

7. Juli 2020

Öffentlichkeit im Wandel: Überlegungen aus grundrechtlicher Sicht

STUDIE ZU HANDEN DES BAKOM

MARKUS SCHEFER & RAPHAELA CUENI, JURISTISCHE FAKULTÄT, UNIVERSITÄT BASEL

Inhaltsverzeichnis

I.	Management Summary	1
1.	Öffentliche und private Kommunikation.....	1
2.	Strukturen der Kommunikationsgrundrechte.....	1
3.	Gefahren für die Kommunikationsgrundrechte auf Online-Plattformen.....	1
4.	Stellung <i>sui generis</i> der Internet-Intermediäre.....	2
5.	Kommunikative Gewährleistungspflichten	2
a)	Allgemeine Voraussetzungen	2
b)	Spezifische Gewährleistungspflichten	3
II.	Die Fragestellungen	5
III.	Gegenstand der Untersuchung	6
1.	Grundrechtliche Anforderungen an die Regulierung der Kommunikation im Internet	6
2.	Öffentliche Kommunikation	6
3.	Begriff der (Medien-)Intermediäre (oder Online-Plattformen).....	8
IV.	Normativer Rahmen einer funktionierenden Kommunikationsordnung.....	12
1.	Schutzzweck und Schutzdimensionen der Kommunikationsgrundrechte	12
a.	Schutzbereich und Funktionen der Kommunikationsgrundrechte.....	12
b.	Geltungsebenen der Kommunikationsgrundrechte	16
2.	Zusammenfassung: Grundstrukturen der Kommunikationsgrundrechte	25
3.	Positiv-rechtliche Ausprägungen bestehender Schutz- und Gewährleistungspflichten	26
4.	Bestehende Ansätze der Regulierung	32
V.	Neue Phänomene und dadurch entstehende Gefahren für die Kommunikationsgrundrechte.....	34
1.	Online-Plattformen (Intermediäre) als mächtige Akteure.....	34
2.	Neue Kommunikationsmöglichkeiten: Kommunikation von vielen an viele	35
3.	Verschiebung der Hoheit über Informationsvermittlung	36
4.	Einsatz von Algorithmen zur Informationsvermittlung	37
5.	Kontrolle der öffentlichen Debatte primär durch Plattformen	38
6.	Einsatz von automatisierter Kommunikation (Bots)	39
7.	Falsche und irreführende Informationen	39
8.	Neue Möglichkeiten der «Kontrolle» und Einschränkung von Äusserungen durch Äusserungen	40

9.	Umfassende Einflussmöglichkeiten von Anbietern der Kommunikationsinfrastruktur	41
VI.	Regulierungsbedarf.....	42
1.	Abstrakte Voraussetzungen	42
a.	Meinungsbildungsrelevanz.....	42
b.	Gefahr für die öffentliche Meinungsbildung	44
c.	Zulässige Massnahmen ohne Regulierungsbedarf	45
2.	Regulierungszuständigkeit	47
3.	Intermediäre als Objekt möglicher Regulierung	48
a.	Regulierung von Intermediären als Rundfunk?	49
b.	Grundrechtsbindung marktmächtiger Intermediäre.....	51
4.	Regulierungsbedarf und -optionen	53
a.	Löschung von Inhalten.....	53
b.	Kontosperren und Nutzerausschlüsse	56
c.	Ungleichbehandlung von Inhalten ohne sachliche Begründung	57
d.	Ungleichbehandlung im Zugang respektive bei der Übertragung von Inhalten.....	58
e.	Algorithmische Sortierung von Inhalten allgemein und unter Verwendung persönlichkeitsnaher Merkmale.....	58
f.	Einsatz von Bots.....	59
g.	Netzwerkeffekte	62
h.	<i>Chilling Effect</i> ausgehend von Randdatenspeicherung und ähnlichen Massnahmen	62
VII.	Staatliche Gewährleistungspflichten	63
1.	Grundsatz.....	63
2.	Wahrnehmung der Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung durch den Staat.....	63
a.	Verantwortlichkeit der Durchsetzung straf-, zivil- oder wettbewerbsrechtlicher und anderer Normen durch den Staat.....	63
b.	Mitwirkungspflicht der Intermediäre bei der Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung.....	65
3.	Verpflichtung von Intermediären zur Beachtung minimaler verfassungsrechtlicher Standards	65
a.	Verfassungsrechtliche Anforderungen an Umgang mit Inhalten	65
b.	Verfassungsrechtliche Anforderungen an den Zugang zur Kommunikationsinfrastruktur und geschaffenen Kommunikationsräumen	68
4.	Verpflichtung zur Transparenz respektive Information über eingesetzte Algorithmen	69
5.	Rahmenbedingungen für Bot-Äusserungen.....	70
6.	Gewährleistung der freien Willensbildung und unverfälschten Willenskundgabe (Art. 34 BV).....	73
7.	Randdatenspeicherung und Kommunikationsauswertung.....	73

I. Management Summary

1. Öffentliche und private Kommunikation

Die Unterscheidung zwischen privater und öffentlicher Kommunikation darf für die Zwecke der vorliegenden Studie nicht trennscharf umschrieben werden. Es sind vielmehr auch jene Einflussnahmen von Privaten auf die elektronisch vermittelte Individualkommunikation zu berücksichtigen, welche deren Kommunikationsverhalten in einer Weise zu verändern geeignet sind, dass die öffentliche Kommunikation dadurch beeinflusst werden kann. Aufgrund der vielfältigen Unsicherheiten über die Kausalitäten oder Korrelationen ist bei der Berücksichtigung solcher Einflussnahmen jedoch Zurückhaltung geboten. Es ist entsprechend eine Berücksichtigung der möglichen Beeinflussung der öffentlichen Kommunikation auch durch Massnahmen erforderlich, die sich auf private Kommunikation beziehen.

2. Strukturen der Kommunikationsgrundrechte

Die Meinungsfreiheit bezweckt, den demokratischen Diskurs zu sichern und die Entfaltung individueller Persönlichkeit zu ermöglichen. Im Zentrum ihres Schutzes stehen Äusserungen von gesellschaftlichem Interesse. In der öffentlichen Auseinandersetzung zu solchen Fragen muss eine möglichst grosse Vielfalt an Meinungen und Ansichten geäussert werden können. Zudem soll jeder Einzelne die Möglichkeit haben, am öffentlichen Diskurs teilnehmen zu können; ein Individualanspruch auf chancengleiche Teilnahme oder darauf, gehört zu werden, besteht jedoch nicht. Den Medien kommt eine besondere Bedeutung insbesondere in der Ermöglichung eines öffentlichen Diskurses und der Vermittlung vielfältiger Meinungen zu. Dies gilt insbesondere auch für gewisse Internet-Intermediäre. Um diese Funktion wahrnehmen zu können, ist dort eine gewisse Innenpluralität erforderlich, wo der öffentliche Diskurs von wenigen Medien oder Internet-Intermediären geprägt wird.

3. Gefahren für die Kommunikationsgrundrechte auf Online-Plattformen

Die öffentliche Kommunikation ist zunächst durch Verhaltensweisen gefährdet, die *Äusserungen übermässig einschränken*. So obliegt die Kontrolle über Äusserungen, die über Intermediäre vermittelt werden, regelmässig diesen privaten Akteuren selbst. Dabei gehen Einschränkungen gestützt auf diese Kontrollmöglichkeit regelmässig weiter, als sie nach rechtlichen Standards möglich und zulässig wären. Dadurch wird die Gefahr geschaffen, die Diskussion bestimmter Themen respektive ausgewählte Argumente oder Aspekte einer Gesellschaft zu behindern oder gar zu verunmöglichen.

Gefahren für die öffentliche Meinungsbildung entstehen auch durch Strukturen oder Vorgehensweisen, welche die *Vielfalt* der verfügbaren Meinungen reduzieren oder zumindest eine entsprechende Gefahr zur Folge haben könnten. Eine entsprechende Massnahme stellt insbesondere der Einsatz von Algorithmen in der Filterung und Sortierung von Äusserungen und Informationen dar. Analoge Gefahren entstehen durch die marktmächtige Stellung von Internet-Intermediären. Allerdings ist dabei zu berücksichtigen, dass weniger mangelnde Vielfalt an Meinungen ein Problem darstellt, sondern die in Bezug auf die überaus grosse Vielzahl an Meinungen und Inhalten sehr begrenzte Aufnahmefähigkeit und Aufmerksamkeit der Menschen.

Die öffentliche Meinungsbildung kann sodann gefährdet werden durch Massnahmen und Strukturen, die einen *rechtsgleichen Zugang* zur Kommunikationsinfrastruktur verhindern oder zumindest nicht ermöglichen. So können strukturelle Ungleichheiten zwischen Intermediären und Nutzern im Zusammenspiel mit der regelmässig vorhandenen Marktmacht dieser Anbieter die Gefahr schaffen, dass

diese ihre Nutzer ohne sachliche Kriterien ungleich behandeln respektive Inhalte ohne sachliche Kriterien oder gar mit einer diskriminierenden Absicht den Nutzern ungleich zur Verfügung stellen. Dadurch besteht ein erhebliches *Potential* sowohl der Einschränkung eines chancengleichen Zugangs zur öffentlichen Kommunikation wie auch einer inhaltsorientierten Lenkung der öffentlichen Debatte.

Gefahren für die öffentliche Meinungsbildung können auch entstehen, wenn durch *algorithmische Sortierung* von Informationen und Inhalten dem Publikum Information einseitig zur Verfügung gestellt wird, unter Umständen ohne dass dies einfach erkennbar wäre. So besteht zumindest die Möglichkeit, dass bei zunehmend personalisierter und somit diversifizierter und möglicherweise einseitiger Informationsvermittlung eine Gefahr entsteht, dass der Gesellschaft insgesamt gemeinsame Diskussionsgrundlagen fehlen könnten. Verstärkt wird die Gefahr, wenn die Algorithmen, die Inhalte sortieren und verlinken, auf persönlichkeitsnahe Merkmale abstützen.

Die öffentliche Meinungsbildung kann sodann durch den *Einsatz von Bots* gefährdet werden. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn Bot-Äusserungen nicht als solche erkennbar sind, wenn sie dazu verwendet werden, den Anschein einer breiten Zustimmung zu einer Äusserung zu erwecken, oder wenn sie Äusserungen in grosser Zahl absenden, um gewisse Kommunikationsforen lahmzulegen.

