartmann*, Zwei Säulen für die Demokratie in F.A.Z. v. 26.05.2019, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/hochschule/forderung-fuer-demokratie-kontrolle-von-internet-und-algorithmen-16198048.html?GEPC=s3> (zuletzt abgerufen: 30.09.2019).

259 Zuletzt BVerfGE 119, 181, 214.

260 Zuletzt BVerfGE 83, 238, 309 ff.

261 *Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, Eine Medienordnung für Intermediäre, MMR 2019, 498 (500) sowie *Schwartmann*, Zwei Säulen für die Demokratie in F.A.Z. v. 26.05.2019.

262 *Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, Medienordnung für Intermediäre, MMR Heft 08/2019.

263 BVerfG, Urt. v. 11.09.2007 – 1 BvR 2270/05 Rn. 112 = BVerfGE 119, 181 dazu auch *Kreile*, Vorschläge zur Vielfaltssicherung bei Suchmaschinen im Rundfunkstaatsvertrag, ZUM 2017, 268 (270).

264 BVerfG, Urt. v. 16.06.1981 – 1 BvL 89/78 Rn. 122 und 128 dazu auch *Kreile*, Vorschläge zur Vielfaltssicherung bei Suchmaschinen im Rundfunkstaatsvertrag, ZUM 2017, 268 (270).

Medienintermediäre machen zwar in erster Linie nicht selbst Meinung. Sie sind auch weder der Presse noch dem Rundfunk zuzuordnen. Insofern gelten die Grundsätze der Rechtsprechung des BVerfG zur positiven Rundfunkordnung für Medienintermediäre nicht unmittelbar, sie sind aber auf diese übertragbar.

Als sogenannte Gatekeeper kommt ihnen aber besondere Bedeutung für die Meinungsbildung zu.²⁶⁵ Diese Stellung von Medienintermediären als Torwächter rechtfertigt es, sie im Sinne einer positiven Ordnung einem Sonderregime zu unterwerfen.²⁶⁶ Denn letztlich macht sie Medienintermediäre im Hinblick auf die Meinungs- und Informationsvielfalt gefährlicher als Rundfunk und Telemedien. Während im Rahmen des Rundfunks die Frequenzknappheit die Ausgestaltung eines Sonderregimes erforderlich machte, liegt die Rechtfertigung dafür bei Medienintermediären in ihrer herausragenden Stellung im Hinblick auf die Wahrnehmung von Inhalten.²⁶⁷ Medienintermediären kommt dabei eine jedenfalls vergleichbare Suggestivkraft, Aktualität und Breitenwirkung zu.²⁶⁸

Auch wenn negative Einflüsse etwa von Filterblasen nicht bewiesen sind, werden mögliche Polarisierungsprozesse etwa an politischen Rändern als belegt betrachtet.²⁶⁹ Unabhängig davon, können Filterblasen aber nicht bestritten werden. Solange Missbrauch nicht ausgeschlossen werden kann, bedarf es der besonderen Regulierung, um die Voraussetzungen der ausgewogenen, tendenzfreien, neutralen Vielfalt zu schaffen bzw. zu gewährleisten.

Die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts zur Rundfunkregulierung beanspruchen somit auch für Medienintermediäre Geltung.²⁷⁰

Somit muss sich auch die Schaffung eines Ordnungsrahmens für die Meinungs- und Informationsfreiheit und plurale Vielfalt bei Medienintermediären nach diesen Grundsätzen richten.

265 *Paal*, Die Meinungsvielfalt im Internet braucht einen Anwalt. F.A.Z. v. 24.07.2019, S. N 4.

266 Übereinstimmend *Danckert/Mayer*, Die vorherrschende Meinungsmacht von Google – Bedrohung durch einen Informationsmonopolisten MMR 2010, 219 (219); *Paal*, Die Meinungsvielfalt im Internet braucht einen Anwalt. F.A.Z. v. 24.07.2019, S. N 4.

267 *Paal*, Die Meinungsvielfalt im Internet braucht einen Anwalt. F.A.Z. v. 24.07.2019, S. N 4.

268 Übereinstimmend *Danckert/Mayer*, Die vorherrschende Meinungsmacht von Google – Bedrohung durch einen Informationsmonopolisten MMR 2010, 219 (219); *Paal*, Die Meinungsvielfalt im Internet braucht einen Anwalt. F.A.Z. v. 24.07.2019, S. N 4.

269 Vgl. *Dörr*, Die regulatorische Relevanz der Organisation massenhafter Individualkommunikation, unter besonderer Berücksichtigung der Sicherung der Meinungsvielfalt, S. 35 ff.; vgl. dazu bezogen auf Facebook *Stark/Magin/Jürgens*, Politische Meinungsbildung im Netz: Die Rolle der Informations-Medienintermediäre, UFITA 2018, 101 ff. (126).

