

Karl-Heinz Ladeur (Hamburg)

Die Medienfreiheit im Netzwerk der Netzwerke. Neue Institutionen für neue Medien

Freedom of opinion has always had a collective element that is related to the social norms and expectations concerning 'normalcy'. These social norms change with the transformation of society. The new media, and the new 'social media' in particular, still lack a transsubjective normative infrastructure. It could possibly be put in place with the help of private 'Cyber Courts'. At the same time, the deep transformation of the media system does not exclude a productive role for a public service element within the new media landscape, because innovation seems to have a bias against long-term programming. The digitisation of the media and of media technologies requires new institutions that are fine-tuned to the network structure of the internet.

1 Von der konzentrischen Ordnung der klassischen Medien zur Fragmentierung der Öffentlichkeit in Zeiten des Internet

1.1 Die Perspektive des Verfassungsrechts auf die Medien

Das Bundesverfassungsgericht hat früher seiner Rechtsprechung zur Meinungs- und Medienfreiheit ein Modell 'konzentrischer Kreise' zugrunde gelegt, in dessen Mitte das staatliche Entscheidungssystem steht, das vom System der politischen Parteien und den öffentlichkeitsbezogenen Verbänden umgeben wird (BVerfGE 12, 205, 261ff.; 20, 56, 101 – Parteien; 57, 295, 321ff.; Ladeur 2000: 443). Den nächsten Ring bilden die klassischen Medien, denen vor allem die Funktion zugeschrieben wird, die informationelle Vorstrukturierung von politisch-gesellschaftlichen Optionen zu leisten, die von den Parteien zu entscheidungsfähigen Alternativen verarbeitet werden. Den äußeren Ring bilden die privaten Vereine, sonstige Verbände, Unternehmen, Familien, Märkte etc. Das Mediensystem und die plurale Öffentlichkeit bilden eine Art Scharnier zwischen Staat und Gesellschaft.

Dass diese Konstruktion einen idealistischen Charakter hat, ist nicht zuletzt dadurch offensichtlich geworden, dass der Spalt zwischen diesem Bild von der konzentrisch auf die staatliche Entscheidung zulaufenden Meinungsbildung und der fragmentierten Wirklichkeit der multiplen öffentlichen Foren ohne klare Richtung in den letzten Jahren immer tiefer geworden ist. Zugleich erweist sich der Spalt mindestens partiell als nicht hintergebar, wenn man die Folgen einer weiter fortschreitenden Fragmentierung der Sphäre des Öffentlichen in Betracht zieht. Deshalb muss man an dieser Zentrierung im Interesse der Erhaltung der repräsentativen Demokratie festhalten, während zugleich mehr Raum für die Heterogenität der

neuen Medien gegeben werden muss. Auch dies verlangt aber neue Formen der Institutionalisierung, der Strukturierung und der Setzung von Grenzen durch *Regeln*. Die Illusion einer Freiheit der entinstitutionalisierten unmittelbaren Kommunikation im Internet, die nur in der spontan selbstgesetzten Netiquette ihre Schranken finden soll, ist jedenfalls längst verfliegen (vgl. Thiel 2016: 11). Diese Erfahrung wurde auch schon mit dem frühen Rundfunk gemacht, der nach der Brecht'schen Radiotheorie die herrschaftsfreie, unmittelbare Kommunikation innerhalb der Arbeiterklasse erlauben sollte (vgl. Brecht 1992: 137).¹

Die Institutionalisierung der medial organisierten Meinungsfreiheit hat sicher ihre eine Seite darin, dass ihre Ordnungsleistung den 'herrschenden Meinungen' immer wieder den Status der Evidenz, den Anschein der Transparenz der Wirklichkeit des 'Normalen' vermittelt hat (vgl. Wetters 2008: 141). Dies ist aber nicht nur ein ideologischer Effekt, vielmehr wird durch die Institutionalisierung der Öffentlichkeit (der Medien, der Gruppen und der Entscheidungsöffentlichkeit des Staates) erst ein Beobachtungspunkt innerhalb der fluiden Realität geschaffen, von dem aus keine Wahrheit erzeugt werden kann, der es uns aber erlaubt, uns "eine Welt zurechtzumachen, bei der unsere Existenz ermöglicht wird" (Nietzsche 1970: 82). So bedeutet die Logik der Repräsentation, mit der die Vorstellung von der Meinungsbildung als Prozess verknüpft ist, nach dem Ende der christlichen Idee der Verkörperung der Einheit des Staates – wie Paul Ricoeur es formuliert hat – den Vollzug eines "Einschnitts, der den Raum der Fiktion eröffnet" (Ricoeur 1983: 76; Revault d'Allonnes 2016: 15). Letztere lässt wiederum die Koordination praktischen Handelns zu (vgl. Descombes 2004: 429). Und dies gilt sowohl für die literarische als auch die juristische Fiktion, deren Verwendung weit über den Bereich der explizit gesetzten Legalfiktion hinausgeht. Fiktionen nehmen Unterscheidungen innerhalb der Einheit eines Zusammenhangs der Tradition vor (vgl. Steinhauer 2014), die dann mittels einer "Kartierung" (Ezrahi 2012: 6; Hutchins 1995) von Ordnungsmustern das Ausprobieren unterschiedlicher Lebensmodelle im Roman bzw. operationalisierbarer Rechtsbeziehungen jenseits informaler Erwartungen erlaubt. Die Fiktion bildet nicht die Wirklichkeit ab, sondern akzentuiert Verknüpfungsscharniere, die das Prozessieren mehrerer Möglichkeiten über ein lockeres Netzwerk von Anschlussmöglichkeiten und -zwängen erlauben. Dazu gehört auch das Meinen,

1 Brecht zeigt letztlich aber doch eine gewisse Skepsis, da er den gesellschaftlichen Verhältnissen eine hemmende Wirkung zuschreibt.

das im Angesicht der "Normativität der Macht der Faktizität" (Wetters 2008: VIII) nur in Grenzen in der Lage ist (und sein kann), seine eigenen Voraussetzungen zu reflektieren und die 'Authentizität' eines Autors in Anschlag zu bringen (vgl. Trilling 1972: 1, 106). Die Vorstellung, dass die Meinung letztlich die Politik dirigiere – wie dies in den zitierten Entscheidungen des BVerfG anklingt – ist eine legitime, durchaus produktive Fiktion, die die liberale Verfassung und ihre Institutionen abstützt.

1.2 Die Fragmentierung der Öffentlichkeit

Der grundlegende Wandel der Medienordnung, der sich in den letzten Jahrzehnten vollzogen hat, zeigt, wie voraussetzungsvoll die Freiheit der Medien ist. Die Lockerung der institutionellen Bindungen der Meinungen und der Meinungsfreiheit kann einerseits zu neuen Varianten der Meinungsbildung führen und die Meinungsfreiheit zu "another freedom" (vgl. Boym 2012: 82) jenseits der etablierten, auf die staatliche Willensbildung bezogenen Trajektorien machen. Andererseits bringt dieser Wandel innerhalb des Politischen aber auch anomische Inkonsistenzen hervor, die einem 'nomadisierenden Individualismus' ohne Struktur entsprechen. Auch Carl Schmitts Konzeption des Politischen zielt letztlich auf den Versuch, das 'Volk' gegen die Institutionen, die es nicht mehr repräsentieren zu können scheinen, in Stellung zu bringen (vgl. Wetters 2008: IX). An die Stelle der Repräsentation sollte ein Verhältnis der Unmittelbarkeit der 'Führung' ohne stabilisierende Institutionen in der Diktatur treten, die antithetisch auf die Zerstörung der alten Institutionen fixiert blieb und keine neue Form der Institutionalisierung hervorbringen wollte. Der 'Führer' stellte nichts als die Formlosigkeit jenseits der Figuren des Rechts dar.