Die öffentliche Meinungsbildung kann auch durch Massnahmen gefährdet sein, die Individuen davor abschrecken, bestimmte Inhalte zu diskutieren oder sich mit bestimmten Personen auszutauschen. Eine derartige Gefahr kann insbesondere durch die *Speicherung und Auswertung einer Kommunikation nach Stichworten oder von Randdaten der Kommunikation* geschaffen werden.

Staatliche Massnahmen sind zu erwägen, falls die erwähnten Verhaltensweisen, Phänomene oder Strukturen konkrete Gefahren für die freie Kommunikation erkennen lassen.

4. Stellung *sui generis* der Internet-Intermediäre

Die Stellung und die Rolle der marktmächtigen Internet-Intermediäre in der öffentlichen Kommunikation unterscheiden sich nach hier vertretener Meinung im Hinblick auf ihre Regulierung sowohl von den traditionellen Printmedien als auch von Radio und Fernsehen substantziell. Für ihre Regulierung ist an die von ihnen ausgehende Gefährdung für die öffentliche Kommunikation auszugehen, nicht von den bestehenden Regelungsmustern der Printmedien oder von Radio und Fernsehen. Aufgrund der elementaren Bedeutung der Intermediäre für die gesellschaftliche Meinungsbildung und der quasi-monopolistischen Stellung vieler Intermediäre ist davon auszugehen, dass sie punktuell an grundrechtliche Anforderungen gebunden sind.

5. Kommunikative Gewährleistungspflichten

a) Allgemeine Voraussetzungen

Das Bestehen einer Gewährleistungspflicht im Rahmen der Kommunikationsgrundrechte ist vom Vorliegen insbesondere der folgenden Faktoren abhängig:

Gewährleistungspflichten werden anerkannt, wenn *elementare Voraussetzungen* der Wahrnehmung der Kommunikationsgrundrechte in Frage stehen. Solche elementaren Voraussetzungen sind etwa eine minimale Chancengleichheit der Teilnahme aller Personen am öffentlichen Diskurs, wozu etwa auch Fragen des Zugangs zu Kommunikationsinfrastrukturen zählen.

Anerkannte Gewährleistungspflichten im Rahmen der Kommunikationsgrundrechte zielen darauf, die für die öffentliche Meinungsbildung notwendigen *Strukturen der Kommunikation* zu sichern respektive zu gewährleisten, wozu insbesondere der Schutz der Meinungsvielfalt zählt. Gewährleistungspflichten werden sodann in Bereichen anerkannt, in denen der *gesamtgesellschaftliche Kommunikationsprozess* beeinträchtigt wird. Staatliche Gewährleistungspflichten reichen jedoch nur soweit, als die von ihnen geforderten Massnahmen *mit gegensätzlichen Grundrechtspositionen vereinbar sind*.

b) Spezifische Gewährleistungspflichten

Im Einzelnen fließen aus den Kommunikationsgrundrechten die folgenden Pflichten des Staates zur Regulierung von Internet-Intermediären:

Die Rechtsdurchsetzung im Internet muss grundsätzlich durch den Staat selbst erfolgen, in den dafür zur Verfügung stehenden rechtsstaatlichen Verfahren. Dies gilt insbesondere für das Löschen von Online-Beiträgen, das nach Durchführung der zivil-, straf- oder verwaltungsrechtlichen Verfahren erfolgt. Zudem sollte der Staat darauf verzichten, die Internet-Intermediäre dazu anzuleiten, ausserhalb rechtsstaatlicher Verfahren Beiträge zu löschen. Dies steht allfälligen Mitwirkungspflichten der Internet-Intermediäre in den Verfahren der Rechtsanwendung nicht entgegen.

Von einer Gewährleistungspflicht des Staates ist auch dahingehend auszugehen, dass er Intermediäre verpflichten muss, *minimale grund- und verfahrensrechtliche Regeln* zu gewährleisten, um einen auf einer elementaren Ebene rechtsgleichen Zugang aller Benutzer zu den für die gesellschaftliche Meinungsbildung relevanten Kommunikationsforen zu gewährleisten. Solche Garantien müssen sowohl bei der Ausarbeitung der Community-Richtlinien als auch bei ihrer Anwendung zum Tragen kommen. Analoge Anforderungen sind für die Ausgestaltung der Sortierungs- und Filterprozesse durch die Internet-Intermediäre zu stellen. In materieller Hinsicht ist dafür zu sorgen, dass marktmächtige Internet-Intermediäre die Grenzen der zulässigen Beiträge in ihren Community-Richtlinien *präzise formulieren* und ein *Minimum an Inhaltsneutralität* wahren. In formeller Hinsicht ist zu fordern, dass eine Löschung mit einer *minimalen Begründung* versehen wird und der Betroffene in gut auffindbarer, klarer und verständlicher Weise über Verfahrens- und Beschwerdemöglichkeiten *informiert* wird.

Grundrechtliche Gewährleistungspflichten bestehen auch mit Bezug auf den *Zugang zur Kommunikationsinfrastruktur*. Angesichts der gesetzesrechtlichen Verankerung derartiger Regeln in Art. 12e FMG braucht darauf nicht näher eingegangen zu werden.

Sodann ist von einer Pflicht des Staates auszugehen, gewisse Rahmenbedingungen für eine minimale *Chancengleichheit* mit Bezug auf den Zugang zu Kommunikationsforen zu formulieren. An marktmächtige Intermediäre ist die Anforderung zu stellen, dass sie bei der Ausgestaltung des Angebots ihrer Dienste dort einen rechtsgleichen Zugang gewähren, wo die Nutzer durch eine Verweigerung in ihren Kommunikationsgrundrechten und insbesondere auch in ihrer Persönlichkeit schwerwiegend beeinträchtigen würden.

Die Gutachter erachten es als unabdingbare Voraussetzung einer wirksamen Gewährleistung der Meinungsfreiheit, dass der Staat eine minimale Transparenz über den Einsatz und die Ausgestaltung von *Algorithmen* zur individuellen Steuerung ideeller Inhalte sicherstellt. Diese Verpflichtung erstreckt sich nicht auf die Offenlegung der Programmcodes.

Von einer analogen Verpflichtung zu Transparenz ist beim *Einsatz von Bots* auszugehen, die Einfluss auf die öffentliche Kommunikation nehmen. Hier sind die Internet-Intermediäre dazu zu verpflichten,

automatisierte Bot-Äusserungen auf ihren Plattformen als solche zu kennzeichnen. Ein allenfalls wirksames Mittel, aber keine grundrechtliche Verpflichtung, zum Schutz vor *Flooding* und *Trolling* könnte in der Festlegung einer zahlenmässigen Obergrenze von Kommunikationen pro Zeiteinheit darstellen; dabei wäre aber darauf zu achten, dass dadurch die Grundrechte Dritter gewahrt bleiben.

Randdatenspeicherung und Kommunikationsauswertung können einen *Chilling Effect* auf die Meinungsfreiheit ausüben. Ein wirksamer Schutz der informationellen Selbstbestimmung nach Art. 13 Abs. 2 BV ist unabdingbar, um einen solchen *Chilling Effect* zu begrenzen.

Besondere Gewährleistungspflichten ergeben sich aus der Wahl- und Abstimmungsfreiheit nach Art. 34 BV. Diese wären spezifisch herauszuschälen.

II. Die Fragestellungen

Der vorliegende Bericht soll folgende Fragen beantworten:

1. Nach welchen Kriterien ist aus grundrechtlicher Sicht die Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Diskurs vorzunehmen?
2. Was sind legitime öffentliche Interessen und wo beginnen verfassungsrechtliche Schutzpflichten in Bezug auf die Gewährleistung eines freien, chancengleichen öffentlichen Diskurses unter den Bedingungen der Kommunikation im Internet?
 - a. Welche minimalen Strukturen öffentlicher Kommunikation sind für den demokratischen Diskurs verfassungsrechtlich gewährleistet (s. Ziff. 24 f. und 53 Schefer: Kommunikationsgrundrechte)?
 - b. Welche verfassungsrechtlichen Anforderungen/Ansprüche sind an die öffentliche Kommunikation unter den Bedingungen des Internets zu stellen (objektiv-rechtliche Verpflichtungen, s. Ziff. 51 ff. ebd.)?
 - c. Inwiefern stellt die beherrschende Stellung einzelner Intermediäre, die Kommerzialisierung des Kommunikationsinhalts, die Verbreitung falscher oder irreführender Informationen, der Einsatz von Schreibrobotern, Internet-Bots und weitere Problemlagen öffentlicher Kommunikation im Internet eine (potentielle) Gefährdung von Grundrechten dar (s. Ziff. 56 ff. ebd.)?
 - d. Welche Voraussetzungen müssten erfüllt sein, dass staatliche Schutzmassnahmen in diesem Zusammenhang zu erwägen wären?
 - e. Inwieweit gleicht die Relevanz von Intermediären für die öffentliche Meinungsbildung (Stichwort Meinungsmacht) jener traditioneller, nach journalistischen Sorgfaltspflichten arbeitenden Massenmedien und welche in jenem Bereich anerkannten zentralen Sorgfaltspflichten in Bezug auf öffentliche Kommunikation (Wahrhaftigkeit, Trennung von Fakten und Kommentar, Kennzeichnung von Werbung/bezahlten Inhalten) könnten auch legitime Anforderungen an die öffentliche Kommunikation über Intermediäre sein (sei dies in der Form der Selbstregulierung (aktuell im Pressebereich), der regulierten Selbstregulierung oder der gesetzlichen Regulierung (aktuell im Radio- und Fernsehbereich)?
 - f. Inwieweit bestehen öffentliche Interessen in Bezug auf die Sicherung der Meinungsvielfalt in der öffentlichen Kommunikation über meinungsmächtige Intermediäre ähnlich jenen im Bereich von Radio- und Fernsehen (dort: Vielfaltsgebot der Radio- und Fernsehveranstalter mit Leistungsauftrag gemäss Art. 4 Abs. 4 RTVG; Massnahmen gegen die Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt gemäss Art. 74 f. RTVG; vgl. neue Regelungen im deutschen Medienstaatsvertragsentwurf zur Transparenz und Diskriminierungsfreiheit § 53 d f.)?
3. Welche verfassungsrechtlichen, insbesondere grundrechtlichen Grenzen sind staatlichen Interventionen zur Gewährleistung eines solchen öffentlichen Diskurses gesetzt?
 - a. Inwieweit unterstehen auch maschinelle Äusserungen (Schreibroboter, Internet-Bots, Ergebnis-Listen von Suchmaschinen etc.) grundrechtlichem Schutz?
 - b. Wo beginnt das Zensurverbot unter den Bedingungen öffentlicher Kommunikation im Internet (s. Ziff. 117 ff. Schefer: Kommunikationsgrundrechte)?
 - c. Inwieweit müssen vor diesem Hintergrund Auswirkungen staatlicher Massnahmen gegenüber privaten Intermediären berücksichtigt werden (s. Ziff. 121 ebd.)?