270 *Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, Medienordnung für Intermediäre, MMR Heft 08/2019.

D. Ansätze zur Sicherung der Meinungsvielfalt bei Medienintermediären

In der Literatur werden dementsprechend unter anderem folgende Ansätze zur Medienintermediärsregulierung vorgeschlagen.²⁷¹

So wird befürwortet, dass sich Medienintermediäre mittels einer Verpflichtung zur Deklaration ihrer Programmierungsmaxime selbst begrenzen.²⁷² Veränderungen und Anpassungen in den Programmierungsmaximen seien zum Verständnis der Nutzer transparent zu machen.²⁷³

Ein anderer Ansatz schlägt die Etablierung einer vielfaltsichernden Generalklausel vor.²⁷⁴ Hervorgehobener Anknüpfungspunkt einer solchen Klausel wäre vorzugsweise die Meinungsbildungsrelevanz des betreffenden Medienintermediärs, um hieran ein System von abgestuften Verpflichtungen betreffend Auswahl, Reihung und Präsentation von Inhalten anknüpfen zu können. Zu diesem System gehöre die Herstellung von Diskriminierungsfreiheit.²⁷⁵ Zu statuieren sei vor diesem Hintergrund ein allgemeiner Grundsatz der Diskriminierungsfreiheit für Medienintermediäre, wonach Auswahl, Reihung und Präsentation – jedenfalls – von meinungsbildungsrelevanten Inhalten dem Gleichbehandlungsgebot unterfallen. Eine differenzierende Behandlung von Inhalten sei jedoch durch eine Rechtfertigung legitimierbar.²⁷⁶

Ein weiterer Ansatz empfiehlt ein medienübergreifendes Konzentrationsrecht.²⁷⁷ Die geltenden Bestimmungen zur Verhinderung von vorherrschender Meinungsmacht seien fernsehzentriert, damit in der analogen Welt verhaftet und in ihrem Anwendungsbereich durch die Rechtsprechung erheblich eingeschränkt. Die Länder seien daher gehalten, ein medienübergreifendes Vielfaltsicherungsrecht zu schaffen, da vorherrschende Meinungsmacht vor allem auch durch das Zusammenwirken verschiedener Massenmedien entstehen könne.

271 Vgl. in diesem Kontext bereits *Hentsch*, Suchmaschinenneutralität! – Aber wie? – Untersuchung verschiedener Lösungsansätze, MMR 2015 S. 434 ff.

272 *Schulz/Dankert*, Die Macht der Informationsintermediäre, S. 74.

273 *Schulz/Dankert*, Die Macht der Informationsintermediäre, S. 75.

274 *Paal*, Vielfaltsicherung bei Intermediären, MMR 2018, 567 (570).

275 *Paal*, Vielfaltsicherung bei Intermediären, MMR 2018, 567 (570).

276 *Paal*, Vielfaltsicherung bei Intermediären, MMR 2018, 567 (571).

277 *Dörr*, Die regulatorische Relevanz der Organisation massenhafter Individualkommunikation, unter besonderer Berücksichtigung der Sicherung der Meinungsvielfalt, S. 41 ff.

Ein weiterer Ansatz greift auf die Idee des dualen Rundfunksystems in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zurück und überträgt dessen Gedanken auf die Medienintermediäre.²⁷⁸ Das Erfordernis der positiven Ausgestaltung der Medienordnung ist danach für alle vergleichbaren medialen Erscheinungsformen handlungsleitend. Die Grundprinzipien des Verfassungsauftrages müssen entwicklungsoffen sein und andere und neue mediale Erscheinungsformen²⁷⁹ erfassen. Nach dem Ansatz des sogenannten „Zwei-Säulen-Modells“²⁸⁰ soll ein technisches System geschaffen werden, das neben der individuellen Vielfalt einer jeden Filterblase auch die tendenzfreie, ausgewogene und neutrale Vielfalt abbildet.²⁸¹ Aus dem Datenpool eines jeden relevanten Dienstes, sollen dazu zwei voneinander unabhängige Säulen, also Angebote an den Nutzer generiert werden. Eine Säule darf weitgehend frei von Regulierung, wie bisher, die individuelle Vielfalt des Nutzers abbilden. Daneben muss jedem Nutzer ein weiteres Angebot, die zweite Säule gezeigt werden, die ein ausgewogenes Angebot, frei von Beeinflussung durch Werbung und vielfaltsschädlichen Drittinteressen enthält. Durch den Vergleich beider Säulen hat der Nutzer die Wahl zwischen der individuellen Vielfalt seiner Timeline und der ausgewogenen Vielfalt der breiten Öffentlichkeit. Nur wenn ein von der Regulierung betroffener Intermediär beide Säulen anbietet, ist sein Dienst zulässig.