Auch eine Rechtstheorie der Meinungsfreiheit im Internet muss die Ambivalenz des Verhältnisses von Meinung und Institutionen berücksichtigen: Völlig unstrukturierte Meinungsströme ohne strukturbildende Grenzen können auch die Fähigkeit, sich auf andere einzustellen, in autistisch verschlossenen Zirkeln ewig 'Gleichgesinnter' zum Verschwinden bringen (vgl. Sunstein 2009). Auch wenn die 'konzentrischen Kreise' des Öffentlichen im Sinne des Modells des BVerfG ihre Orientierungsleistung partiell eingebüßt haben, bedarf es doch auch im Internet neuer Institutionen, die den Meinungsprozessen Struktur und auch Regeln (Schranken) vorgeben, die die Foren des Öffentlichen von privaten Zirkeln der Selbstbezüglichkeit unterscheiden.

Helmut Ridder (1975: 85) hat die Kommunikationsfreiheiten schon früher als "impersonale Rechte" bezeichnet. Das ist ein produktiver Gedanke, der die Prozesshaftigkeit der Kommunikation und die Herausbildung ihrer Schranken akzentuiert. Die öffentliche Meinungsfreiheit umfasst nicht die Freiheit, das eigene Ressentiment, die Wut, Ärger und 'Betroffenheit' auszuposaunen, sondern vielmehr einen Beitrag zu unterschiedlichen Foren des öffentlichen Streits zu leisten, sich also an andere zu wenden, denen man ein Mindestmaß an Selbst- und Fremdachtung schuldet. Die Institutionalisierung der Meinungsfreiheit selbst verlangt schon eine Grenzziehung, die erst den produktiven Streit erlaubt. Das Grundgesetz statuiert in Art. 5 Abs. 2, dass die Meinungsfreiheit in den allgemeinen Gesetzen und im Recht der persönlichen Ehre eine Grenze findet. Auf die Schwierigkeit der Bestimmung des Inhalts dieser Schranken kann hier nicht im Einzelnen eingegangen werden. Das BVerfG hat allerdings in jahrzehntelanger Entscheidungspraxis – nicht ohne Abstimmung auf die sozialen Regeln, die die Medien selbst setzen – eine Vielzahl von Spezifizierungen und Konkretisierungen entwickelt, z.B. über die Abgrenzung von Meinung und Tatsachenbehauptung, 'Schmähekritik', Verdachtsberichterstattung etc., die die Formulierung der Schranken auf die Bedingungen des Prozessierens der Meinungen selbst abstimmt (vgl. Hillgruber 2016).

1.3 Die Schwierigkeit der Bildung sozialer Regeln unter den veränderten Bedingungen

In politischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Fragen ist die öffentliche Kontroverse in den Medien bzw. der wissenschaftliche oder literarische Streit jeweils eine institutionalisierte Form zur gerichtlichen Wahrheitsfindung. Was darf gesagt, was durch (Richtigkeits-)Urteil verboten werden? Ein Nachdenken über die Grenzen der Meinungs- und Pressefreiheit lässt die Notwendigkeit der Berücksichtigung der gesellschaftlichen Anschlusszwänge (und -möglichkeiten) zutage treten, die durch die Praxis der organisierten Medien erzeugt werden und sich in sozialen Normen (z.B. über das Verhältnis von Öffentlichem und Privatem) niederschlagen. Die Meinung kann in der Demokratie nicht wahrheitsfähig sein. Sie verweist immer wieder auf andere Meinungen oder Entscheidungen, die unter Ungewissheitsbedingungen getroffen werden.

Die Rechtsprechung muss selbst durch Bildung eines Netzwerks von Entscheidungen zur Bildung von 'Kollisionsregeln' innerhalb des differenzierten rechtlichen

und sozialen Regelwerks beitragen, das für die Abstimmung zwischen verschiedenen Foren der Konfliktaustragung bzw. der -vermeidung oder Konfliktbeendigung erforderlich ist. Die Gerichte haben in dieser neuen sozialen Konstellation die Rolle von Regulierungsinstanzen, die immer wieder neu das Verhältnis zwischen Rechtsnormen und sozialen Normen justieren müssen. Ohne eine Infrastruktur von (sich wandelnden) sozialen Normen über das, was gesagt werden kann, was themenfähig ist, sind die Rechtsschranken der Meinungsfreiheit nicht anwendbar. Dazu gehört auch die Frage, was als wahrheitsfähig angesehen werden kann und an institutionalisierten Richtigkeitsannahmen gemessen werden kann. In vielen kontroversen Fragestellungen ist eine 'Wahrheitsfeststellung' durch ein gerichtliches Verfahren nicht angemessen, weil der Gegenstand selbst nicht dauerhaft stabilisiert werden kann, sondern immer wieder offen gehalten werden muss. Hier wird der Konflikt durch *Renvoi* an die jeweiligen (Teil-)Öffentlichkeiten zurückgegeben (Ladeur / Gostomzyk 2012: 710). Darauf ist auch die Behandlung der 'Mischtatsachen' zurückzuführen (BVerfGE 61, 1) – Äußerungen, die nicht eindeutig als Meinung oder Tatsache zu unterscheiden sind): Die Kontroverse muss entweder durch ein 'Urteil' beendet werden oder sich durch Diskussion in der Öffentlichkeit weiterentwickeln können. Hier spielt auch die Offenheit der Demokratie eine wichtige Rolle. In politischen Fragen spricht mehr dafür, auch das Verhältnis zwischen Wertung und (richtigen oder falschen) Tatsachenbehauptungen selbst zur Beurteilung an die Öffentlichkeit zurückzugeben. Für den Betroffenen hat diese Institutionalisierung der Konflikte den Vorteil, dass sie auf die Stabilisierung bestimmter Regeln und Muster durch Professionalisierung einerseits und die richterliche Kontrolle andererseits angelegt ist; dabei übernimmt die richterliche Kontrolle hier eine Funktion innerhalb einer Konstellation der 'regulierten Selbstregulierung' (vgl. Hoffmann-Riem 2006: 447). Die Regeln der Medienöffentlichkeit haben sich über die Jahrzehnte in der Rechtsprechung über Netzwerke von Entscheidungen herausgebildet.

In den letzten Jahren versucht die zuständige 3. Kammer des Ersten Senats, alle diese Differenzierungen wieder einzuebnen und die Meinungsfreiheit zu entinstitutionalisieren, d.h. zu einer Freiheit des Auslebens individueller Befindlichkeiten zu machen, die nicht mehr auf einen durch Regeln verfassten öffentlichen Raum bezogen werden (vgl. Ladeur 2016: 402). Das in den USA propagierte Prinzip der Meinungsfreiheit ("No chilling effects!") ist eine auf die *offline-world*; überwir-

kende Entgrenzung. Nach dem Gesetz der kommunizierenden Gefäße hat die Regellosigkeit der Kommunikation zwangsläufig auch Veränderungen der Standards der Kommunikation in den klassischen Medien zur Folge.

2 Persönlichkeitsschutz in fragmentierten Kommunikationsforen (Blogs etc.)

2.1 Soziale und rechtliche Institutionen (Regeln) für die öffentliche Meinungsbildung

Das Verhältnis von Privatheit und Öffentlichkeit entwickelt sich in einem permanenten "verzweigten Differenzierungsgeschehen" in unterschiedlichen historischen Konstellationen. Deshalb bedarf es auch eines Bestandes an Kollisionsregeln, die die Bedingungen des Wechsels zwischen verschiedenen Kommunikationsmedien im Hinblick auf Themen oder Personen regeln (mündlich verbreitete Gerüchte, gedruckte Medien, Bildmedien, spezielle Medien der Kunst) (Meyer-Drawe 1986: 273).