III. Gegenstand der Untersuchung

Die vorliegende Studie umschreibt die Gewährleistungspflichten, die das Grundrecht der Meinungsfreiheit dem Staat bei der Regulierung von Internet-Intermediären auferlegt. Sie stützt sich auf Praxis und Wissenschaft in der Schweiz, Deutschlands und der Vereinigten Staaten zu dieser Frage.

1. Grundrechtliche Anforderungen an die Regulierung der Kommunikation im Internet

Die Studie geht von der Beobachtung aus, dass Kommunikation im Internet respektive über die technischen Möglichkeiten des Internet die öffentliche Debatte und damit die Gesellschaft verändert. Drängende Frage in diesem Zusammenhang ist insbesondere, inwiefern neu geschaffene Kommunikationsmöglichkeiten und neu entstandene Akteure die öffentliche Kommunikation und die gesellschaftliche Meinungsbildung derart verändern, dass die Meinungsfreiheit den Staat verpflichtet, Massnahmen zu ihrem Schutz zu ergreifen.

Vor diesem Hintergrund befasst sich die Studie mit den *genuin neuen Phänomenen*¹, welche mit der veränderten Kommunikation einhergehen und den dadurch auftretenden Gefährdungen der Kommunikation in der Öffentlichkeit.

Zudem ist festzuhalten, dass die Studie der Klärung der *grundrechtlichen* Anforderungen der Regulierung von Plattformen bzw. der Kommunikation im Internet dient, welche aus der Meinungsfreiheit fließen. Andere Aspekte wie etwa Kompetenzfragen oder Fragen der prozeduralen Grundrechte werden hier nicht thematisiert.

2. Öffentliche Kommunikation

Die folgende Studie befasst sich mit der Kommunikation, insbesondere den Kommunikationsverfahren und den Kommunikationsteilnehmern, welche den gesellschaftlichen Diskurs beeinflussen oder deren Regulierung Einfluss auf die öffentliche Debatte haben kann (bzw. deren Regulierung u.U. zu Zwecken dieses Einflusses erfolgt).

Im Zentrum der vorliegenden Studie steht deshalb die Kommunikation in der Öffentlichkeit. Als „öffentlich“ wird Kommunikation typischerweise dann bezeichnet, wenn sie an einen breiteren, unbestimmten Adressatenkreis gerichtet ist, im Gegensatz zur Individualkommunikation (oder privaten Kommunikation), welche zwischen individualisierbaren Einzelnen erfolgt.

Zwischen öffentlicher und privater Kommunikation unterscheidet im Strafrecht etwa die Bestimmung von Art. 261^{bis} StGB; für eine Bestrafung wegen Rassendiskriminierung ist eine öffentliche Äusserung erforderlich. Im Kontext dieser Bestimmung erscheint für die Zwecke der vorliegenden Studie insbesondere die Erwägung des Bundesgerichts von Bedeutung, dass die Abgrenzung zwischen öffentlicher und privater Äusserung je nach Art und Zweck der Norm sehr unterschiedlich sein kann.²

In grundrechtlicher Hinsicht wurde die Unterscheidung zwischen privater und öffentlicher Kommunikation primär vor dem Hintergrund des Schutzes des Post- und Fernmeldegeheimnisses (Art. 13 Abs. 1

¹ Die neuen Kommunikationsmöglichkeiten haben daneben auch bereits bestehende Problematiken neu beleuchtet oder verschärft; zu denken ist etwa an die mit Ehrverletzungen auf sozialen Plattformen verbundenen Probleme der Rechtsdurchsetzung.

² BGE 130 IV 111 S. 117 (E. 4.3).

BV), einer spezifischen Ausprägung des Grundrechts der informationellen Selbstbestimmung, entwickelt. Dieses stellt die private Kommunikation unter einen besonders weitreichenden Schutz um die Vertraulichkeit privater Kommunikation sicherzustellen, auch wenn Individuen zu dieser heute regelmässig auf Formen der technischen Übermittlung zurückgreifen.³ Dieser spezifische Schutz kommt auch der Kommunikation unter individualisierten Einzelnen etwa mit Email oder mit anderen Programmen wie WhatsApp zu.⁴

Letztere eröffnen ihrem Anbieter im Unterschied zur traditionellen Individualkommunikation jedoch erheblich weiterreichende Analysemöglichkeiten. Deren Zulässigkeit ist grundrechtlich primär im Rahmen des Post- und Fernmeldegeheimnisses und der daraus fliessenden staatlichen Schutzpflichten zu prüfen. Diese Prüfung ist jedoch nicht Gegenstand der vorliegenden Studie. Trotzdem bleiben entsprechende Analysemöglichkeiten vorliegend nicht unbeachtet: Eine anonymisierte systematische Analyse von Kommunikationen zwischen individualisierten Einzelnen kann deren Kommunikationsverhalten beeinflussen und dadurch einen *Chilling Effect*⁵ ausüben, der auch die öffentliche Kommunikation betreffen kann. Entsprechende Kausalketten oder nur schon Korrelationen dürften jedoch kaum mit der nötigen Gewähr festgestellt werden können. Die Plausibilität entsprechender Gefahren erscheint jedoch als genügend gross, um letztere auch bei der Umschreibung der Gewährleistungspflichten des Staates im Rahmen der Meinungsfreiheit mit zu berücksichtigen.

Vor diesem Hintergrund darf die Unterscheidung zwischen privater und öffentlicher Kommunikation für die Zwecke der vorliegenden Studie nicht trennscharf umschrieben werden. Es sind vielmehr auch jene Einflussnahmen von Privaten auf die elektronisch vermittelte Individualkommunikation zu berücksichtigen, welche deren Kommunikationsverhalten in einer Weise zu verändern geeignet sind, dass die öffentliche Kommunikation dadurch beeinflusst werden kann. Aufgrund der vielfältigen Unsicherheiten über die Kausalitäten oder Korrelationen ist bei der Berücksichtigung solcher Einflussnahmen jedoch Zurückhaltung geboten.

Dazu kommt, dass die bisherige Unterscheidung zwischen Individualkommunikation und öffentlicher Kommunikation, welche an das Kriterium anknüpft, dass die Beteiligten individualisiert sind resp. der Adressatenkreis unbestimmt ist, bei zahlreichen heute verwendeten elektronischen Anwendungen nur bedingt taugt. Es empfiehlt sich für die Zwecke der vorliegenden Studie nicht, nach einer neuen, trennscharfen Unterscheidung zu suchen. Vielmehr ist auch aus diesem Grund eine gewisse Berücksichtigung der möglichen Beeinflussung der öffentlichen Kommunikation durch Massnahmen erforderlich, die sich auf private Kommunikation beziehen.

³ JÖRG PAUL MÜLLER/ MARKUS SCHEFER, Grundrechte der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2009, S. 205 (m.w.H.). Dazu äussert sich besonders die deutsche Lehre und Rechtsprechung im Rahmen von Art. 10 GG ausführlich. HERMES, Dreier GG-Kommentar, Art. 10 GG N 1, 15 (siehe etwa die Aussage in N 1: Die Garantie sei eine Reaktion auf «die durch den modernen Nachrichtenverkehr eröffneten Zugriffsmöglichkeiten für Dritte (...) auf nicht-öffentliche Kommunikationsvorgänge»). Besonders schön begründet ist der Schutzzweck in *BVerfGE 115, 166 (182)*: «Art. 10 GG schützt die private Fernkommunikation. Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis gewährleisten die Vertraulichkeit der individuellen Kommunikation, wenn diese wegen der räumlichen Distanz zwischen den Beteiligten auf eine Übermittlung durch andere angewiesen ist und deshalb in besonderer Weise einen Zugriff Dritter - einschließlich staatlicher Stellen - ermöglicht.»

⁴ Vgl. etwa HERMES, Dreier GG-Kommentar, Art. 10 GG N 39 f.; GUSY, v. Mangoldt/Klein/Starck GG-Kommentar, Art. 10 N 20 ff.

⁵ Zum Begriff *Chilling Effect* (auch: Abschreckungseffekt) in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung BGE 143 I 147 S. 152 f. (E. 3.3). Allgemein zum *Chilling Effect* etwa FREDERICK SCHAUER, *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect*, 58 Boston University Law Review 685-732 (1978).

Ein Verzicht auf eine trennscharfe Abgrenzung zwischen privater und öffentlicher Kommunikation drängt sich auch aufgrund der heutigen Angebote auf, welche die Internet-Intermediäre zur Verfügung stellen. So eröffnen zahlreiche Plattformen sowohl die Möglichkeit zu individualisierter Kommunikation als auch zu solcher, die sich an eine unbestimmte Öffentlichkeit richten.⁶ Die Übergänge sind dabei regelmässig fließend.

Vor diesem Hintergrund befasst sich die vorliegende Studie mit allen Kommunikationsarten und -möglichkeiten, die entweder einen individualisierten Adressatenkreis haben, aber von Massnahmen seitens der Intermediäre getroffen werden, die sich auf die öffentliche Kommunikation auswirken können, oder die sich an einen unbestimmten Adressatenkreis richten.

3. Begriff der (Medien-)Intermediäre (oder Online-Plattformen)

Bei der Analyse der grundrechtlichen Implikationen neuer Kommunikationsformen und -teilnehmer und deren Regulierung spielen die sogenannten Internet-Intermediäre oder Online-Plattformen als neue Kommunikationsteilnehmer respektive -vermittler eine wichtige Rolle.⁷ Deshalb erscheint es sinnvoll, zu Beginn dieser Studie kurz aufzuschlüsseln, welche Gruppen von Intermediären aus grundrechtlicher Sicht zu unterscheiden sind und bei welchen Gruppen sich neue grundrechtliche Fragen stellen und entsprechend in der Folge die Studie einen Fokus liegen wird. Dabei orientiert sich die Studie – zumindest was die grobe Einteilung angeht – an der Klassifizierung, wie sie KELLNER in ihrer Dissertation⁸ vornimmt.