Die erste Säule würde dabei im Wesentlichen nach den Regeln der Medienintermediäre gestaltet werden dürfen.²⁸² Die technisch unvermeidliche Durch-

278 Dazu *Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, Medienordnung für Intermediäre, MMR 2019, 498; *Schwartmann*, Zwei Säulen für die Demokratie F.A.Z. v. 26.05.2019, <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/hoch-schule/forderung-fuer-demokratie-kontrolle-von-internet-und-algorithmen-16198048.html> (zuletzt abgerufen: 24.09.2019); *Paal* Die Meinungsvielfalt im Internet braucht einen Anwalt F.A.Z. v. 26.07.2019, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/hoch-schule/laender-wollen-grosse-internetplattformen-regulieren-16297766.html> (zuletzt abgerufen: 24.09.2019) sowie *Heveling*, Digitale Demokratie und digitaler Rechtsstaat, F.A.Z. v. 13.09.2017 abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/internet-gesetze-da-gibt-s-noch-einiges-zu-tun-15193708.html> (zuletzt abgerufen: 26.09.2019) sowie *Heveling* Ein ausgewogenes Meinungsbild im Internet ergibt sich nicht von selbst, F.A.Z. v. 02.10.2019, S. N4.

279 BVerfG MMR 2007, MMR Jahr 2007, 770 (772 f.) m. Anm. *Scheuer*.

280 Dazu *Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, Medienordnung für Intermediäre, MMR 2019, 498 (501).

281 Dazu *Schwartmann*, Zwei Säulen für die Demokratie, F.A.Z. v. 26.05.2019, <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/hoch-schule/forderung-fuer-demokratie-kontrolle-von-internet-und-algorithmen-16198048.html?GEPC=s3> (zuletzt abgerufen: 25.09.2019).

282 Dazu *Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, Medienordnung für Intermediäre, MMR 2019, 498 (502) sowie *Schwartmann*, Zwei Säulen für die Demokratie, F.A.Z. v. 26.05.2019, <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/hoch-schule/forderung-fuer-demokratie-kontrolle-von-inter>

mischung von Werbung und politischer Meinung wäre deshalb hinzunehmen, weil es die zweite Säule als Referenz gäbe. Bei Säule eins würde die unabhängige Medienaufsicht auf die Einhaltung von Transparenz und die Durchsetzung eines Missbrauchsverbotes achten. Die strengere Aufsicht würde sich auf die zweite Säule beschränken. Hier spielen die Interessen der Intermediäre ebenso keine Rolle, wie Geschäftsgeheimnisse.

Die Inhalte der zweiten Säule würden nach völlig transparenten Regeln generiert, deren Einhaltung die Medienaufsicht kontrollieren würde.²⁸³ Die Vorgaben für die Parameter der Vielfalt hätte der Gesetzgeber entsprechend des Verfassungsauftrages zur Gestaltung einer positiven Ordnung selbst zu machen.²⁸⁴ Die Inhalte der zweiten Säule müssten aus dem Datenpool eines jeden Medienintermediäres jeweils aus Likes, Klicks, Sprachanfragen und sonstigen Daten ein vielfältiges Angebot über Algorithmen generiert werden. Dass die zweite Säule aus der Datenbasis des jeweiligen Medienintermediärs unter Berücksichtigung von Quellenvielfalt entsteht, ist ein entscheidender Vorteil gegenüber Ansätzen, die nur die Inhalte aus bestimmten Quellen zugrunde legen. So können nach regulatorischen Vorgaben die ausgewogene, tendenzfreie und neutrale Vielfalt gesichert werden. Parameter für die Programmierung könnten eine ausgewogene Mischung aus Quellen (Print, Rundfunk, Blogs, Youtuber etc.), Klickhäufigkeit und andere Kriterien sein.

net-und-algorithmen-16198048.html (zuletzt abgerufen: 24.09.2019); *Paal*, Die Meinungsvielfalt im Internet braucht einen Anwalt, F.A.Z. v. 26.07.2019, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/hoch-schule/laender-wollen-grosse-internetplattformen-regulieren-16297766.html> (zuletzt abgerufen: 24.09.2019)

283 *Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, Medienordnung für Intermediäre, MMR Heft 2019, 498 (502) sowie *Schwartmann*, Zwei Säulen für die Demokratie, F.A.Z. v. 26.05.2019, <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/hoch-schule/forderung-fuer-demokratie-kontrolle-von-internet-und-algorithmen-16198048.html> (zuletzt abgerufen: 24.09.2019); *Paal*, Die Meinungsvielfalt im Internet braucht einen Anwalt, F.A.Z. v. 26.07.2019, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/hoch-schule/laender-wollen-grosse-internetplattformen-regulieren-16297766.html> (zuletzt abgerufen: 24.09.2019); *Heveling*, Digitale Demokratie und digitaler Rechtsstaat, F.A.Z. v. 13.09.2017 abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/internet-gesetze-da-gibt-s-noch-einiges-zu-tun-15193708.html> (zuletzt abgerufen: 26.09.2019) sowie *Heveling*, Ein ausgewogenes Meinungsbild im Internet ergibt sich nicht von selbst, F.A.Z. v. 02.10.2019, S. N4.