Aus einer Retrospektive lassen sich die normativen und sozialen Regeln beobachten, die die Themenfähigkeit von Gegenständen in den alten Medien jedenfalls implizit immer mitbestimmt haben. Dabei ging es auch darum, ein gewisses Vertrauen in die Entwicklung und Haltbarkeit professioneller journalistischer Standards zu setzen, die die Medien selbst als Wissensregeln durch ihre Praxis entwickeln würden und auch tatsächlich entwickelt haben, an die die Medienrechtsprechung punktuell anknüpfen konnte. Die Pflichten zur Prüfung ungesicherter Tatsachenbehauptungen, die Trennung von Kommentar und Nachricht, die Reflexion über die Grenzen von Privatem und Öffentlichem etc. bilden auch die Grundlage für die Selbststabilisierung eines professionellen Regelwerkes, nach dem sich die Presse selbst richten soll und das erst eine gewisse Vergleichbarkeit der Standards der journalistischen Praxis der Berichterstattung ermöglicht – und nicht nur die Abwägung von Fall zu Fall. Die Professionalisierung der Standards der Berichterstattung und damit die Zentralisierung von Wissensregeln kommt auch dem Rechtsschutz Dritter zugute. Sie erlaubt die Herausbildung von rechtlichen Kriterien, nach denen Wissen prozessiert oder Nichtwissen und Schweigen erhalten oder begrenzt werden.

Das Internet verändert diese Prozessregeln des Wissens und des Nichtwissens grundlegend (FCC 2011: o.S.): Die Kommunikationen scheinen sich nur noch horizontal ohne Anfang und ohne Ende auszubreiten, und ohne Standards hervorzu- bringen, nach denen die Themenfähigkeit von Wissen für die Zukunft bewertet werden könnte (vgl. Herrenschmidt 2007). Auch die rechtliche Kontrolle und Beobach- tung solcher Kommunikationen wird dann – nicht nur faktisch – erschwert (vgl. Ladeur 2010: 3). Das Wissen bleibt an ein distribuiertes, dezentrales, heterarchi- sches Netzwerk gebunden, das die Entstehung und Zentralisierung von stabilen Zu- rechnungs-, Trennungs- oder Verantwortungsregeln nicht zuzulassen scheint. Auf- merksamkeit für Wissen wird 'viral' oder durch 'Ansteckung' nach Mustern erzeugt, für die es vorab keine Regelmäßigkeiten gibt. Unter den Nutzern des Internet breitet sich ein 'nomadisierender Individualismus' aus, der – anders als in der *offline world* – jede rechtliche Begrenzung der Meinungsfreiheit im Internet als Eingriff ansieht.

Die Internetkommunikation kann aber nicht auf Dauer die Regeln der klassi- schen Medien missachten, ohne an deren Stelle neue zu setzen. Solche Regeln könnten nur in einem experimentellen Prozess entwickelt werden, zu denen – wie im Folgenden zu zeigen sein wird – selbstorganisierte private Cyber Courts einen Beitrag leisten könnten (vgl. Schierbaum 2016: 249, 353).

2.2 Die Entwicklung neuer sozialer Kollisionsregeln – Aufbau sozialer

Kommunikationsnormen mithilfe selbstorganisierter Cyber Courts?

Bedarf es also neuer netzgerechter Institutionen zum Schutz des allgemeinen Pers- önlichkeitsrechts oder anderer Rechte, die mit der 'Internetfreiheit' kollidieren kön- nen (vgl. allg. Franzius 2016: 650)? Es wäre denkbar, auf den hybriden Charakter der neuen Medien und ihrer privat-öffentlichen Verbreitungsforen mit der Skizze eines ebenfalls hybriden rechtlichen Ordnungsmodells zu antworten. Dieses müsste bei dem Versuch ansetzen, die Selbstorganisation sozialer Regeln und Konvention (z.B. über die Grenzen des Persönlichkeitsschutzes), die die Infrastruktur des klas- sischen Medienrechts bilden, in neuer Form und mit anderen Institutionen durch staatliches Recht, anzuregen, aber nicht zu ersetzen. Im Internet könnten, angeregt durch *information broker* als eine Art Mediatoren zwischen den Foren, Netzwerken und Sozialen Medien, neue soziale Normen durch Verständigung gebildet werden

(z.B. über den Schutz von Minderjährigen, die Behandlung von Fake News).² So wäre weiter zu überlegen, ob nicht die Haftungsfreistellung der Serviceprovider davon abhängig gemacht werden könnte, dass sie zur Klärung von Rechtsstreitigkeiten zwischen Nutzern und Dritten jeweils einen auf Neutralität angelegten privaten Cyber Court als eine Art Schiedsgericht oder als Institution der *alternative dispute resolution* einrichten, das einen kostengünstigen, nach prozedural vereinfachten Regeln (nur elektronische Kommunikation, ggf. auch anonym unter Nutzung eines 'Avatars') zu gewährleistenden privaten Rechtsschutz ermöglichen würde (allg. Calliess / Zumbansen 2010: 157). Alle Nutzer von Diensten des Service oder anderer Provider müssten sich dazu verpflichten, sich dessen Entscheidungen zu unterwerfen (vgl. Ladeur / Gostomzyk 2012: 710).

In diesem Fall würden alle 'Privilegierungen' formeller und materieller Art auch auf die neuen Medien erstreckt. Die staatlichen Gerichte würden dann als eine Art zweite Ebene der Streitentscheidung Grenzen der Selbstregulierung setzen, produktive Muster verstärken, die Suche nach neuen prozeduralen Formen anregen etc. Wer sich diesem Modell nicht unterwerfen würde, wäre so zu behandeln, als ob er nur private Interessen wahrnehmen und sich nicht auf eine öffentliche Aufgabe unter den gewandelten Bedingungen einlassen wollte.

Die Ubiquität der Beleidigungen kann so sicher nicht vollständig bewältigt werden, aber es wäre daran zu denken, die Praxisregeln, die die Rechtsprechung zum Schutz der Meinungsfreiheit in der *offline world* entwickelt hat, partiell über private Cyber Courts unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Internetkommunikation auf einen Bereich des Internet (Diskussionsforen etc.) zu übertragen, der dafür offen ist. Auf diese Weise ließe sich durch eine Praxis der Cyber Courts von Fall zu Fall die Produktion sozialer Regeln anregen, die zu einer institutionellen Abstützung beitragen könnten. Sicher würde das nicht bedeuten, dass die 'alten Regeln' einfach auf das Internet zu übertragen wären. Aber es wäre denkbar, z.B. ein funktionales Äquivalent für die Unterscheidung von privater und öffentlicher Kommunikation zu entwickeln (abhängig von der Verbreitung) oder besondere Formen der Selbstkontrolle für das Internet zu spezifizieren oder den Blog als eine besondere

2 Der Entwurf eines deutschen Gesetzes zur Kontrolle von Fake News entspricht der neuen relationalen Logik der Netzwerke nicht. Das Gesetz würde z.B. Facebook dazu nötigen, Meinungsäußerungen mit dem "Motorrasenmäher" zu beseitigen; [vgl. <https://www.heise.de/newsticker/meldung/heiseshow-Gesetzentwurf-zu-Fake-News-und-Hasskommentaren-Zensurkeule-oder-notwendiges-Uebel-3654057.html>, 20.07.2017].