Ausgangspunkt für eine Klassifizierung von Internet-Intermediären für die Zwecke der vorliegenden Studie ist ihre Bedeutung für die öffentliche Kommunikation über Fragen von gesellschaftlichem Interesse. Wie unten⁹ ausgeführt wird, stehen solche Äusserungen im Mittelpunkt der Schutzrichtung der Meinungsfreiheit. Ihr besonders intensiver Schutz liegt sowohl in ihrer besonderen Relevanz für die demokratische Auseinandersetzung als auch in ihrer erhöhten Bedeutung für die Persönlichkeit der Äussernden begründet. Angesichts dieser zentralen grundrechtlichen Bedeutung solcher Äusserungen stellen sich in ihrem Rahmen auch die hauptsächlichen Fragen grundrechtlicher Gewährleistungspflichten.¹⁰

Zunächst können Intermediäre nach dem Kriterium unterschieden werden, ob sie Inhalte oder bloss Zugang zu Diensten vermitteln.¹¹ Gefahren für den öffentlichen Diskurs gehen zunächst durch Tätigkeiten oder Regulierung von Inhalteanbietern aus, meinungsrelevante Einflüsse auf den öffentlichen Diskurs sind aber auch bei Verhalten und/oder Regulierung von Internetzugangsanbietern möglich:

⁶ Zu denken ist beispielsweise an die unterschiedlichen Funktionen von Plattformen wie Facebook: Die Plattform ermöglicht bezüglich Öffentlichkeit verschiedene Abstufungen von klassischer öffentlicher Kommunikation (öffentlicher Post) bis hin zu klassischer privater Kommunikation (bilateraler Austausch über Facebook Messenger).

⁷ Vgl. zur Vermittlerrolle etwa WALTER BERKA, *The Free Speech Debate: Bedarf die Meinungsfreiheit einer Neuvermessung*, in: Walter Berka/Michael Holoubek/Barbara Leitl-Staudinger (Hrsg.), *Meinungs- und Medienfreiheit in der digitalen Ära: Eine Neuvermessung der Kommunikationsfreiheit*, Bd. 15 der Schriftenreihe Recht der elektronischen Massenmedien REM (2017), S. 7 (Intermediäre als die privaten Akteure, «die Onlinedienste bereitstellen, auf welche die Menschen unausweichlich angewiesen sind, wenn sie sich in der vernetzten Welt aktiv bewegen wollen und nicht bewusst für das sozial wenig attraktive Schicksal eines digitalen Eremiten entscheiden».).

⁸ ANNA KELLNER, *Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären*, Baden-Baden 2019.

⁹ Siehe S. 12 ff.

¹⁰ Siehe S. 26 ff.

¹¹ KELLNER (Fn. 8), S. 21 f.

Gefahren sind bei letzteren primär von der Priorisierung von Kommunikation nach dem transportierten Inhalt denkbar (dieser Aspekt wird schwergewichtig unter dem Begriff der Netzneutralität diskutiert), aber auch etwa bei einer Auswertung oder einer staatlichen Pflicht zur Auswertung von transportierten Inhalten. Entsprechend werden in dieser Studie auch Internetzugangsanbieter thematisiert; wenn auch Grossteil und v.a. neuere Probleme primär bei Inhaltenanbietern auftreten.

Innerhalb der Internet-Inhaltenanbieter ist zu unterscheiden zwischen Intermediären, die primär der Massenkommunikation dienen und solchen, die primär Individualkommunikation ermöglichen (etwa ein Anbieter von E-Mail Diensten oder eine Partnervermittlung). Wie oben bei der Abgrenzung zwischen öffentlicher und privater Kommunikation dargelegt, wird in dieser Studie die Diskussion von Intermediären, welche Kommunikation an eine breitere Öffentlichkeit ermöglichen, im Vordergrund stehen. Allerdings können sich Gefahren für die Kommunikation auch aus der Regulierung und Bearbeitung individueller Kommunikation ergeben; diese sind typischerweise insofern ähnlich gelagert wie die Problemfelder bei den Internetzugangsintermediären, als die Filterung dieser Kommunikation oder ihre Regulierung insbesondere auch einen abschreckenden Effekt auf die Diskussion bestimmter Themen von gesellschaftlichem Interesse haben können.

Innerhalb der Gruppe der Intermediäre, die primär Massenkommunikation ermöglichen, kann unterschieden werden zwischen Intermediären, welche eigene Inhalte anbieten oder fremde Inhalte redaktionell sortieren und Intermediären, welche primär fremde Inhalte ohne redaktionelle Kriterien aggregieren und zur Verfügung stellen. In die erstgenannte Gruppe fallen etwa News-Seiten von Zeitungen oder Radio- und oder Fernsehanbietern aber auch etwa Anbieter wie Netflix o.ä. Diese Gruppe von Intermediären wirft nicht grundsätzlich neue Fragen oder Gefahren der Kommunikationsgrundrechte auf: Sie nehmen heute online Funktionen wahr, die andere Anbieter oder gar sie selbst früher im Offlinebereich wahrgenommen haben, indem sie eigene Angebote oder fremde Angebote nach redaktionellen Kriterien sortieren und dem Publikum anbieten.¹² Neue Fragen stellen sich hingegen insbesondere bei Intermediären, die primär fremde Inhalte anbieten und diese ohne gesonderte Auswahl im redaktionellen Sinn aggregieren, sortieren und vermitteln. Sie nehmen eine strukturell neue Rolle im Prozess der gesellschaftlichen Meinungsbildung ein und können diesen Prozess in erheblichem Masse beeinflussen und (bewusst oder unbewusst) ggf. auch steuern.¹³

In dieser Gruppe der Intermediäre, die fremde Inhalte aggregieren und vermitteln, können insbesondere Suchmaschinen und soziale Netzwerke (inklusive Multimediasharing-Plattformen) als zwei Diengruppen hervorgehoben werden, die in unterschiedlicher Weise einen meinungsrelevanten Bezug aufweisen und selbst meinungsrelevante Tätigkeiten vornehmen. Sowohl Suchmaschinen als auch soziale Netzwerke sortieren die vermittelten Inhalte über Algorithmen, was in verschiedener Hinsicht einen Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung haben und für diese u.U. auch eine Gefahr darstellen kann: So beeinflusst das reine Sortieren (und somit Priorisieren) von Inhalten die öffentliche Meinungsbildung; thematisiert werden in diesem Kontext aber auch Phänomene wie Filterblasen oder Echokammern.¹⁴ Ebenfalls Auswirkungen auf die öffentliche Meinungsbildung hat das direkte Löschen

¹² KELLNER (Fn. 8), S. 27.

¹³ KELLNER (Fn. 8), S. 28.

¹⁴ KELLNER (Fn. 8), S. 39 ff., 69 ff., 83 ff. Grundlegend zu Filterblasen ELI PARISER, *The Filter Bubble*, London 2011; und zu Echokammern CASS R. SUNSTEIN, *Republic.com 2.0*, Princeton NJ 2007, S. 46 ff. Vgl. ebenfalls KERSTIN LIESEM, *Opening the Black Box «Algorithmus»*. Die Medienintermediärsregulierung im Entwurf zum Medienstaatsvertrag, in: K&R 11/2019, S. 688.

von Inhalten und das Löschen von Verlinkungen. Hier kann sich eine Gefahr für die öffentliche Meinungsbildung primär aus der befürchteten allzu grosszügigen und allenfalls inhaltlich einseitigen Löschung ergeben.¹⁵ Spezifisch bei sozialen Netzwerken stellt sich zudem die Problematik von Nutzer-ausschlüssen.¹⁶ Ins Gewicht fällt sodann die durch die Netzwerkeffekte hervorgerufene Machtbündelung bei einzelnen Anbietern.¹⁷ Relevant sind für beide Gruppen von Netzwerken sind darüber hinaus auch Auswirkungen auf die öffentliche Meinungsbildung, welche durch manipulative und die Meinungsbildung verzerrende Aktivitäten von Seiten einzelner Nutzer selbst entstehen können, etwa durch ausgedehnten Einsatz von Social Bots zur Verbreitung bestimmter, allenfalls falscher Nachrichten, durch *Flooding* oder durch *Trolling*.¹⁸

Aus diesem Grund sind Intermediäre zusätzlich danach zu beurteilen, ob die von ihnen angebotenen Dienstleistungen in der Vermittlung ideeller Inhalt oder von kommerziellen Angeboten besteht: Die Vermittlung ideeller Inhalte hat einen unmittelbaren Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung zu Fragen von gesellschaftlichem Interesse. Demgegenüber erscheint eine derartige Einwirkung dort weniger unmittelbar, wo Anbieter wie etwa Uber, Yelp, Airbnb oder in gewissem Rahmen Amazon zwar ebenfalls als Intermediäre auftreten, aber schwergewichtig kommerzielle Angebote vermitteln, die keinen direkten Beitrag zur Meinungsbildung über Themen von öffentlichem Interesse leisten. Insofern stellen sich bei diesen Plattformen Fragen der Kommunikationsgrundrechte typischerweise weniger vordringlich als bei der Vermittlung ideeller Meinungen. Allerdings ist auch bei kommerziellen Diensten zu beachten, dass entsprechende Plattformen über die Sortierung und Priorisierung von Angeboten und Anfragen durchaus auch auf die öffentliche Meinungsbildung einwirken können, respektive eine Regulierung der kommerziellen Angebote solche Auswirkungen haben könnte. Zunächst zeigt die Erfahrung mit kommerzieller Werbung, dass auch sie wegen ihres Inhalts direkt einen Beitrag zu Fragen von gesellschaftlichem Interesse leisten kann. Ein sehr illustratives Beispiel dafür waren die Plakate von Benetton, deren Verbot insbesondere vom Bundesverfassungsgericht an den Massstäben der Meinungsfreiheit gemessen wurde¹⁹. Zu denken ist aber auch etwa an eine Priorisierung von Büchern z.B. auf Amazon nach ihrer politischen Ausrichtung, oder Bewertungen auf Yelp nach z.B. Staatsangehörigkeit des Anbieters etwa eines Restaurants.²⁰ In ihren Auswirkungen können derartige Massnahmen bei kommerziellen Diensten ebenfalls die Meinungsbildung zu gesellschaftlichen Fragen beeinflussen.