284 So für die Rundfunkregulierung *BVerfGE* 136, 9, 28.

Quellen- und Literaturverzeichnis

Literatur

- Brink/Wolff (Hrsg.)*, Beck 'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht, 28. Edition (Stand: 01.05.2019), München, C.H.Beck.
- Busch*, Fairness und Transparenz in der Plattformökonomie, IWRZ 2018, 147 (150 f.).
- Danckert/Mayer*, Die vorherrschende Meinungsmacht von Google – Bedrohung durch einen Informationsmonopolisten, MMR 2010, 219.
- Dankert/Dreyer*, Social Bots – Grenzenloser Einfluss auf den Meinungsbildungsprozess? Eine verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Einordnung, K&R 2017, 73.
- Dörr/Natt*, Suchmaschinen und Meinungsvielfalt - Ein Beitrag zum Einfluss von Suchmaschinen auf die demokratische Willensbildung, ZUM 2014, 829.
- Dörr/Schwartmann*, Medienrecht, 6. Auflage (2019), Heidelberg, C.F. Müller.
- Drexl*, Bedrohung der Meinungsvielfalt durch Algorithmen, ZUM 2017, 529.
- Ehmann/Selmayr (Hrsg.)*, Beck 'scher Kurz-Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 2. Auflage (2018), München, C.H.Beck.
- Flaxmann*, Filter Bubbles, Echo Chambers and Online Use Consumption, in: 80 Public Opinion Quarterly (special issue) 2016, S. 298 ff.
- Gräfe*, Webtracking und Microtargeting als Gefahr für Demokratie und Medien, PinG 2019, 5.
- Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner/Cole/Wagner (Hrsg.)*, Kommentar Rundfunkstaatsvertrag/Jugendmedienschutz-Staatsvertrag, 79. Ergänzungslieferung; Stand: April 2019, Heidelberg, C.F. Müller.
- Heldt*, Transparenz bei algorithmischen Entscheidungen – Food for Thoughts, CR 2018, 494.
- Hennemann*, Personalisierte Medienangebote im Datenschutz- und Vertragsrecht, ZUM 2017, 544.
- Hentsch*, Suchmaschinenneutralität! – Aber wie? – Untersuchung verschiedener Lösungsansätze, MMR 2015, 434.
- Holznagel*, Phänomen „Fake News“ - Was ist zu tun?, MMR 2018, 18 (19 f.).
- Hoffmann-Riem*, Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht, AÖR 2017, 1.
- Kreile*, Vorschläge zur Vielfaltssicherung bei Suchmaschinen im Rundfunkstaatsvertrag, ZUM 2017, S. 268 ff.
- Kühling/Buchner (Hrsg.)*, Kommentar Datenschutzgrundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, 2. Auflage (2018), München, C.H. Beck.
- Laue/Nink/Kremer*, Das neue Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis, 2.Auflage (2019), Baden-Baden, Nomos.
- Martini* unter Mitarbeit Kolain und Mysegardes, Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz, 2019, Berlin, Springer-Verlag.