Kommunikationsform mit eigenen Regeln zu konstruieren. Auch wäre an besondere Regeln für 'privat-öffentliche' Übergangsbereiche wie die Kommunikation im Zusammenhang mit der Schule zu formulieren (Zittrain 2009: 213), in denen sich Persönlichkeiten in einer Gemeinschaft entwickeln, die auf Dauer angelegt ist und deren Regeln sich weder Schüler noch Lehrer entziehen können (Stichwort: 'Cyber Mobbing').

Daran ließen sich auch Regeln über die Zurechnung der Verantwortung von Kommentaren Dritter anschließen.³ Damit würde die Möglichkeit der Flucht in einen *safe harbour* im Ausland sicher nicht ausgeschlossen.⁴ Andererseits würde ja durchaus ein Anreiz gesetzt, sich an der Selbstorganisation zu beteiligen, während umgekehrt diejenigen, die sich entziehen, nicht nur rechtlich stärker sanktioniert würden, sondern auch von vornherein als unseriös abgestempelt wären, weil sie sich in eine Art Rotlichtbezirk des Internet begeben. Umgekehrt wäre zu erwägen, dass die Unterlassungsverfügungen des Cyber Courts grundsätzlich in ihrer Wirkung derart 'rechtskraftähnlich' auf Dritte zu erstrecken wären, dass sich diese ihrerseits, wenn ihnen das 'Urteil' des Cyber Courts mitgeteilt worden ist, nicht mehr auf ein öffentliches Interesse berufen könnten. Zur Vermeidung von Missbräuchen könnte die Beteiligung Dritter, ggf. auch von Bürgerrechtsgruppen als *amici curiae* nach amerikanischem Muster, zugelassen werden. Die Umgehung oder offene Missachtung einer solchen privaten Rechtsprechung, hinter der die staatliche Rechtsprechung als 'zweite Instanz' stehen würde, wäre sicher nicht zu vermeiden. Hier wird aber vor allem auf die Herausbildung neuer selbstorganisierter sozialer Normen gesetzt.

Dies ist ein Beispiel dafür, dass die Hybridisierung der neuen Medien auch auf der Ebene des Rechtsschutzes deutlich erkennbar wird und die Rechtsschutzmöglichkeiten des Betroffenen dramatisch verändert (vgl. Solove 2007, 112). Der Zentralisierungseffekt der Massenmedien hat also einerseits das Risiko der Verbreitung von persönlich belastenden Äußerungen erhöht, andererseits wird aber eine Selbst-

3 Bundesgerichtshof, v. 25.10.2011, Az. VI ZR 93/10, Neue Juristische Wochenschrift 2012, 148.

4 Die Zuständigkeit zur datenschutzrechtlichen Überwachung von Facebook Inc. (Europa) mit Sitz in Dublin ist umstritten, insbesondere zwischen dem Irischen *Data Protection Commissioner* und dem Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit, der Facebook Europa (wohl zu Unrecht) nicht für eine selbständige Gesellschaft hält (vgl. "23. Tätigkeitsbericht" des Hamburgischen Datenschutzbeauftragten 2010/2011, 2012, 158, [https://www.datenschutz-hamburg.de/uploads/media/23._Taehtigkeitsbericht_Datenschutz_2010-2011.pdf, 21.07.2017]).

stabilisierung bestimmter professioneller Regeln und ein daran anknüpfender relativ effizienter Rechtsschutz jedenfalls für die mediale Verbreitung erreicht. Dies gilt umso mehr, als der Betroffene leichter abschätzen kann, ob die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen zum Beispiel gegenüber Zeitungen oder Zeitschriften realistisch ist, während dies bei Bloggern vielfach nicht abzuschätzen ist. Die Zentralität der Massenmedien ermöglicht also Lernprozesse auf beiden Seiten der Medien, der Journalisten wie der von der Berichterstattung Betroffenen. Dass dieses Regelwerk durch die Praxis der Boulevardpresse teilweise außer Kraft gesetzt wird, spricht nicht gegen die Wirkung im Übrigen.

3 Social Media

3.1 Die Rechtsbeziehungen zwischen Betreiber und Nutzer: Netzvertrag

Die Vertragskonstellation in der Beziehung, z.B. von Facebook und seinen Nutzern, zeichnet sich zunächst dadurch aus, dass hier nicht einfach wie sonst bei standardisierten Verträgen, für die einseitig Allgemeine Geschäftsbedingungen vorgegeben werden, eine Vielzahl von Einzelverträgen nach dem gleichen Muster vereinbart wird, sondern ein Zusammenhang im Dreiecksverhältnis des Unternehmens, des jeweiligen Nutzers und der anderen Nutzer besteht. Die Zustimmung zur Nutzung der Daten des jeweiligen Nutzers ist nur sinnvoll, wenn auch andere die Nutzung ihrer Daten zulassen. Dies eröffnet den Anschluss an Überlegungen zu 'Netzverträgen' oder 'Vertragsnetzen' (vgl. Teubner 2004). Der Sinn einer daran anschließenden Konstruktion könnte darin bestehen, das hybride Moment dieser Dreieckskonstruktion zwischen Provider, dem einzelnen Nutzer und den jeweiligen dritten Nutzern nicht nur faktisch zu registrieren, sondern die Verknüpfung zwischen den Verträgen auch als rechtlich relevant anzusehen und dem *social media*-Vertrag eine eigenständige institutionelle Komponente hinzuzufügen. Hybrid ist die Beziehung – wie viele andere als 'Netzverträge' bezeichneten Rechtsverhältnisse – insofern, als es weder um einen bilateralen Austauschvertrag im klassischen Sinne noch um eine gesellschaftsrechtliche Vergemeinschaftung von Interessen (oder den Beitritt zu einem Verein mit einer seinerseits kollektiven Struktur) geht, sondern um etwas Drittes, das durch die Abhängigkeit zwischen den Nutzern und die darauf bezogene Strukturierungsleistung des Unternehmens bestimmt wird.

Eine transsubjektive Komponente hat die Vertragskonstellation vor allem darin, dass der Zweck nicht eindeutig bestimmt ist, stattdessen zielt sie auf die Ermöglichung von Kommunikationsprozessen, deren Muster zunächst von den Bedürfnissen der Nutzer bestimmt werden und die dann in einer "Beobachtung zweiter Ordnung" (N. Luhmann) strategisch experimentierende Rekodierungen durch das Unternehmen für Zwecke der Werbung zulassen. Das Besondere der Werbung in den *social media* besteht eben darin, dass sie nicht den traditionellen Formen folgt, sondern sich die spezifischen Kommunikationsmuster der Nutzer 'aneignet' und dabei personalisierte Differenzierungen für bestimmte Netzwerke von Nutzern und Kommunikationen entwickelt. Vor allem deshalb kann die Befugnis des Unternehmens zur Nutzung von Daten in den Einzelheiten nicht *ex ante* festgelegt werden.