Jene Intermediäre, welche kommerzielle Angebote vermitteln, stehen entsprechend zwar nicht im Vordergrund der vorliegenden Studie; ihre Auswirkungen auf die öffentliche Meinungsbildung sind aber auch in ihrem Kerngeschäft, der Vermittlung kommerzieller Angebote, mit zu berücksichtigen. Zudem vermitteln auch solche Intermediäre regelmässig auch Kommunikationsinhalte, welche für die öffentliche Meinungsbildung über Fragen von gesellschaftlichem Interesse direkt beeinflussen können.²¹

¹⁵ KELLNER (Fn. 8), S. 49 f., 73 f., 78 ff.; JENS-ULLRICH PILLE, *Meinungsmacht sozialer Netzwerke*, Baden-Baden 2016, S. 316 ff.

¹⁶ KELLNER (Fn. 8), S. 51 f., 87; PILLE (Fn. 15), S. 314 ff.

¹⁷ KELLNER (Fn. 8), S. 57 f.; PILLE (Fn. 15), S. 339 ff.

¹⁸ Anlehnung der Beschreibung der Problematik an KELLNER (Fn. 8), S. 55, 76, 78 ff. Zur Problematik von *Flooding* und *Trolling* TIM WU, *Is the First Amendment Obsolete?*, 117 Mich. L. Rev. 547.

¹⁹ BVerfGE 102, 347 (359 ff.).

²⁰ Vgl. KELLNER (Fn. 8), S. 59 ff.

²¹ KELLNER (Fn. 8), S. 64 ff.

Ein weiterer Gesichtspunkt, der für die Bedeutung eines Intermediärs für die öffentliche Kommunikation in Betracht zu ziehen ist, besteht in der Art und Weise der Nutzung seiner Angebote. So ist etwa zu berücksichtigen, ob ein kommerziell ausgerichteter Dienst von seinen Benutzerinnen und Benutzern um Themen von gesellschaftlichem Interesse ergänzt wird. So kann beispielsweise die Bewertung eines Angebots auf Tripadvisor Themen ansprechen, die von gesellschaftlichem Interesse sind. Oder die auf kommerziell ausgerichteten Diensten verfügbaren Daten können von Dritten in einer Art und Weise verwendet werden, die für den politischen Diskurs grosse Relevanz aufweisen.²² Auch diese Aspekte sind bei der Frage zu berücksichtigen, welche Gewährleistungspflichten die Meinungsfreiheit dem Staat für die Regulierung von Internet-Intermediären auferlegt.

Damit wird deutlich, dass keine trennscharfen Grenzen zwischen den einzelnen Anbietern bestehen, an welche ihre Beurteilung im Rahmen der Meinungsfreiheit mit trennscharfen Differenzierungen anknüpfen könnte. Intermediäre bieten oft mehrere Arten von Kommunikation an. Die Klassifizierung soll hingegen veranschaulichen, dass unter dem Begriff der Intermediäre eine breite und heterogene Gruppe von Diensten erfasst wird, dass sich diese aber zu heuristischen Zwecken in Gruppen einteilen lassen, obwohl die Grenzen zwischen ihnen fließend sind und dass nicht alle Gruppen aus Sicht der Meinungsfreiheit dieselben rechtlichen Fragestellungen aufwerfen.

Wird in der vorliegenden Studie der Begriff der Intermediäre, der Medienintermediäre oder der Online-Plattformen verwendet, sind damit primär Onlineangebote gemeint, welche Informationen²³ zwischen Inhalteanbietern und einem mehr oder weniger offenen Publikum vermitteln, wobei die Rollen von Anbieter und Publikum nicht fix getrennt sind, sondern dynamisch ineinander übergehen und sich stetig wandeln können. Intermediäre aggregieren, selektieren und präsentieren Informationen und übernehmen dabei «aus Sicht der Nutzerinnen und Nutzer (...) Funktionen der Orientierung und Aufmerksamkeitssteuerung»²⁴. Damit legt die Studie ihr Schwergewicht auf Intermediäre, die Inhalte vermitteln bzw. diese dem Publikum durch die erwähnten Prozesse der Selektion, die keine Prozesse der journalistisch-redaktionellen Selektion sind, anbieten.²⁵ Internet-Inhalteanbieter sind dabei zu unterscheiden von jenen Diensten, die sich darauf beschränken, Kommunikationsinfrastruktur bereitzustellen, also von ISPs und Ähnlichen.²⁶ Auch ihre Regulierung kann zum Schutz der öffentlichen Meinungsbildung angestrebt werden, etwa mit dem Erfordernis der Netzneutralität. Sie stehen vorliegend aber nicht im Zentrum, sondern werden nur punktuell berücksichtigt. Analoges gilt für Intermediäre, welche primär Individualkommunikation ermöglichen und für solche, die primär auf die Vermittlung kommerzieller Angebote ausgerichtet sind.

²² Diesbezüglich etwas zu eng wohl Kellner (Fn. 8), S. 28 f.

²³ Weiter Informationsbegriff: Jede Art von Kommunikation, Meinung, Information, ob als Text, Bild, Video oder in einer anderen Form und unabhängig davon, ob der Inhalt informierend oder unterhaltend sein soll.

²⁴ STEPHAN DREYER/WOLFGANG SCHULZ, Künstliche Intelligenz, Intermediäre und Öffentlichkeit, Bericht an das BAKOM, 2019, S. 5.

²⁵ Dieser Begriff der Intermediäre ist enger als die Umschreibung im Bericht der Eidgenössischen Medienkommission (EMEK) vom 30. Januar 2020 (EMEK, Streamingdienste und Plattformen, S. 7). Der Intermediärsbegriff unterscheidet sich aber auch etwa von der Umschreibung im deutschen Medienstaatsvertrag (§ 2 (2) 16 E-MStV). Dieser bezeichnet als Medienintermediäre «jedes Telemedium, das auch journalistisch-redaktionelle Angebote Dritter aggregiert, selektiert und allgemein zugänglich präsentiert, ohne diese zu einem Gesamtangebot zusammenzufassen.» Leicht abweichende - weil enger oder weiter gefasste - Umschreibungen finden sich auch etwa bei CHRISTIAN STÖCKER/KONRAD LISCHKA, Wie algorithmische Prozesse Öffentlichkeit strukturieren. in: R. Mohabbat Kar/B. E. P. Thapa/P. Parycek (Hrsg.), (Un)berechenbar? Algorithmen und Automatisierung in Staat und Gesellschaft, S. 367 ff. oder BERKA, The Free Speech Debate (Fn. 7), S. 7.

²⁶ KELLNER spricht von Internetzugangsanbietern. KELLNER (Fn. 8), S. 21 f.

Der hier verwendete Begriff der Online-Plattformen oder Intermediäre und somit auch die inhaltlichen Ausführungen unterscheiden sich vom Anwendungsbereich der AVMD Richtlinie. Diese reguliert sogenannte audiovisuelle Mediendienste; darunter fallen zwar auch Videoplattformen wie insbesondere YouTube und Social-Media-Anbieter, deren audiovisuellen Inhalte eine wesentliche Funktion des Dienstes ausmacht; zusätzlich erfasst die AVMD-Richtlinie aber auch lineare audiovisuelle Dienste und Abrufdienste²⁷. Vergleichbar ist der hier verwendete Begriff der Intermediäre (als Internetinhalteanbieter) mit dem Begriff der Medienintermediäre nach § 2 Ziff. 16 E-MStV²⁸.

IV. Normativer Rahmen einer funktionierenden Kommunikationsordnung

1. Schutzzweck und Schutzdimensionen der Kommunikationsgrundrechte²⁹

a. Schutzbereich und Funktionen der Kommunikationsgrundrechte

Das Bundesgericht anerkennt seit Jahrzehnten, dass die Meinungsfreiheit nicht nur ein grundlegendes Element der menschlichen Entfaltung darstellt, sondern auch eine elementare Voraussetzung einer funktionierenden demokratischen Gesellschaft.³⁰ Die Rechtsprechung des EGMR, des Bundesverfassungsgerichts und etwa des U.S. Supreme Court stimmen darin überein. Die wissenschaftliche Diskussion in den Vereinigten Staaten setzt sich seit Jahrzehnten intensiv damit auseinander.³¹

Voraussetzung einer funktionierenden Demokratie

Die demokratische Funktion der Meinungsfreiheit folgt aus der Einsicht, dass Wahrheit und Richtigkeit in der Gesellschaft für keine Person oder Personengruppe verfügbar sind.³² Erst im möglichst umfassenden Austausch aller Meinungen kann sich jene Sicht herausbilden, die im gesellschaftlichen Ganzen eine gewisse Legitimität für sich beanspruchen darf. Die Garantie der Meinungsfreiheit ist unverzichtbar, um diesen Austausch auch verfassungsrechtlich abzusichern; aus diesem Grund anerkannte das Bundesgericht diese Garantie als ungeschriebenes Grundrecht der Bundesverfassung von 1874.³³

Der Meinungsfreiheit kommt damit – wie schon im 19. Jahrhundert John Stuart Mill prominent feststellte³⁴ – eine zentrale Funktion im Prozess der Entstehung gesellschaftlicher Wahrheit und Richtigkeit

²⁷Art. 1 Abs. 1 lit. b AVMD Richtlinie (Änderungsrichtlinie).

²⁸Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland (Medienstaatsvertrag, MStV), Entwurf vom 5. Dezember 2019.

²⁹Dieses Kapitel ist über weite Strecken aus folgendem Beitrag übernommen: MARKUS SCHEFER, Kommunikationsgrundrechte, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Bd. 2, S. 1413 ff. (Rz. 5 ff.).

³⁰BGE 96 I 586 S. 592 (E. 6) (Aleinick).