- Martini/Nink*, Wenn Maschinen entscheiden..., in: NVwZ 2017, 681 (u.a. zu Algorithmen und Persönlichkeitsschutz in vollautomatisierten Verwaltungsverfahren)
- Milker*, Social-Bots im Meinungskampf Wie Maschinen die öffentliche Meinung beeinflussen und was wir dagegen unternehmen können, ZUM 2017, 216.
- Nolte*, Hate Speech, Fake News, das „Netzwerkdurchsetzungsgesetz“ und Vielfaltsicherung durch Suchmaschinen, ZUM 2017, 552.
- Paal*, Vielfaltssicherung bei Intermediären, Fragen der Regulierung von sozialen Netzwerken, Suchmaschinen, Instant-Messengern und Videoportalen, in MMR 2018, 567 ff.
- Paal*, Die Meinungsvielfalt im Internet braucht einen Anwalt, F.A.Z. v. 24.07.2019, S. N 4.
- Paal*, Fragen der Regulierung von sozialen Netzwerken, Suchmaschinen, Instant-Messengern und Videoportalen, MMR 2018, 567
- Paal/Hennemann*, Meinungsvielfalt im Internet - Regulierungsoptionen in Ansehung von Algorithmen, Fake News und Social Bots, ZRP 2017, 76.
- Paal/Pauly (Hrsg.)*, Beck'scher Kompakt-Kommentar Datenschutzgrundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, 2. Auflage (2018), München, C.H. Beck.
- Pasquale*, Beyond Innovation and Competition: The Need for Qualified Transparency in Internet Intermediaries, Northwestern University Law Review 2010, 105.
- Pariser*, Filter Bubble. What the Internet Is Hiding from You, 2011.
- Pieroth/Schlink*, Grundrechte Staatsrecht II, 19. Auflage (2019), Heidelberg, C.F. Müller.
- Scheuer*, mit Anmerkungen zu BVerfG MMR 2007, MMR Jahr 2007, 770.
- Schulz*, Kontrolle vorherrschender Meinungsmacht – Dekonstruktion eines medienrechtlichen Schlüsselbegriffs, AfP 2017.
- Schwartmann*, Editorial RDV Heft 2/2019, 51.
- Schwartmann/Benedikt/Jacquemain*, Die ePrivacy-VO kommt: Reichweitenmessung und Nutzungsprofile über Cookies zwischen DSGVO und ePrivacy-VO, Ping 2018 S. 150 ff.
- Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, Eine Medienordnung für Intermediäre – Das Zwei-Säulen-Modell zur Sicherung der Vielfalt im Netz, in MMR 08/2019, 498.
- Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman (Hrsg.)*, Heidelberger Kommentar DS-GVO/BDSG, 2018, C.F. Müller.
- Stark/Magin/Jürgens*, Politische Meinungsbildung im Netz: Die Rolle der Informations-Medienintermediäre, UFITA 2018, 101 ff.
- Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise im Big-Data-Zeitalter, VuR 2018, 477.
- Ukrow*, Algorithmen, APIs und Aufsicht, Überlegungen zu organisations- und verfahrensrechtlichen Effektivierung einer positiven Ordnung der Vielfaltssicherung im digitalen Raum, Impulse aus dem EMR.
- Wachter/Brent/Mittelstadt*, Counterfactual Explanations without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR, Harvard journal of law & technology, 2017, 841.
- Weizenbaum*, Die Macht der Computer und die Ohnmacht der Vernunft. Frankfurt, 1977.
- Zimmer*: Medienintermediäre und Meinungsbildung, in: die medienanstalten, Vielfaltsbericht der Medienanstalten, Berlin 2018, S. 53.

Zweig, Algorithmische Entscheidungen: Transparenz und Kontrolle, Analysen & Argumente Konrad-Adenauer-Stiftung Nr. 338 / Januar 2019.

Zweig/Deussen/Krafft, Algorithmen und Meinungsbildung, Informatik-Spektrum, Vol. 40, No. 4, S. 318-326.

Quellen

Algo.Rules, Regeln für die Gestaltung algorithmischer Systeme, abrufbar unter <https://algorules.org/startseite/>.

Pressemitteilung des BITKOM v. 27.02.2018, „Jeder Dritte kann sich ein Leben ohne Social Media nicht mehr vorstellen“, abrufbar unter <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation>

Czernik, Single Sign-On: Tipps beim Einsatz der Login-Technologie v. 22.07.2016, abrufbar unter <https://www.datenschutzbeauftragter-info.de/single-sign-on-tipps-beim-einsatz-der-login-technologie/>

Deutscher Bundestag, Ausarbeitung Wissenschaftliche Dienste: Regulierung von Intermediären, Möglichkeiten und Auswirkungen der Regulierung im Hinblick auf Medienvielfalt, WD 10-3000-062/18, unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/591830/c58874d515f02deecdc34ff18727ce12/WD-10-062-18-pdf-data.pdf>

Diskussionsentwurf zu den Bereichen Rundfunkbegriff, Plattformregulierung und Intermediäre „MEDIENSTAATSVERTRAG“, unter: https://www.rlp.de/fileadmin/rlp-stk/pdf-Dateien/Medienpolitik/04_MStV_Online_2018_Fristverlaengerung.pdf

Dreyer/Schulz, The GDPR and Automated decision-making: Will it deliver? – Discussion Paper #5, abrufbar unter <https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/GDPR.pdf>

DSK-Kurzpapier Nr. 3, Verarbeitung personenbezogener Daten für Werbung, Dezember 2018, unter: https://www.datenschutzzentrum.de/uploads/dsgvo/kurzpapierre/DSK_KPNr_3_Werbung.pdf

Dörr, Die regulatorische Relevanz der Organisation massenhafter Individualkommunikation, unter besonderer Berücksichtigung der Sicherung der Meinungsvielfalt, Juni 2019, unter: https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/die_medienanstalten/Themen/Intermediaere/2019_06_04_Gutachten_Relevanz_Organisation_massenhafte_Individualkommunikation.pdf

Engelmann, Gatekeeping, 2016.