3.2 Die rechtliche Relevanz des "Netzinteresses" jenseits des Individualvertrags

Genau darauf könnte auch die Rekonstruktion der Vertragskonstellation als "Vertragsverbund" passen, für den eigene Regeln entwickelt werden müssen, die gerade das hybride "Netzinteresse" erfassen könnten (vgl. Teubner 2004). Dieser Netzwerkeffekt ist emergent und heterarchisch, letztlich ist er nur dann durch Rekodierung für Werbezwecke zu realisieren, wenn die Nutzer dies akzeptieren. Der Unternehmer darf aber nicht nur sein eigenes Interesse verfolgen, sondern muss auch das Prozessieren des Netzwerks der Kommunikationen institutionell abstützen oder darf es jedenfalls nicht beschädigen. Die Relevanz der Beziehungen zwischen den Nutzern und die Offenheit der experimentellen Entwicklung der Kommunikationsmuster sowie deren Beobachtung könnten eine Ausgangsposition für die Konkretisierung rechtlicher Möglichkeiten und Grenzen der Bestimmung der Anforderungen an die Zustimmung der Nutzer zum Gebrauch der Daten bilden. Die Kontrolle am Maßstab der §§ 315ff. BGB zur Aufnahme von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Vertrag allein⁵ erscheint vor allem deshalb nicht angemessen, weil sie (vor allem) an materielle Kriterien oder an das formale Kriterium der Enttäuschung von Vorerwartungen ('Überraschung') anknüpft – der Rekurs auf diese Kriterien scheint der hier zu beurteilenden Netzwerkkonstruktion deshalb nicht gerecht werden zu können, weil das prozesshafte Moment des Experimentierens mit den

5 Vgl. jetzt Landgericht Berlin, Urteil vom 6.3. 2012 – (Az. 16 O 551/10, Wettbewerb in Recht und Praxis 2012, 613); das Gericht hat insbesondere die Regelung der Facebook-AGB zur Nutzung der urheberrechtlich geschützten Daten z.T. für rechtswidrig erklärt.

neuen Medium und der emergente Charakter der sozialen Normen, die sich erst herausbilden müssen, die Stabilisierung von materiellen Kontrollkriterien nur in Grenzen zulassen. Man könnte stattdessen eher an eine prozedurale Variante der wechselseitigen Beobachtung der Kommunikationsmuster und der Emergenz sozialer Normen sowie der Mitteilung der Strategien des Unternehmens in einem *notice and comment*-Verfahren denken.

Dies ist eine neue prozedurale Form der Normsetzung in Regulierungs- oder Standardsetzungsverfahren, die über die bloße Anhörung hinausgeht und darauf angelegt ist, das unter den Beteiligten distribuierte Wissen, ihre Erwartungen und ihre Bewertungen zu aggregieren und in die Normbildung eingehen zu lassen. Dieses Verfahren ist besonders auf das konstruktive Moment des Entwurfs von Normen unter Bedingungen von Ungewissheit eingestellt.

3.3 Die Selbstregulierung der Ordnung von Social Media

Es sollte einen Gedanken wert sein, die Übertragbarkeit dieser Form der Normbildung auf private Vertragsnetze zu prüfen. Dieser Gedanke ließe sich auch durch die Differenzierung der unterschiedlichen sozialen Normen spezifizieren, die innerhalb des "Vertragsnetzwerks" denkbar sind (und z.T. von den Nutzern selbst erzeugt werden). Für die Begrenzung der Möglichkeit zur partiellen Rekodierung dieser Normen z.B. durch Facebook könnte auf einen Prozess der Formulierung von "Netzpfllichten" im Zusammenwirken der Beteiligten und der Rechtsprechung gesetzt werden.⁶

'Selbstregulierung' ist bisher primär als Alternative zu staatlich-öffentlich-rechtlicher Regulierung verstanden worden. Doch hat sich inzwischen auch ein "regulierendes Privatrecht" in der Gestalt von Privatrechtsgesetzen entwickelt, die – anders als das klassische Kartellrecht – nicht die Marktverhältnisse beobachten und ggf. durch Interventionen verändern sollen, sondern eine Verhaltenssteuerung in Bezug auf Vertragsgestaltung mit dem Ziel der Schaffung von mehr Varietät jenseits der tradierten Formen der (begrenzten) Inhaltskontrolle von Verträgen anstreben. Das Hauptbeispiel dafür wäre der Verbraucherschutz. Auch die Gestaltung der beschriebenen neuen Variante der Netzverträge über die *social media* könnte ein Fall für den Einsatz von "regulierendem Privatrecht" sein, wenn man bedenkt, dass

⁶ Allg. zu "aktiven Informationspflichten" des Verwenders der Daten gegenüber dem Einwilligenden Buchner (2006: 246ff.).

das öffentliche Interesse an der Entwicklung der neuen Kommunikationsmedien erheblich ist, andererseits aber weder die AGB-Normen von vornherein als ausreichend angesehen werden können, noch das Wissen verfügbar ist, das eine angemessene Regulierung verlangen würde (Kocher 2007: 477). Angesichts dieser Konstellation ist hier eine Variante der Selbstregulierung durch ein einzelnes Unternehmen zu erwägen, die darauf zielt, in einem experimentellen Verfahren die möglichen Konfliktlinien sichtbar zu machen und prozedurale Formen der Normbildung für die Strukturierung eines auf Normbildung unter Ungewissheitsbedingungen angelegten Prozesses einzusetzen. Dazu könnte ein *notice and comment*-Verfahren für die Setzung eigener Regeln für den Datengebrauch für Werbe- und andere Zwecke gehören. Darüber hinaus könnte auch eine Pflicht postuliert werden, die Selbstorganisation von *information brokers* für die Vermittlung zwischen Nutzern und Veranstalter finanziell und institutionell zu unterstützen. Darunter wären Vermittler zu verstehen, derer sich die Nutzer zur Wahrung ihrer Interessen an ihrem grundsätzlich anzuerkennenden 'Dateneigentum' bedienen könnten, um qualifizierter an dem *notice and comment*-Verfahren teilzunehmen. Man könnte hier an die Einführung einer Art Daten-GEMA denken, über die das 'Dateneigentum' ausschließlich in kollektiver Form genutzt werden könnte. Hier muss auch berücksichtigt werden, dass es angesichts der Fragmentierung der Nutzungsformen und der mangelnden Reflexion der mittelbaren rechtlichen Folgen des Gebrauchs der Daten (was bedeutet die Nutzung von Daten für die Zwecke der Werbung im Einzelnen?) vielfach schwierig ist, die Relevanz jeweils der einzelnen Nutzung von Daten durch einen Provider abzuschätzen.⁷ Deshalb ließe sich auch hier an die Stärkung der transsubjektiven kollektiven Dimension der betroffenen Grundrechte denken.

4 Suchmaschinen als Medien

4.1 Google als Kartellrechtsproblem?

Die Auseinandersetzungen um den Datenschutz gegenüber Suchmaschinen lenken davon ab, dass auch hier primär eine kollektive, transsubjektive Dimension der Wissensaggregation, ihrer Be- und Verarbeitung auf dem Spiel steht. Weder unter dem Gesichtspunkt des Kartellrechts noch des Medienkonzentrationsrechts ist es

⁷ Man wird davon ausgehen müssen, dass die Bedeutung der Werbung in den *social media* zunehmen wird, da sie z.Zt. noch wenig lukrativ ist [vgl. <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/netzwirtschaft/im-gespraech-stefan-winners-werbung-auf-facebook-funktioniert-derzeit-nicht-11818469.html>, 20.07.2017].

naheliegender, das Ziel der Zerschlagung von Google zu verfolgen oder an die staatliche Förderung einer Alternative zu denken (vgl. Bundeskartellamt 2016; Paal 2012: 40, 76). Google ist inzwischen so leistungsfähig, dass es kaum realistisch erscheint, eine öffentlich-rechtliche Suchmaschine aus Gründen der Vielfalt zu schaffen. Das Bundeskartellamt hat mit Recht die besonderen Probleme der Bestimmung von Marktbeherrschung und Machtmissbrauch im Internet betont und die Bedeutung des Innovationswettbewerbs hervorgehoben. Insbesondere Netzwerkeffekte, die Selbstverstärkung erfolgreicher Relationierungsmuster im Internet, sind neue Erscheinungsformen der Internetökonomie, die auch erhebliche Vorteile für die Nutzer mit sich bringen: Je mehr Nutzer ein Netzwerk hat, desto besser werden die Leistungen des Providers.