³¹Aus der unüberblickbar vielfältigen Literatur grundlegend THOMAS I. EMERSON, *The System of Freedom of Expression*, New York 1970; THOMAS SCANLON, *A Theory of Freedom of Expression*, Philosophy & Public Affairs 1972; FREDERICK SCHAUER, *Free speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge 1982; KENT GREENAWALT, *Free Speech Justifications* [1989], in: DERS., *From the Bottom Up*, Oxford 2016, S. 356 ff.; ROBERT C. POST, *Democracy, Expertise, and Academic Freedom*, New Haven 2012. In der Schweizer Literatur, RAPHAELA CUENI, *Schutz von Satire im Rahmen der Meinungsfreiheit*, Zürich/S. Gallen 2019, S. 117 ff.

³²JÖRG PAUL MÜLLER, *Demokratische Gerechtigkeit*, München 1993, S. 22 ff.

³³BGE 91 I 480 S. 486 (E. II 1) (Association de l'Ecole française); BGE 96 I 586 S. 592 (E. 6) (Aleinick).

³⁴JOHN STUART MILL, *On Liberty* (1859), hrsg. von Stefan Collini, Cambridge University Press 1989, S. 19 ff.

zu. Sie gewährleistet jene minimalen Strukturen gesellschaftlicher Kommunikation, die für die demokratische Aushandlung der Fragen gesellschaftlicher Ordnung – und damit für den Aufbau einer fairen Rechtsordnung – unabdingbar sind.

Entscheidend ist, dass Orthodoxien jederzeit in Frage gestellt und aufgebrochen werden können, dass scheinbar gesicherte Erkenntnis der Falsifizierung gegenüber offen bleibt.³⁵ Aber nicht nur für die Infragestellung bestehender, sondern auch für die Ausbildung neuer Konsense müssen die erforderlichen Gefäße kommunikativen Austauschs zur Verfügung stehen. In dieser Funktion kommt den Diensten im Internet eine hervorragende Bedeutung für die demokratische Willens- und Entscheidungsbildung zu.

Die individuellen und gesellschaftlichen Voraussetzungen einer öffentlichen Diskurskultur bleiben letztlich aber vom Bestehen einer Kultur, einer «demokratischen Atmosphäre»³⁶ und, auf individueller Ebene³⁷, von einem beständigen Bemühen um Toleranz³⁸ oder ein «democratic temperament»³⁹ abhängig. Dies erscheint gerade für die Verständigung auf den Plattformen des Internet besonders relevant. Individuelle Beiträge auf Social Media-Plattformen scheinen in besonderem Masse anfällig dafür, die misanthropischen Seiten der Kommunizierenden in den Vordergrund zu rücken.⁴⁰ Toleranz verlangt vom Einzelnen die Achtung der Meinung des Gegenübers sowohl dort, wo diese den eigenen Vorstellungen des Guten und Richtigen diametral widerspricht, als auch dort, wo sie schockiert oder als verletzend oder herabsetzend empfunden wird⁴¹. Verlangt wird aber auch ein stetes Bemühen um Authentizität, Wahrhaftigkeit und ernsthaftem Bemühen, die Argumente des Gegenüber zu verstehen und ihn als Mensch zu respektieren.⁴²

Die Prozesse zur Herausbildung gesamtgesellschaftlicher Einsichten und zu ihrer steten Hinterfragung und Infragestellung ermöglichen über die Zeit hinweg die Errichtung und den Erhalt einer demokratischen rechtlichen Ordnung⁴³. Demokratische Prozesse legitimieren aber nicht nur die Setzung von

³⁵ KARL POPPER, *Conjectures and Refutations, The Growth of Scientific Knowledge*, London/New York 2002, insb. S. 367 ff.

³⁶ JÖRG PAUL MÜLLER, *Die demokratische Verfassung*, 2. Aufl., Zürich 2009, S. 80.

³⁷ Dazu prägnant JÖRG PAUL MÜLLER, *Demokratische Gerechtigkeit*, München 1993, S. 205–216.

³⁸ Grundlegend LEE C. BOLLINGER, *The Tolerant Society*, Oxford 1986, S. 104 ff.; vgl. auch schon JOHN STUART MILL, *On Liberty* (Fn. 34), S. 33. Der EGMR hält seit dem Entscheid *Handyside* in konstanter Praxis fest, dass ohne Pluralismus, Toleranz und Weitherzigkeit keine demokratische Gesellschaft möglich ist; EGMR (PL), 7.12.1976, No. 5493/72, *Handyside* g. Vereinigtes Königreich, § 49; vgl. auch schon *Abrams v. The United States*, 250 U.S. 616, 630 (Holmes, J., dissenting).

³⁹ LEE C. BOLLINGER, *Uninhibited, Robust, and Wide-Open*, New York 2010, S. 50. Zum anti-demokratischen Typus der »autoritären Persönlichkeit« und seiner Orientierungslosigkeit JÖRG PAUL MÜLLER, *Die demokratische Verfassung*, 2. Aufl., Zürich 2009, S. 79 ff.

⁴⁰ Vgl. zum Erfolg von Falschnachrichten SAROUSH VASOUGHI/DEB ROY/SINAN ARAL, *The spread of true and false news online*, *Science* 359, S. 1146 ff. (2018); HUNT ALLCOTT/MATTHEW GENTZKOW, *Social Media and Fake News in the 2016 Election*, in: *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 31, S. 213 ff. (2017).

⁴¹ Konstante Praxis des EGMR seit EGMR (PL), 7.12.1976, No. 5493/72, *Handyside* g. Vereinigtes Königreich, § 49; so etwa EGMR (PL), 8.7.1986, No. 9815/82, *Lingens* g. Österreich, § 41; EGMR (GK), 15.10.2015, No. 27510/08, *Perinçek* g. Schweiz, § 196; EGMR, 9.1.2018, No. 18597/13, *GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus* g. Schweiz, § 51; aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung etwa BGE 138 I 274 S. 281 (E. 2.2.1) (Plakate SBB).

⁴² Grundlegend JÖRG PAUL MÜLLER, *Demokratische Gerechtigkeit*, München 1993, S. 66ff.

⁴³ In diesem Sinne versteht das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 5, 85, 197 (1956; KPD-Verbot) die demokratische Ordnung als »eine nie endende, sich immer wieder in neuen Formen und unter neuen Aspekten stellende Aufgabe«.

Recht, sondern sind ebenso unverzichtbar für die Kontrolle der Ausübung demokratisch überantworteter staatlicher Macht.

Eine besondere Funktion kommt in diesem Zusammenhang vor allem den traditionellen Medien zu: Sie verkörpern jene strukturierte gesellschaftliche Öffentlichkeit⁴⁴, die für eine wirksame Kontrolle der Staatstätigkeit unabdingbar ist. Ihnen kommt deshalb in der Begrifflichkeit des EGMR die Funktion von «watchdogs» zu. Heute fragt sich, ob diese Funktion im Gefolge der wirtschaftlichen und damit auch personellen Schwächung der traditionellen Medien aufgrund der Veränderungen der Kommunikationsstrukturen durch das Internet nach wie vor wirksam wahrgenommen werden kann.⁴⁵ Zudem ist zu fragen, in welchem Masse die Internet-Intermediäre heute Funktionen in der politischen Kommunikation übernehmen, die jener der traditionellen Medien gleich kommen.

Grundlage selbstbestimmter Entfaltung der Persönlichkeit

Die Kommunikationsgrundrechte sind nicht nur unverzichtbare Voraussetzung einer demokratischen Ordnung, sondern auch «un élément indispensable à l'épanouissement de la personne humaine».⁴⁶ Eine selbstbestimmte Persönlichkeitsentfaltung ist Voraussetzung für ein Leben in Würde; sie setzt Autonomie im Sinne einer eigenständigen Urteilskraft und Entscheidungsfähigkeit voraus.⁴⁷

Die Möglichkeit zur Autonomie hängt für den Einzelnen in zentralem Masse davon ab, wie weit er Zugang zu den Meinungen seiner Rechtsgenossen hat, wie weit diese seine eigenen Ansichten zur Kenntnis nehmen und sich mit ihnen auseinandersetzen. Die Bildung einer eigenständigen Meinung setzt voraus, dass der Einzelne Kenntnis eines möglichst breiten Spektrums unterschiedlicher Gesichtspunkte und Argumente zum jeweiligen Gegenstand hat; diese Möglichkeit gewährleisten ihm die Kommunikationsgrundrechte. Und erst die Möglichkeit zur gleichberechtigten Äusserung einer Meinung respektiert die Autonomie und die Würde des Betroffenen. Auf einer individual-psychologischen Ebene reflektiert sich dies darin, dass die Erfahrung, mit der eigenen Meinung in der Gemeinschaft gehört und ernst genommen zu werden, eine zentrale Voraussetzung für die Ausbildung eines gewissen Vertrauens in die eigene Persönlichkeit und der Selbstachtung darstellt.⁴⁸

Der unmittelbare Zugang Einzelner zur Kommunikation auf den Internet-Plattformen macht diese zu hervorragenden Instrumenten der Persönlichkeitsentfaltung, aber auch der Verletzung der Persönlichkeit, wie etwa das Beispiel des Cyber-Mobbings eindrücklich illustriert. Zudem wird die persönlichkeits-

⁴⁴ JÖRG PAUL MÜLLER, *Die demokratische Verfassung*, 2. Aufl., Zürich 2009, S. 91 ff.

⁴⁵ Vgl. etwa RUSSELL WEAVER/CLIVE WALKER/GEOFFREY BENNETT, *Can Newspapers Survive in an Internet Era?*, in: Clive Walker/Russell Weaver (Hrsg.), *Free Speech in an Internet Era*, Durham 2013, insbes. S. 12 ff.; zur Entwicklung der traditionellen redaktionellen Medien etwa Eidgenössische Medienkommission (EMEK), *Besonderheiten von Medien im digitalen Zeitalter* (verfügbar unter: www.emek.admin.ch/inhalte/dokumentation/22.01.2018_Besonderheiten_von_Medien_im_digitalen_Zeitalter/D_Medien_im_digitalen_Zeitalter_22.01.18.pdf).

⁴⁶ BGE 96 I 586 S. 592 (E. 6) (Aleinick); siehe auch etwa EGMR (PL), 7.12.1976, No. 5493/72, *Handyside g. Vereinigtes Königreich*; *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 375 f. (1927; Brandeis, J., concurring); BVerfGE 7, 198 (208) – Lüth; BVerfGE 5, 85 (204 f.) – KPD-Verbot.