Gabler *Wirtschaftslexikon* zum Begriff der Aggregation, abrufbar unter <https://wirtschaftslexikon.gabler.de>

Stellungnahme von Google zum Diskussionsentwurf zu den Bereichen Rundfunkbegriff, Plattformregulierung und Intermediäre - „Medienstaatsvertrag“, unter: https://www.rlp.de/fileadmin/rlp-stk/pdf-Dateien/Medienpolitik/Eingaben_Medienstaatsvertrag/Verbaende__Rundfunkbegriff_/Google.pdf

Heveling, Digitale Demokratie und digitaler Rechtsstaat, F.A.Z. v. 13.09.2017 abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/internet-gesetze-da-gibts-noch-einiges-zu-tun-15193708.html>.

- Heveling*, Ein ausgewogenes Meinungsbild im Internet ergibt sich nicht von selbst, F.A.Z. v. 02.10.2019, S. N4.
- Jaume-Palasi*, KI und Algorithmen v. 23.01.2019, abrufbar unter <https://www.telemedicus.info/article/3384-KI-und-Algorithmen.html>
- Kleinz*, *LogIn-Allianz startet mit 60 Partnerseiten* v. 08.11.2018 auf [heise.de](https://www.heise.de/newsticker/meldung/NetID-LogIn-Allianz-startet-mit-60-Partnerseiten-4216340.html), <https://www.heise.de/newsticker/meldung/NetID-LogIn-Allianz-startet-mit-60-Partnerseiten-4216340.html>
- Knobloch/Hustedt*, Der Maschinelle Weg zum passenden Personal, Zur Rolle algorithmischer Systeme in der Personalauswahl, Stiftung Neue Verantwortung/Bertelsmann Stiftung, Juni 2019, unter: https://www.stiftung-nv.de/sites/default/files/snv_robo_recruiting.pdf
- Królikowski/Loebel/Ullrich*, Ausrechnen statt Entscheiden, CSR und Digitalisierung, Berlin 2017, abrufbar unter <https://www.cytizen.de/stefanullrich/publication/30jahreitinno/>
- Luber/Schmitz*, Was ist Single Sign-On (SSO)? v. 03.08.2017 abrufbar unter <https://www.security-insider.de/was-ist-single-sign-on-sso-a-631479/>
- Martini*, Grundlinien eines Kontrollsystems für algorithmenbasierte Entscheidungsprozesse, Gutachten im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverbandes, Mai 2019, unter: https://www.uni-speyer.de/files/de/Lehrst%c3%bchle/Martini/PDF%20Dokumente/eigene%20Texte/2019_algorithmenbasiertesKontrollsystem_Gutachten.pdf
- Michaels*, Datenschutz mit Lücken, in F.A.Z. v. 24.07.2019, unter: <https://edition.faz.net/faz-edition/medien/2019-07-25/3392181efe76ab74e05a42f3c64ef160/?GEPC=s9>
- Nocun*, Habe meine Daten heruntergeladen: Was Facebook alles über mich weiß, hat mich schockiert, FOCUS v. 26.6.2018, https://www.focus.de/digital/experten/facebook-ich-wusste-dass-facebook-daten-speichert-doch-das-ausmass-hat-mich-erschreckt_id_9145326.html
- Paal*, Rechtsgutachten Intermediäre: Regulierung und Vielfaltssicherung, März 2018, unter: https://www.medienanstalt-nrw.de/fileadmin/user_upload/lfm-nrw/Foerderung/Forschung/Dateien_Forschung/Paal_Intermediaere_Regulierung-und-Vielfaltssicherung_Gutachten-2018.pdf
- Pressemitteilung der *Europäischen Kommission*, „Kartellrecht: Kommission verhängt Geldbuße in Höhe von 2,42 Mrd. EUR gegen Google wegen Missbrauchs seiner marktbeherrschenden Stellung als Suchmaschine durch unzulässige Vorzugsbehandlung für eigenen Preisvergleichsdienst – Factsheet“, 27. Juni 2017, unter: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-1785_de.htm
- Pressemitteilung der *Europäischen Kommission* v. 18.07.2018, abrufbar unter https://ec.europa.eu/germany/news/20180718-kommission-google-android-strafe-von-434-milliarden-euro_e
- Positionspapier von *Facebook* zum Diskussionsentwurf zu den Bereichen Rundfunkbegriff, Plattformregulierung und Intermediäre „Medienstaatsvertrag“, unter: https://www.rlp.de/fileadmin/rlp-stk/pdf-Dateien/Medienpolitik/Eingaben_Medienstaatsvertrag/Verbaende__Intermediaere_/Facebook.pdf