Offenbar verlaufen die Vermachtungsprozesse im Internet anders als in der *offline world*: Es entstehen trotz Googles Dominanz immer wieder neue erfolgreiche, spezielle Suchmaschinen wie Booking.com etc. Auch die Herstellung von Transparenz der Suchverfahren ist jedenfalls nicht so leicht zu realisieren, weil es längst nicht mehr um *den* Algorithmus geht, der die Suchverfahren strukturiert, sondern eine Fülle von Algorithmen und deren Verknüpfungen sowie Verfahren des Einsatzes lernfähiger Maschinen. "Governance by algorithms" ist durch den Aufstieg der künstlichen Intelligenz und ihrer Einsatzmöglichkeiten so komplex geworden, dass sie auch nicht durch einfache Verfahren transparent gemacht werden kann. Das schlägt auch auf das Kontrollprojekt eines "governance of algorithms" durch.

Stattdessen wäre auch hier daran zu denken, das Eigentum der Nutzer an Informationen anzuerkennen und Nutzern ein Recht darauf einzuräumen, ihre Rechte (ausschließlich) kollektiv durch eine 'Daten-GEMA' wahrnehmen zu lassen, die Informationsrechte ausüben könnten. Zugleich könnten sie als *information broker* auch für die Suche nach Alternativen zu Google eingesetzt werden, deren Architektur ganz anders als Suchmaschinen wie Google aufgebaut wäre. Dass dies möglich ist, lässt sich am Beispiel *wolframAlpha*⁸ zeigen: Dies ist eine Suchmaschine, die nicht das Netz nach Informationen und Verknüpfungsmustern zwischen Informationen durchsucht, sondern eine Vielzahl von Datenbanken und für die Recherche benutzt und damit komplexes Wissen auf eine neue Weise zugänglich zu machen sucht. Die Förderung solcher Alternativen, die Daten anders als Google pro-

8 Vgl. [www.wolframalpha.com, 20.07.2017].

zessieren, erschiene durchaus sinnvoll. Man könnte sogar so weit gehen zu postulieren, dass eine Art 'Informationsabgabe' für Betreiber größerer Datenbanken in Form einer Verpflichtung zur Verschaffung des Zugangs zu Big Data für Verfahren der öffentlichen, nicht-kommerziellen Wissensspeicherung und -verarbeitung zu erwägen wäre. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse müssten dabei gewahrt bleiben.

4.2 Öffentlich-rechtliche Konkurrenz für Google? Aber wie?

Die grundsätzliche Legitimation für die öffentlich-rechtliche Beteiligung an der Einrichtung von Suchmaschinen – und damit den Wettbewerb zwischen privaten und öffentlichen Handlungsträgern – wäre darin zu sehen, dass es auch und gerade unter den Bedingungen der digitalen Kommunikationsordnung schwierig ist, die Finanzmittel auf dem Nachfragemarkt zu aggregieren, die für längerfristig relevante und nicht unmittelbar an aktuelle Interessen zurückgebundene Inhalte benötigt werden. Dieses Problem wird dadurch verschärft, dass seit dem Aufstieg des Internet immer mehr Mittel der Werbung im Internet für Datendienste aggregiert werden, die sich von Inhaltendiensten unterscheiden. Diese Entwicklung wird dadurch zugespitzt, dass das Netz Medieninhalte eines Typs favorisiert, der unmittelbar die eigenen Interessen und die eigene Befindlichkeit unter Vernachlässigung der transsubjektiv und kollektiv relevanten Themen zum Gegenstand hat (dazu allg. Sunstein 2009). Wie jedes Medium hat auch das Internet seine eigene Kommunikationslogik. Die Erhaltung der eingangs geschilderten transsubjektiven Komponente der Kommunikation rechtfertigt es, in neuer Form die Erhaltung von Varietät in der Kommunikationsordnung, auch durch Zufuhr von Innovation, zu fördern. Dies wäre eine der Leistungen, für deren Erhaltung das genannte impersonale Recht der Kommunikation in Anschlag gebracht werden könnte. Denn es würde die Etablierung von netzgerechten, selbstorganisierten 'Knoten' von Relationierungen im Internet verstärken, von denen aus wiederum produktive Irritationen durch Zufuhr des Neuen erwartet werden können und Selbstorganisationsprozesse angeregt werden können, die dies begünstigen (allg. Paal 2012: 79).

5 Die neue hybride Ordnung – Auflösung der Medien in Datenströmen?

5.1 Die neue Konvergenz – auf dem Weg zu Big Data

Es gibt ein wachsendes Interesse fast aller Zugangsdienstleister, die Trennung von Zugangsdienst und dem Prozessieren oder dem Management von Datenströmen in Frage zu stellen, die für den Transport von *content* über das Internet von Bedeutung sind. Dies ist eine der Konsequenzen der sich abzeichnenden Grenzen des Marktes für den Vertrieb von Zugangsdiensten, während zugleich ein sehr dynamischer technologischer Prozess zu beobachten ist, der immer mehr Dienste in eine hybride Form der Verknüpfung einschließlich der Programmmedien treibt. Der Übergang zum Hybrid-Fernsehen hat gerade erst begonnen (vgl. Broemel 2013: 83). Wohin die Entwicklung gehen wird, ist völlig offen. Jedenfalls ist das Potential der Kombination, Auflösung und Rekombination von Fernsehprogrammen – wenn man überhaupt noch von Fernsehen und von Programmen sprechen kann – und allen möglichen text- und bildbasierten Supplementen, wie z.B. der Wechsel zwischen Programm und Diskussionsgruppen (auch über einen zweiten Bildschirm), Zusatzinformationen, besonderen Werbestrecken über Video, die sich auf bestimmte Filme oder subjektiv auf bestimmte kleine Nutzergruppen beziehen, eine Herausforderung nicht nur für die Medien- und Telekommunikationsindustrie.

Dies steigert auch die Bedeutung von Big Data: Der Internetverkehr erzeugt eine kaum mehr überschaubare Menge von Informationen über Nutzerinteressen, die über große Computer in Echtzeit gelesen, nach Verknüpfungsmustern durchsucht und (re-)kombiniert werden können. Diese Seite der hybriden Programmierung ist bis jetzt primär unter dem Aspekt des personalen Datenschutzes beobachtet worden, während der systemische "impersonale", transsubjektive Aspekt der sich darin vollziehenden grundlegenden Transformation der Wissenserzeugung in der Gesellschaft eher vernachlässigt worden ist. Unternehmen sind viel stärker daran interessiert, Informationen über Gruppen von Nutzern zu generieren, als das Verhalten einzelner Personen in 'Persönlichkeitsprofilen' zu erfassen – vor allem geht es ihnen um die Beobachtung der Nutzung von Information durch Gruppen in Echtzeit: z.B. die Frage, wie viele Personen ein bestimmtes Feature auf welche Art nutzen; dies ist eine Information, die in *real time* dazu benutzt werden kann, zusätzliche Dienste, Werbung, Videos, Texte in wiederum unterschiedlichen Formen zu prozessieren. Diese Dynamik wird gesteigert durch die Möglichkeit des Prozessierens verbundener Informationen über einen *second screen*, Tablets etc.