⁴⁷ Dazu KENT GREENAWALT, *Speech, Crime & The Uses of Language*, New York 1989, S. 26; SCHAUER, *Free Speech* (Fn. 31), S. 68 f.; SCANLON (Fn. 31).

⁴⁸ Dazu KENT GREENAWALT (Fn. 47), S. 27 f.; KENT GREENAWALT (Fn. 31), S. 122, 150 ff.; THOMAS SCANLON (Fn. 3131). Vgl. auch JÖRG PAUL MÜLLER (Fn. 32), S. 66.

bildende Kommunikation von verschiedenen Internet-Intermediären zur Erstellung wirtschaftlich verwertbarer Datensammlungen verwendet und dadurch in die Persönlichkeit der Kommunizierenden eingegriffen.

Die strukturelle Unterscheidung von Meinung und Handlung

Die dargelegten Funktionen der Kommunikationsgrundrechte führen zur strukturellen Unterscheidung von «Meinung» einerseits und «Handlung» andererseits. Geschützt sind Gedanken und ihr Austausch mit anderen; reine Handlungen dagegen nicht. Die Kommunikationsgrundrechte anerkennen damit die besondere Bedeutung von Meinungen und weisen ihnen gegenüber Handlungen einen privilegierten verfassungsrechtlichen Schutz zu. In diesem Sinne hielt John Stuart Mill schon im Jahr 1859 fest: «No one pretends that actions should be as free as opinions».⁴⁹

Die elementarste Folge dieser Unterscheidung besteht in der Art, wie der Staat auf Äusserungen reagiert, die etwa anecken, schockieren oder verletzen: Sie sollen grundsätzlich nicht verboten, sondern der Infragestellung und Kritik der Öffentlichkeit ausgesetzt werden.⁵⁰ So hielt das Bundesgericht im Jahre 1876 fest, die Rechtfertigung der Polygamie stehe »mit dem sittlichen und staatlichen Princip der Monogamie in Widerspruch«, fügte aber an: »Gegen Presserzeugnisse der vorliegenden Art ist nicht die Strafe, sondern einzig die Belehrung, zu welcher man sich wieder der Presse bedienen kann, das zulässige und wirksame Mittel«.⁵¹ Gut fünfzig Jahre später formulierte Richter Louis Brandeis diesen Gedanken mit treffsicherer Prägnanz: «(T)he fitting remedy for evil counsels is good ones ... If there be time to expose through discussion the falsehood and fallacies, to avert the evil by the processes of education, the remedy to be applied is more speech, not enforced silence.»⁵²

Der Grundsatz, dass nicht das Verbot, sondern die Gegenrede die angemessene Antwort auf problematische Äusserungen darstellt, reibt sich auf gesellschaftlicher Ebene jedoch regelmässig an den festen Überzeugungen politischer Akteure. Und nicht nur auf Bundesebene, sondern insbesondere auch im kantonalen Übertretungsstrafrecht⁵³ finden die Drohungen des Strafrechts immer wieder auch auf herausfordernde⁵⁴, schockierende⁵⁵, herabsetzende⁵⁶ oder auch administrativ ärgerliche⁵⁷ Meinungsäusserungen Anwendung. Verwaltungsrechtliche Massnahmen, wie an den Inhalt anknüpfende Verbote des Plakataushangs auf öffentlichem Grund⁵⁸, ergänzen solche Regelungen.

⁴⁹ MILL, On Liberty (Fn. 34), S. 56.

⁵⁰ Siehe das konzise Argument bei ROBERT DWORKIN, The Right to Ridicule, New York Review of Books, 23.3.2006 (abrufbar unter: <https://www.nybooks.com/articles/2006/03/23/the-right-to-ridicule/>). Auf die kulturelle Bedingtheit dieses Ansatzes weisen die zahlreichen Beiträge in ERICH KOLIG (Hrsg.), Freedom of Speech and Islam, Farnham 2014, hin.

⁵¹ BGE 2, 192 S. 197 (E. 4).

⁵² Whitney v. California, 274 U.S. 357, 375, 377 (1927) (Brandeis, J., dissenting).

⁵³ Auch neue Übertretungsstrafgesetze wie jenes des Kantons Basel-Stadt vom Februar 2019 bestrafen gewisse unliebsame Arten der Meinungsäusserung, wie etwa das unbefugte Anbringen von Informationsmaterial (§ 14 Abs. 1 lit. b ÜStG BS). Nach § 13 ÜStG BS wird bestraft, »wer den polizeilichen Vorschriften über die Fasnacht zuwiderhandelt«, worunter etwa die Publikation von Fasnachtszeitungen und Schnitzelbänken ohne Angabe der Namen des Verlegers und des Druckers fällt (siehe Polizeivorschriften betreffend die Fasnacht vom 1.12.2017 [Stand 6.12.2018], § 3 Abs. 5).

⁵⁴ Vgl. etwa Art. 261 Abs. 1 StGB.

⁵⁵ Vgl. etwa Art. 135 StGB.

⁵⁶ Vgl. etwa Art. 261^{bis} Abs. 1-4 StGB.

⁵⁷ Vgl. etwa Art. 293, 296 oder 297 StGB.

⁵⁸ Besonders streng wacht etwa der Basler Regierungsrat über die Einhaltung gesellschaftlicher Orthodoxie, insb. mit § 7 der Plakatverordnung BS vom 7.2.1933 (sGS 569.500).

Die Besonderheiten der Kommunikation im Internet geben zur Frage Anlass, ob der Grundsatz, dass Gegenrede das adäquate Mittel gegen problematische Äusserungen ist, auch heute noch trägt.⁵⁹ So wird von der Beobachtung ausgegangen, dass die weit reichende Verlagerung gesellschaftlicher Kommunikation auf die Dienste des Internet, verbunden mit dem Rückgang journalistisch betreuter Informationskanäle, der Verbreitung von Un- und Halbwahrheiten markant Vorschub leistet. Vor diesem Hintergrund könnte – so wird befürchtet – die zunehmende gegenseitige Abgrenzung der Kommunikationsgemeinschaften je nach inhaltlicher Ausrichtung dazu führen, dass Gegenrede kaum von jenen Menschen zur Kenntnis genommen wird, die davon angesprochen werden.⁶⁰

b. Geltungsebenen der Kommunikationsgrundrechte

Der Mensch als Schutzobjekt

Die Kommunikationsgrundrechte entfalten sowohl individual-rechtliche als auch objektiv-rechtliche Wirkung. Ihre individual-rechtlichen Gehalte werden insbesondere in den Verfahren der Rechtsanwendung verwirklicht mit dem unmittelbaren Ziel, den Einzelnen zu schützen. In ihrer objektiv-rechtlichen Dimension verwirklichen sie sich als Richtschnur der Auslegung einfachen Rechts in den Verfahren der Rechtsanwendung⁶¹ und in der grundrechtlich angeleiteten gesetzgeberischen Ausgestaltung organisatorischer Strukturen und von Verfahren, die ihrerseits letztlich den Individualschutz bezwecken.

Die Anerkennung des Einzelnen als letzter Bezugspunkt ist kein den Kommunikationsgrundrechten eigentümlicher Topos, sondern Ziel des Staates überhaupt. Darin liegt kein individualistisch überhöhtes Menschenbild; sie stellt sich nicht gegen die Pflege und Stärkung vielfältiger gemeinschaftlicher Foren, sondern soll sicherstellen, dass sich diese in ihrem Bestehen und ihren Wirkungen stets mit Blick auf die individuellen Menschen rechtfertigen müssen.

Individual-rechtliche Dimension

In ihrer individual-rechtlichen Dimension schützen die Kommunikationsgrundrechte den Einzelnen in seiner Persönlichkeit und der Möglichkeit, am gesamtgesellschaftlichen demokratischen Prozess teilzunehmen. Werden individual-rechtliche Ansprüche in den Verfahren der Rechtsanwendung durchgesetzt, wirken⁶² sie in ihrer justiziablen Schicht.⁶³ In materieller Hinsicht finden alle Schutzgehalte individual-rechtlichen Ausdruck, von der Bildung über das Haben bis zur Äusserung einer Meinung. Erfasst werden zudem nicht lediglich Ansprüche auf Abwehr staatlicher Eingriffe, sondern auch Ansprüche auf Schutz, Leistung und Teilhabe.⁶⁴

⁵⁹ Siehe eingehend PHILIP M. NAPOLI, What If More Speech Is No Longer the Solution?, *Federal Communications Law Journal* 2018, S. 55 ff.

⁶⁰ So rudimentär zusammengefasst das zentrale Argument von PHILIP M. NAPOLI (Fn. 59).

⁶¹ JÖRG PAUL MÜLLER, *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie*, Bern 1982, S. 49 f.; JÖRG PAUL MÜLLER, *Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV. Der Freiheit Chancen geben*, Bern 2018, S. 101.

⁶² In diesem Sinn bezeichnet Jörg Paul Müller die drei Dimensionen der Grundrechte als justiziable Ansprüche, als Richtschnur zur Auslegung einfachen Rechts und als Programm für den Gesetzgeber als «Wirkungsmöglichkeiten» der Grundrechte; MÜLLER, *Verwirklichung der Grundrechte* (Fn. 61), S. 90.

⁶³ Die justiziable Schicht der Grundrechte umfasst diejenigen Gehalte, die gegenüber Rechtsanwendungsbehörden direkt durchsetzbar sind, d.h. von diesen unmittelbar angewendet werden können. MÜLLER, *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie* (Fn. 61), S. 47 f.; MÜLLER, *Verwirklichung der Grundrechte* (Fn. 61), S. 93.

⁶⁴ Etwa EGMR (GK), 30.6.2009, No. 32772/02, Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) g. Schweiz (No. 2), § 78 ff.; BGE 136 I 167 S. 170 (E. 2.2) (VgT). Vgl. ebenfalls BGE 120 Ib 142 S. 148 f. (E. 4) (Obersee Nachrichten).

Illustratives Beispiel eines individual-rechtlichen Schutzanspruches ist der Anspruch auf Schutz einer Versammlung gegen Störung durch Dritte: So halten das Bundesgericht⁶⁵ und der EGMR⁶⁶ in ständiger Rechtsprechung fest, dass die Kommunikationsgrundrechte den Staat im konkreten Einzelfall dazu verpflichten können, durch positive Massnahmen Veranstaltungen von Störungen vor Dritten zu schützen und dafür zu sorgen, dass sie auch tatsächlich stattfinden können.