Roßnagel/Hentschel, Verfassungsrechtliche Grenzen gesetzlicher Pflichten zur Offenlegung von Arbeits- und Geschäftsbedingungen, Gutachten im Auftrag des WSI, Oktober 2016, unter: https://www.boeckler.de/pdf/p_wsi_studies_6_2016.pdf

Schmidt/Sørensen/Dreyer/Hasebrink, Algorithmische Empfehlungen - Funktionsweise, Bedeutung und Besonderheiten für öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten, September 2018, unter: https://www.hans-bredow-institut.de/uploads/media/default/cms/media/2kc2ri5_45AlgorithmischeEmpfehlungen.pdf

Schulz/Dankert, Die Macht der Informationsintermediäre – Erscheinungsformen, Strukturen und Regulierungsoptionen, 2016, unter: <https://library.fes.de/pdf-files/akademie/12408.pdf>

Schwartmann, Zwei Säulen für die Demokratie, in FAZ v. 26.05.2019, unter: <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/hoch-schule/forderung-fuer-demokratie-kontrolle-von-internet-und-algorithmen-16198048.html>

Voßhoff, Infoblatt „Sprachassistenten“ der Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI), abrufbar unter https://www.bfdi.bund.de/DE/Home/Kurzmeldungen/DSkompakt_Sprachassistenten.html

Wood/McMinn/Feng, China Used Twitter To Disrupt Hong Kong Protests, But Efforts Began Years Earlier, v. 17.09.2019 <https://www.npr.org/2019/09/17/758146019/china-used-twitter-to-disrupt-hong-kong-protests-but-efforts-began-years-earlier?t=1568995248091>

Zimmer, Medienintermediäre und Meinungsbildung, in: die medienanstalten, Vielfaltsbericht der Medienanstalten, Berlin 2018, unter: https://www.blm.de/files/pdf2/vielfaltsbericht_2018_dma.pdf

Sonstiges

Interview mit *Prof. Dr. Rolf Schwartmann* auf medienpolitik.net: Es besteht immer die Möglichkeit der Manipulation, Juni 2019, unter: <https://www.medienpolitik.net/2019/06/es-besteht-immer-die-moeglichkeit-der-manipulation>

Informationen zur nutzungsbasierten Online-Werbung, unter: <http://www.youronlinechoices.com/de/uber-oba/>

Infoblatt „Sprachassistenten“ der Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI) abrufbar unter https://www.bfdi.bund.de/DE/Home/Kurzmeldungen/DSkompakt_Sprachassistenten.html (zuletzt abgerufen: 26.09.2019).

Datenschutzerklärung von *Google*, unter: <https://policies.google.com/privacy?hl=de>

Datenschutzerklärung von *Facebook*, unter: <https://de-de.facebook.com/privacy/explanation>

Passig Fünfzig Jahre Blackbox v. 23.11.2017, abrufbar unter <https://www.merkur-zeitschrift.de/2017/11/23/fuenfzig-jahre-black-box/#en-6998-2>

Pressemitteilung *BKartA* v. 07.02.2019, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html

Rottmann: Gabler Wirtschaftslexikon zum Begriff der Aggregation, unter: <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/aggregation-30653#head4>
Siepermann: Gabler Wirtschaftslexikon zum Begriff der Selektion, unter: <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/selektion-42411>

Rechtsprechung

EuGH, Urt. v. 19.10.2016 – Rs. C 582/14 – Breyer vs. BRD = ZD 2017, 24 (25 f.), zum Personenbezug von dynamischen IP-Adressen.
EuGH, Urt. v. 05. Juni 2018 – Rs. C-210/16 Rn. 31 ff. – *Facebook Fanpage*.
EuGH, Urt. v. 29. Juli 2019 – Rs. C-40/17 Rn. 64 ff. – *FashionID*.
BVerfGE 57, 295, v. 16.06.1981, 3. Rundfunkentscheidung.
BVerfGE 73, 118 ff., v. 04.11.1986, 4. Rundfunkentscheidung.
BVerfGE 74, 297, v. 24.03.1987, 5. Rundfunkentscheidung.
BVerfGE 83, 238, v. 05.02.1991, 6. Rundfunkentscheidung.
BVerfGE 87, 181, v. 06.10.1992, 7. Rundfunkentscheidung.
BVerfGE 105, 252 (265), v. 26.06.2002, Glykolwein.
BVerfGE 110, 274 (288), v. 20.04.2004, Verfassungsmäßigkeit der Ökosteuer.
BVerfGE 115, 205 (229), v. 14.03.2006, Verfassungsrechtlicher Schutz von Betriebsheimnissen im gerichtlichen Verfahren.
BVerfGE 116 (135 und 151 f.), v. 13.06.2006
BVerfGE 119, 181, 154, v. 11.09.2007, Verfassungswidrigkeit der Rundfunkgebührenfestsetzung,
BVerfGE 136, 9, 28 m.w.N. v. 25.03.2104, Normenkontrollanträge gegen den ZDF-Staatsvertrag überwiegend erfolgreich.
BGH, Urt. v. 20. 7. 2006 - I ZR 228/03 = NJW 2006, 3633, Anbieterkennzeichnung im Internet.
OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.08.2013 – I-20 U 75/13, Facebook Impressum.
OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.08.2019 – VI-Kart 1/19 (V).