5.2 Der Wandel der intermediären Dienste

Die Information über das Netzwerk der Verknüpfungen zwischen Formaten wird durch den Internet Access Provider prozessiert und ausgewertet, während der einzelne Anbieter von Inhalten zunächst nur den Zugriff auf eine begrenzte Datenmenge hat, die mit der Nutzung seines Angebots zusammenhängen. Dies zeigt, dass die bisherige Unterscheidung zwischen Telekommunikation, Telemedien, Rundfunk, die an Diensten orientiert ist, die gegenüber einem Nutzer erbracht werden, obsolet wird. Die intermediären Verknüpfungen der durch ihr Prozessieren erzeugten Daten – man kann nicht einmal von Informationen sprechen – werden immer wichtiger. Ähnlich wie bei den bisherigen Intermediären wie den großen Suchmaschinen und sozialen Medien (Google, facebook etc.) wird die interne Architektur komplexer Dienste im Vergleich zu der intersubjektiven Beziehung zu den Nutzern und 'ihren' Daten immer wichtiger. Hier entfaltet sich eine neue relationale Eigenlogik von Big Data.

Diese Daten sind deshalb – dies ist typisch für Big Data – (noch) keine Informationen, weil die Information erst durch die Suche nach und das Prozessieren von Mustern entsteht, die in *real time* generiert, aufgelöst, rekombiniert und prozessiert werden. Dies führt zu unterschiedlichen Varianten der inhaltsbezogenen Paketbildung, die der Technologie des digitalen Transports von Datenströmen (statt analoger Abbildung von Tönen, visueller Eindrücke etc.) entsprechen. Man könnte natürlich unter dem Gesichtspunkt des Datenschutzes von den Providern verlangen, dass sie die Nutzung dieser Daten unterlassen und sich wie Telekommunikationsunternehmen verhalten; aber dies würde weder deren Interesse, noch dem Interesse der Inhalteanbieter noch dem der Nutzer entsprechen und liefe darüber hinaus auf die Zerstörung beträchtlicher ökonomischer Werte hinaus.

5.3 Die Evolution der *data driven* Technologien und ihre Folgen für die Regulierungsstrategie. Das Ende der Stabilität der technologischen Trajektorien und der Aufstieg von Big Data

Die beschriebene Evolution des Internet ist auch ein Effekt des Aufstiegs des neuen Paradigmas des *information processing*: In der Vergangenheit war die Information mit einem bestimmten Zweck verbunden, d.h. sie war notwendig, damit ein bestimmter Inhalt transportiert werden konnte. Dies erlaubt als Nebeneffekt den Erwerb von Wissen über allgemeine technische Probleme eines Dienstes. So entsteht

eine Pfadabhängigkeit von Technologien. Sowohl die Praxis als auch die Produktion und die Aggregation von Daten folgen bestimmten Trajektorien. Nach dem neuen emergenten Paradigma sind die Daten nur lose gekoppelt an eine bestimmte Technologie und tragen kaum noch zur Herausbildung einer Pfadabhängigkeit bei. Die Daten sind von Anfang an Teil von Big Data. Und Big Data ist vor allem durch die lockere Bindung an Ziele charakterisiert. Die Daten können immer wieder neu kombiniert werden. Dies wirft natürlich auch einen Schatten auf die Struktur des Datenschutzes. Die Zweckbindung der Daten wird sich in Zukunft kaum mehr halten lassen.

Daten können immer wieder mit anderen Daten verknüpft werden, die zunächst keine Beziehung zu den Daten zu haben scheinen, die an anderer Stelle im Netz entstanden sind. Man kann nach allen möglichen Verknüpfungsmustern, Knoten im Netz und Relationierungen in Data Clouds suchen und sie auf eine neue experimentelle Weise miteinander kombinieren, ohne dass gezielt nach bestimmten Modellen gesucht würde. Diese neue Logik von Big Data kann nicht ignoriert werden, wann immer große Datenmengen im Netz anfallen. Dieses Problem stellt auch eine Herausforderung für die Regulierung vor allem im Bundesstaat dar, weil die Unterscheidung der Dienste auch die Abgrenzung der Kompetenzen prägt (Telekommunikation und wirtschaftlich-technische Seite der Telemedien: Bund; inhaltsbezogene Dienste: Länder).

Die neue digitale Medienordnung wird von der Konvergenz der Medien und der Telekommunikationsdienste bestimmt. 'Konvergenz' beschreibt aber nur die Oberfläche der neuen Kommunikationsarchitektur, insbesondere die Verknüpfung von bisher technologisch wie rechtlich unterscheidbaren Übertragungstechnologien und Programmformaten. Gravierender ist aber der fundamentale Wandel, der zu einer völligen Auflösung der 'Dienste' in Datenströmen führt, die ihrerseits Bestandteil von Big Data werden und über komplexe Algorithmen miteinander verknüpft, dann aufgelöst, rekombiniert und reprozessiert werden (vgl. Vesting 2015: 56). Daraus entstehen neue Rechtsprobleme, zum einen die Frage, wem die Steuerungsdaten zwischen den Daten gehören, wer sie beobachten und auswerten darf. Zum anderen stellt sich die Frage, ob nicht z.B. durch die Kombination von Werbung, die auf einem *second screen* gesendet wird, und einem Fernsehprogramm (auf dem *first screen*) ein Rechtsproblem entstehen kann (Geltung unterschiedlicher Werberegeln

für Rundfunk und Telemedien), das die Entwicklung einer Art 'Medienkollisionsrecht' verlangt, das auf die Abstimmung unterschiedlicher medialer Logiken abgestimmt ist (vgl. Ladeur / Gostomzyk 2014: 28).

5.4 Der öffentlich-rechtliche Rundfunk im hybriden Netz – neue Formen der Kontrolle?

Allerdings wird die Leistungsfähigkeit der Binnensteuerung des öffentlich-rechtlichen (Gruppen-)Rundfunks, insbesondere deren Ziel, die Erhaltung von Programmvielfalt, durch den Wandel der Gesellschaft und den Wandel der Medien insbesondere in Frage gestellt. Die Gruppen verlieren in der fragmentierten Gesellschaft der Netzwerke, innerhalb derer auch die Identitätsbildung der Individuen als 'Rezipienten' nicht mehr nach festen Mustern verläuft, ihre Integrationskraft (vgl. die Beiträge in: Lilienthal 2009). Die Vielzahl der Programme und Medienformate sprengt ebenfalls den Rahmen einer kontinuierlichen gesamthaften Programmentwicklung. Die organisierte Rundfunkfreiheit, wie sie durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk ausgeübt wird, wird deshalb nicht bedeutungslos, da insbesondere die Finanzierung aufwendiger Programme an die Grenze der stark an schwankenden Moden orientierten Produktion von Inhalten im Internet stößt. Es wäre deshalb daran zu denken, ob dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk nicht durch Prozeduralisierung eine neue Wendung derart gegeben werden kann, dass medienbezogener, aber von Gruppen unabhängiger Sachverstand dessen Leistung zu beobachten hätte (vgl. Vesting 1997).

Daneben wäre daran zu denken, eine staatlich finanzierte Stiftung zu gründen, die neben dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk sowohl medienbezogene technologische als auch inhaltliche, insbesondere künstlerische Innovationen im Bereich der Internetkommunikation finanzieren sollte. Das ZDF hat seinerseits ein neues Projekt ("funk") entwickelt, das Internetinhalte für Jugendliche entwickeln soll. Wie weit dies rundfunkrechtlich zulässig ist, kann dahingestellt bleiben (dies kann nur in begrenztem Umfang rechtmäßig sein). Die Förderung und Entwicklung von Internetmedien müsste aber von vornherein außerhalb des Modells des öffentlich-rechtlichen Gruppenrundfunks angesiedelt werden.

