

# Transparenz bei Medienintermediären

Rechtsgutachten

im Auftrag der

Medienanstalt Hamburg/Schleswig-Holstein (MA HSH)

vorgelegt von

**Professor Dr. iur. habil. Rolf Schwartmann**

Leiter der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht

Mitglied der Datenethikkommission der Bundesregierung

unter Mitarbeit von

**Maximilian Hermann, LL.M. und Robin L. Mühlenbeck**

**Zusammenfassung der Ergebnisse**

## 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 **§ 53 d MStV-E** legt Medienintermediären weitgehende Transparenzverpflichtungen auf. Nach einer am Sinn und Zweck orientierten Auslegung umfasst § 53 d 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 **§ 53 g MStV-E**.
- Die Aufsicht über Medienintermediäre liegt nach dem MStV-E richtigerweise bei der **Kommission für Zulassung und Aufsicht (ZAK)**. Hierbei sollte sie durch **intermediärspezifische 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 i.S. einer **positiven Ordnung** einzubeziehen, die potentiellen Gefahren für die Demokratie wirksam Rechnung tragen kann.

## Inhaltsverzeichnis

|   |    |
|---|----|
| Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen .....  | 2  |
| Transparenz bei Medienintermediären .....   | 5  |
| A. Informationsasymmetrie und Blackbox-Problematik als Transparenz- und<br>Vielfaltsdefizit ..... | 5  |
| B. Vorgehensweise und Gang der Untersuchung.....  | 6  |
| I. Erscheinungsform und Funktionsweise von Medienintermediären .....                              | 6  |
| II. Inhaltliche Reichweite von Transparenz und Entwicklung eines<br>Kriterienkatalogs .....       | 7  |
| III. Vorgaben der DS-GVO und des MStV-E .....   | 7  |
| IV. Praktische Umsetzungsmöglichkeiten hinsichtlich Institutionen und<br>Verfahren.....           | 8  |
| V. Ausblick auf Ansätze zur Sicherung der Meinungsvielfalt bei<br>Medienintermediären .....       | 8  |
| C. Untersuchungsergebnisse .....  | 9  |
| I. Anwendungsbereich des MStV-E .....   | 9  |
| II. Zwecke von Transparenzvorgaben und Ausgestaltung.....   | 12 |
| III. Vorgaben der DS-GVO und des MStV-E .....   | 13 |
| 1. Transparenzvorgaben der DS-GVO .....   | 14 |
| a. Sachliche Beschränkung des Anwendungsbereichs .....  | 14 |
| b. Inhaltliche Vorgaben nach Art. 12 ff. DS-GVO.....  | 14 |
| c. Praxischeck .....  | 16 |
| 2. Transparenzvorgaben nach MStV-E.....   | 16 |
| a. MStV-E und ex-post Transparenz? .....  | 17 |
| b. Inhaltliche Transparenzvorgaben nach dem MStV-E .....  | 18 |
| aa. Formelle Anforderungen nach § 53 d Abs. 1S. 1 MStV-E .....                                    | 18 |
| bb. Materielle Anforderungen nach § 53 d Abs. 1 Nr. 1 und 2. MStV-E.....                          | 20 |
| cc. § 53 d Abs. 2 bis 4 MStV-E: besondere Kennzeichnungspflichten .....                           | 24 |
| IV. Diskriminierungsverbot aus § 53 e MStV- .....   | 25 |
| V. Absicherung der inhaltlichen Vorgaben durch Verfahren und Institutionen.....                   | 26 |
| 1. Umsetzung der Vorgaben durch Satzungsbefugnis nach § 53 g MStV-E.....                          | 26 |
| 2. ZAK als zuständiges Aufsichtsorgan .....   | 26 |
| 3. Erweiterung der Kompetenzen der ZAK .....  | 27 |

|   |    |
|---|----|
| 4. Intermediärsspezifische Expertenräte .....                               | 27 |
| VI. Ansätze zur Sicherung der Meinungsvielfalt bei Medienintermediären..... | 28 |

## Transparenz bei Medienintermediären

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 praktischer Weise inhaltlich ausgestaltet werden können und wo die rechtlichen Grenzen von Transparenzverpflichtungen liegen. Dieses Rechtsgutachten wird hiermit vorgelegt.