Über die Autoren

Prof. Dr. Rolf Schwartmann

Professor TH Köln (Medienrecht, Datenschutzrecht), Privatdozent Johannes Gutenberg-Universität Mainz, Leiter Kölner Forschungsstelle für Medienrecht, Vorsitzender Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit e.V. (GDD), Mitglied der Datenethikkommission der Bundesregierung, Leiter Fokusgruppe Datenschutz für das BMI im Rahmen des Digital Gipfels der Bundesregierung, Mitglied „Beirat Medien-Digital-Land NRW“ der Staatskanzlei NRW, Hrsg. u.a. Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman (Hrsg.), DS-GVO und BDSG, Heidelberger Kommentar, 2018; Schwartmann/Pabst LDG NRW (erscheint 2020); Schwartmann (Hrsg.), Praxishandbuch Medien-, IT und Urheberrecht, 4. Aufl., 2018.

www.medienrecht.th-koeln.de

www.gdd.de

Maximilian Hermann, LL.M.

Syndikusrechtsanwalt der Media Broadcast GmbH in Köln; Lehrbeauftragter im Datenschutzrecht an der TH Köln im Masterstudiengang Medienrecht und Medienwirtschaft; Mitglied der Fokusgruppe Datenschutz der Plattform Sicherheit, Schutz und Vertrauen für Gesellschaft und Wirtschaft für das BMI im Rahmen des Digital Gipfels der Bundesregierung; Autor in Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman HK-DS-GVO/BDSG zu Art. 4 und 5 DS-GVO sowie Schwartmann/Pabst HK-DSG NRW (erscheint 2020); weitere Veröffentlichungen zu medien- und datenschutzrechtlichen Themen; Mitglied der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit e.V. (GDD).

Robin L. Mühlenbeck

Wissenschaftlicher Mitarbeiter der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht an der TH Köln; Mitglied der Fokusgruppe Datenschutz der Plattform Sicherheit, Schutz und Vertrauen für Gesellschaft und Wirtschaft für das BMI im Rahmen des Digital Gipfels der Bundesregierung; Autor u.a. in Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman HK-DS-GVO/BDSG zu Art. 4, 6, 9 DS-GVO sowie §§ 3, 22, 27, 28 BDSG und Schwartmann/Pabst HK-DSG NRW zu §§ 3, 4, 9, 11, 16, 70–72 DSG NRW (erscheint 2020); Schwartmann/Keber/Mühlenbeck Social Media, 2. Aufl., 2018; Mitglied der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit e.V. (GDD).

Suchmaschinen und Soziale Netzwerke wie Google und Facebook nehmen über die Selektion, Anordnung und Präsentation von Inhalten in Suchergebnislisten und Newsfeeds Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung. Mit einem neuen Medienstaatsvertrag sollen sogenannte Medienintermediäre daher einer Meinungsvielfaltsregulierung unterstellt werden, die durch die Medienanstalten beaufsichtigt wird. Dies ist ein europaweit einzigartiger Ansatzpunkt.

Die geplante Regulierung umfasst neben einem Diskriminierungsverbot vor allem die Verpflichtung der Anbieter zu mehr Transparenz. Medienintermediäre sollen für den Nutzer verständlich und leicht auffindbar darlegen, aufgrund welcher Kriterien die Sortierung von Inhalten erfolgt.

Im Auftrag der Medienanstalt Hamburg/Schleswig-Holstein (MA HSH) hat Prof. Dr. Rolf Schwartmann von der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht dieses Rechtsgutachten erstellt. Damit liegt erstmals ein Gutachten vor, das sich im Detail mit den medienregulatorischen Fragen von Transparenzvorgaben für Medienintermediäre unter Zugrundelegung eines neuen Medienstaatsvertrags beschäftigt.