6 Ausblick: Neue Institutionen für die emergente Medienordnung

Die hier vorgenommenen Probebohrungen in der fragmentierten Medienlandschaft sollten die Annahme plausibel gemacht haben, dass sich innerhalb des emergenten 'Netzwerks der Netzwerke' neue Verknüpfungsmuster und Knoten abzeichnen, an denen eine Regulierung in unterschiedlichen Formen ansetzen könnte. Man muss sich aber von der Vorstellung freimachen, dass das Internet 'an sich' eine Sphäre der Freiheit und Gleichheit der Individuen ist oder sein könnte, die nur durch große Konzerne immer wieder bedroht wird. Es gibt auch nicht *die* Meinungsfreiheit der Individuen, sondern historisch variable Paradigmen der Ordnung der Freiheit unter veränderlichen technologischen und kulturellen Bedingungen, die die "impersonale" Seite der Freiheit der Medien ebenso wie die individuelle Meinungsfreiheit prägen (vgl. auch die Beiträge in Hachmeister / Anschlag 2013). Die neue hybride Medienordnung, die mehr Verknüpfungen zwischen den Medien und Technologien prozessiert, verlangt nach neuen netzgerechten Institutionen.

Literaturverzeichnis

- Boym, Svetlana (2012): *Another Freedom. The Alternative History of an Idea*. University of Chicago Press: Chicago.
- Brecht, Bertolt (1992): "Der Rundfunk als Kommunikationsapparat", in: *Gesammelte Werke in 20 Bänden*, Bd. 18. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 127–134.
- Broemel, Roland (2013): "Vielfaltsgewährleistung auf virtuellen Plattformen. Anpassung des kartellrechtlichen Konzepts an die Medienregulierung", in: *Multimedia und Recht*, 83–88.
- Buchner, Benedikt (2006): *Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht*. Tübingen: Mohr.
- Bundeskartellamt (2016): *Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken*, Juni 2016.
[https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Think-Tank-Bericht.pdf?__blob=publicationFile&v=2, 11.08.2017]
- Calliess, Galf-Peter / Zumbansen, Peer (2010): *Rough Consensus and Running Code. A Theory of Transnational Private Law*. Oxford / Portland, OR: Hart.
- Descombes, Vincent (2004): *Le complément de sujet*. Paris: Gallimard.
- Ezrahi, Yaron (2012): *Imagined Democracies. Necessary Political Fiction*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Federal Communications Commission (FCC) (2011): "The Information Needs of Communities. The Changing Media Landscape in a Broadband Age", Juli 2011. [https://transition.fcc.gov/osp/inc-report/The_Information_Needs_of_Communities.pdf, 11.08.2017]
- Franzius, Claudio (2016): "Das Internet und die Grundrechte", in: *JuristenZeitung* 71.13, 650–659.
- Hachmeister, Lutz / Anschlag, Dieter (Hg.) (2013): *Rundfunkpolitik und Netzpolitik. Strukturwandel der Medienpolitik in Deutschland*. Köln: von Halem.
- Herrenschmidt, Clarisse (2007): *Les trois écritures: Langue, nombre, code*. Paris: Gallimard.
- Hillgruber, Christian (2016): "Die Meinungsfreiheit als Grundrecht der Demokratie. Der Schutz des demokratischen Resonanzbodens in der Rechtsprechung des BVerfG", in: *JuristenZeitung* 71.10, 495–501.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang (2006): "Gewährleistungsrecht und Gewährleistungsrechtsprechung am Beispiel regulierter Selbstregulierung", in: *Festschrift für Reiner Schmidt*, hg. v. Hartmut Bauer et al., München: Beck, 447–466.
- Hutchins, Edwin (1995): *Cognition in the Wild*. Cambridge: MIT Press.
- Kocher, Eva (2007): *Funktionen der Rechtsprechung. Konfliktlösung im deutschen und englischen Verbraucherprozessrecht*. Tübingen: Mohr.
- Ladeur, Karl-Heinz (2016): "Die 'durchgeknallte Staatsanwältin'. Ende des Schutzes der persönlichen Ehre in politischen Auseinandersetzungen?", in: *Archiv für Presserecht* 47, 402–404.
- Ladeur, Karl-Heinz (2010): "Rechtsfragen des 'Cyberbullying' an Schulen und der Lehrerbewertungsportale in den USA, Frankreich und Deutschland", in: *Recht und Bildung* 1, 3–9.
- Ladeur, Karl-Heinz (2000): "Rechtliche Möglichkeiten der Qualitätssicherung im Journalismus", in: *Publizistik* 45, 442–461.
- Ladeur, Karl-Heinz / Gostomzyk, Tobias (2014): "'Medienkollisionsrecht'. Der Rundfunk im Netzwerk der Netzwerke", in: *Computer und Recht* 1, 28–35.
- Ladeur, Karl-Heinz / Gostomzyk, Tobias (2012): "Der Schutz von Persönlichkeitsrechten gegen Meinungsäußerungen in Blogs", in: *Neue Juristische Wochenschrift* 11, 710–715.
- Lilienthal, Volker (2009): *Professionalisierung der Medienaufsicht. Neue Aufgaben für Rundfunkräte. Die Gremiendebatte in epd-medien*. Wiesbaden: VS Verlag.

- Meyer-Drawe, Käte (1986): "Zähmung eines wilden Denkens? Piaget und Merleau-Ponty zur Entwicklung von Rationalität", in: Métraux, André / Waldenfels, Bernhard (Hg.): *Leibhaftige Vernunft. Spuren von Merleau-Pontys Denken*. München: Fink, 258–275.
- Nietzsche, Friedrich (1970): *Nachgelassene Fragmente. Herbst 1887 – März 1888, Kritische Gesamtausgabe Abteilung 8, Bd. 2*, hg. von Giorgio Colli / Mazzino Montinari. Berlin / New York: de Gruyter.
- Paal, Boris P. (2012): *Suchmaschinen, Marktmacht und Meinungsbildung*. Baden-Baden: Nomos.
- Revault d'Allonnes, Myriam (2016): *Le miroir et la scène: Ce que peut la représentation politique*. Paris: Seuil.
- Ricoeur, Paul (1983): *Temps et récit*, Bd. 1. Paris: Seuil.
- Ridder, Helmut (1975): *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes. Leitfaden zu den Grundrechten einer demokratischen Verfassung*. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Schierbaum, Laura (2016): *Sorgfaltspflichten von professionellen Journalisten und Laienjournalisten im Internet*. Baden-Baden: Nomos.
- Solove, Daniel J. (2007): *The Future of Reputation: Gossip, Rumor, and Privacy on the Internet*. New Haven: Yale University Press.
- Steinhauer, Fabian (2014): *Vom Scheiden. Geschichte und Theorie einer juristischen Kulturtechnik*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Sunstein, Cass (2009): *Republic.com 2.0*. Princeton: Princeton University Press.
- Teubner, Gunther (2004): *Netzwerk als Vertragsverbund*. Baden-Baden: Nomos.
- Thiel, Thomas (2016): "Die politische Raison des Internet", in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 01.10.2016, 230, 11.
- Trilling, Lionel (1972): *Sincerity and Authenticity*. Cambridge MA: Harvard University Press.
- Vesting, Thomas (2015): *Die Medien des Rechts. 4: Computernetzwerke*. Weilerswist: Velbrück.
- Vesting, Thomas (1997): *Prozedurales Rundfunkrecht. Grundlagen – Elemente – Perspektiven*. Baden-Baden: Nomos.
- Wetters, Kirk (2008): *The Opinion System. Impasses of the Public Sphere From Hobbes to Habermas*. New York: Fordham University Press.
- Zittrain, Jonathan (2009): *The Future of the Internet – And How to Stop It*. New Haven: Yale University Press.