### A. Informationsasymmetrie und Blackbox-Problematik 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 **Black-box**.

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. § 53 d MStV-E). Dabei wird zum einen durch Auslegung der Tatbestandsmerkmale die inhaltliche Reichweite der Vorschriften im Hinblick auf die Gewährleistung von Transparenz durch Medienintermediäre bestimmt, zum 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 die Frage, 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 bzw. Grundannahmen **mathematisch standardisiert**.

Diese Systeme werden zur Optimierung der Ergebnisse verwendet und fortlaufend angepasst und aktualisiert. Hierbei kommen insbesondere das **inhaltsgestützte** 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 einfließt und gegebenenfalls berücksichtigt wird.

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 bzw. 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 z.B. 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 zurechtzufertigen.

## 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 Löschanträge) **ausüben** kann.

Ferner sind folgende Informationen zu gewähren: zentrale **Kriterien und Funktionsweisen der eingesetzten Such- und Auswahlalgorithmen**; Kennzeichnung und zumindest beispielhafte Ausführung 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 bzw. 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 ggf. 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. Ent-

scheidend 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. Insofern 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 o.g. Kriterien aus einer ex-ante-Perspektive fordert oder ob die Norm die Informationsgewährung über die Kriterien sowohl aus einer ex-ante Sicht als auch i.S.e. **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- bzw. 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 bzw. 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 turnusmäßige Einblenden eines Browser-Fensters, das zwar zu den Informationen führt, aber anschließend wieder ausgeblendet wird und anschließend nur noch über Umwege für Nutzer zu erreichen bzw. 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 ggf. 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 i.S.d. 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 werden und nach welchen Kriterien Daten als „relevant“ eingestuft.

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

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

Hierbei gelten durch das „in derselben Weise“ des Gesetzeswortlauts die o.g. formellen Voraussetzungen des § 53 d 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 o.g. Kriterien ändern.

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

§ 53 d Abs. 3 und 4 MStV-E statuieren **besondere Kennzeichnungspflichten** bei Medienintermediären mit einer **thematischen Spezialisierung** bzw. 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 weiterge-



hende **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

§ 53 e MStV-E statuiert im Hinblick auf die Sicherung der Meinungsvielfalt zum einen ein **allgemeines Diskriminierungsverbot** in § 53 e Abs. 1 MStV-E. Zum anderen enthält § 53 e 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 § 53 e Abs. 2 MStV-E gilt, dass eine Diskriminierung insbesondere dann vorliegt, wenn von den allgemeinen Regeln der Aggregation, Selektion und Präsentation nach § 53 d 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 bzw. dem Zustandekommen von Inhalten durch anderweitige, nicht transparente Kriterien festzustellen ist. Um eine derartige Kontrolle zu ermöglichen, müssen Medienintermediäre im Sinne der Transparenzverpflichtungen aus § 53 d 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 § 53 d 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 § 53 e Abs. 2 MStV-E stellt **eine die Transparenzvorgaben aus § 53 d 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 § 53 g MStV-E

Zur Umsetzung der inhaltlichen Vorgaben kommt zum einen die **Inanspruchnahme der Satzungsbefugnis der Landesmedienanstalten** nach § 53 g 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 § 53 f MStV-E **besondere Kontrollbefugnisse** zu schaffen, die der Aufsicht Auskunfts-, Einsichts- und Zugangsrechte (vergleichbar zu Art. 58 DS-GVO) gewähren. Die Befugnisse nach § 53 f 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 tiefgehende 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 i.S.e. 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 Konzentrationsrechts**
- „**Zwei-Säulen-Modell**“ zur Übertragung der Idee des dualen Rundfunksystems auf Medienintermediäre

Nach dem „**Zwei-Säulen-Modell**“ soll ein technisches System geschaffen werden, das 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.