Anerkannte kommunikationsrechtliche Ansprüche auf Leistung sind etwa der «bedingte» Anspruch auf Benützung des öffentlichen Grundes zu kommunikativen Zwecken⁶⁷. Besonders ausgeprägte Leistungsansprüche garantiert die Wahl- und Abstimmungsfreiheit nach Art. 34 BV: Sie räumt dem Einzelnen als Mitglied des Staatsorgans «Volk» Individualansprüche zur Durchsetzung auch objektiv-rechtlicher Anliegen ein, vom Anspruch auf Eintragung im Stimmregister bis zu einem allfälligen Anspruch auf Nachzählung oder gar Wiederholung der Abstimmung⁶⁸. Im Rahmen der Informationsfreiheit etwa ist auf Ebene vieler Kantonsverfassungen ein Anspruch auf Einsicht in amtliche Akten anerkannt⁶⁹; der EGMR gewährleistet einen analogen, aber enger umschriebenen Anspruch im Rahmen von Art. 10 EMRK⁷⁰; und das Bundesgericht⁷¹ leitet aus der Medienfreiheit wohl⁷² einen ähnlichen, über Art. 16 Abs. 3 BV hinaus gehenden Anspruch ab.

In eine ähnliche Richtung geht Art. 93 BV, dessen materielle Gehalte der Sachgerechtigkeit, der Vielfalt der Ansichten und der Programmautonomie vom Einzelnen durchgesetzt werden können. Dabei eröffnet die Programmautonomie einen individual-rechtlichen Grundrechtsanspruch des betroffenen Journalisten, in gewissem Masse analog zu den oben erwähnten Beispielen der Wahl- und Abstimmungsfreiheit und der Informationsfreiheit. Die Möglichkeit individueller Durchsetzbarkeit der Gehalte der Sachgerechtigkeit und der Vielfalt der Ansichten dagegen folgt nicht unmittelbar aus dem Grundrecht,

⁶⁵ BGE 143 I 147 S. 151 f. (E. 3.2) (Polizeigesetz Luzern); BGE 132 I 256 S. 259 (E. 3) (Brunnen); BGE 127 I 164 S. 169 (E. 3b) (WEF Davos). Vgl. bereits BGE 20, 274 S. 280 (E. 2) (Zamperini) mit der Anerkennung einer Pflicht zum Schutz religiöser Versammlungen aus der Religionsfreiheit.

⁶⁶ Etwa EGMR, 29.2.2000, No. 39293/98, *Fuentes Bobo* g. Spanien, § 38. Eine entsprechende Pflicht anerkennt auch der MRA im Rahmen von Art. 19 UNO-Pakt II: MRA, General Comment No. 34 (2011), Ziff. 7 («The obligation also requires States parties to ensure that persons are protected from any acts by private persons or entities that would impair the enjoyment of the freedoms of opinion and expression to the extent that these Covenant rights are amenable to application between private persons or entities.»). Vgl. dazu WALTER KÄLIN/JÖRG KÜNZLI, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 4. Aufl., Basel 2019, Rz. 17.16.

⁶⁷ BGE 143 I 147 S. 151 f. (E. 3.2) (Polizeigesetz Luzern); BGE 138 I 274 S. 282 f. (E. 2.2.2); BGE 132 I 256 S. 258 ff. (E. 3) (Brunnen); BGE 127 I 164 S. 168 ff. (E. 3b) (WEF Davos); BGE 105 Ia 91 S. 95 (E. 4a) (Plüss). Noch ohne entsprechende Terminologie («bedingter Anspruch») BGE 100 Ia 392 S. 402 f. (E. 5) (Zuger Strassentheater). Vgl. URS SAXER, *Die Grundrechte und die Benutzung öffentlicher Strassen*, Zürich 1988, S. 67 ff. mit einer Darstellung der Rechtsprechung ab den 1880er Jahren.

⁶⁸ Zum Anspruch auf Eintragung im Stimmregister etwa BGE 40 I 354 S. 364 (E. 2) («Individualrecht auf eigene Teilnahme» an Urnengang). Vgl. für Wahlen und Abstimmungen auf Bundesebene Art. 4 Abs. 1 BPR. Zum Anspruch auf Nachzählung etwa BGE 136 II 132 S. 135 ff. (E. 2.3) oder BGE 131 I 442 S. 447 ff. (E. 3.2 ff.) Zur Aufhebung und Wiederholung von Wahlen und Abstimmungen etwa BGE 135 I 292 S. 301 (E. 4.4) oder BGE 132 I 104 S. 110 (E. 3.3).

⁶⁹ § 72 Abs. 1 KV AG; Art. 17 Abs. 3 KV BE; § 56 Abs. 2 KV BL; § 75 Abs. 2 KV BS; Art. 19 Abs. 2 KV FR; Art. 28 Abs. 2 KV GE; Art. 18 KV NE; Art. 47 Abs. 3 KV SH; Art. 11 Abs. 3 KV SO; § 45 Abs. 3 KV SZ; Art. 17 Abs. 2 lit. c KV VD; Art. 17 KV ZH. Nur mit Einsichtsinteresse Art. 12 Abs. 3 KV-AR.

⁷⁰ EGMR (GK), 8.11.2016, No. 18030/11, *Magyar Helsinki Bizottság* g. Ungarn, § 149 ff. und dazu ALEXANDRE FLÜCKIGER/VALÉRIE JUNOD, *La reconnaissance d'un droit d'accès aux informations détenues par l'Etat fondée sur l'article 10 CEDH*, Jusletter 27.2.2017.

⁷¹ BGE 137 I 8 S. 12 f. (E. 2.5) (Fernsehinterview Pöschwies).

⁷² Die Tragweite von BGE 137 I 8 erscheint noch nicht geklärt; vgl. etwa die nicht leicht damit vereinbaren Entscheide BGer 1C_129/2016 vom 14.2.2017, E. 2.2.2 und BGer 1C_598/2014 vom 18.4.2016, E. 4.1 ff.

sondern findet ihre Grundlage in der ausdrücklichen Verpflichtung nach Art. 93 Abs. 5 BV, ein entsprechendes Verfahren einzurichten. Diese Verfahren zielen, ähnlich wie die Wahl- und Abstimmungsfreiheit, auf den «Schutz der unverfälschten Willens- und Meinungsbildung der Öffentlichkeit»⁷³.

Objektiv-rechtliche Dimension

In ihrer objektiv-rechtlichen Dimension verpflichten die Kommunikationsgrundrechte die staatlichen Organe, unabhängig vom Bestehen individual-rechtlicher Durchsetzungsmöglichkeiten die erforderlichen Massnahmen für ihre Verwirklichung – d.h. ihre tatsächliche Umsetzung – zu treffen. Objektiv-rechtliche Gehalte können zu einem individual-rechtlichen Anspruch hinzutreten, aber auch unabhängig von einem solchen bestehen. Verpflichtet ist der Staat in allen seinen Funktionen, sowohl der Rechtsetzung als auch der Rechtsanwendung durch Verwaltung und Gerichte, in der Innen- wie der Aussenpolitik⁷⁴.

In den Verfahren der Rechtsanwendung kommen die objektiv-rechtlichen Gehalte der Kommunikationsgrundrechte primär in ihrer flankierenden Schicht zum Tragen, als Richtschnur der Auslegung einfachen Rechts.⁷⁵

Für den Gesetzgeber wirken die Kommunikationsgrundrechte insbesondere in ihrer objektiv-rechtlichen Dimension als Programm.⁷⁶ Diese Geltungsebene ist bei den verschiedenen Kommunikationsgrundrechten unterschiedlich ausgeprägt, je nach dem institutionellen und organisatorischen Gefüge, in dem sich die entsprechenden Grundrechte entfalten.

Besonders ausgeprägt ist die objektiv-rechtliche Dimension bei Art. 34 BV: Die politischen Rechte nach Art. 34 BV dienen der Garantie der Offenheit von Entscheidungsstrukturen sowie der Vernünftigkeit politischer Entscheidungsprozesse.⁷⁷ Auch etwa Art. 17 BV verfügt über zentrale objektiv-rechtliche Gehalte: So wurde die Pressefreiheit schon in der Helvetischen Verfassung von 1798 verstanden als «natürliche

⁷³ Zur Abgrenzung der individuellen Geltendmachung von objektiv-rechtlichen Gehalten und von individual-rechtlichen Aspekten, siehe BGE 134 II 260 S. 262 (E. 6.2) (Schönheitschirurg).

⁷⁴ Grundlegend WALTER KÄLIN, Verfassungsgrundsätze der schweizerischen Aussenpolitik, ZSR 1986 II, 3, S. 249 ff.

⁷⁵ Hauptsächliches Anwendungsgebiet der flankierenden Schicht der Kommunikations-Grundrechte ist die verfassungskonforme Auslegung. So insbesondere im Rahmen von Art. 28 ZGB (allerdings in der Rechtsprechung nicht explizit so, aber immerhin BGE 95 II 481 S. 492 ff. (E. 7) und Art. 173 ff. StGB (etwa BGE 131 IV 160 S. 163 (E. 3.3.)). Aber auch bei Art. 10 ff. URG (etwa BGE 131 III 480 S. 490 ff. (E. 3.1 f.) (Kreis)), Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG (implizit BGER 5A_376/2013 vom 29.10.2013, E. 5 i.V.m. E. 6.2), Art. 173 ff. StGB (BGE 131 IV 160 S. 163 (E. 3.3.)), Art. 181 StGB (anders das Bundesgericht bspw. in BGE 108 IV 165 (Menschenteppich)), Art. 261bis StGB (BGE 131 IV 23 S. 27 f. (E. 3.1) (Scherrer)), Art. 261 StGB (anders das Bundesgericht bspw. in BGE 86 IV 19 S. 22 f. (E. 3) (Fahrner)), Art. 197 StGB (BGE 128 IV 201 S. 205 (E. 1)) und Art. 293 StGB (zurückhaltend das Bundesgericht in BGE 126 IV 236 S. 247 ff. (E. 4 f.) (Stoll)). Relevant ist die flankierende Schicht auch im Kontext des Arbeitsrechts (dazu DIRK VOORHOOF/PATRICK HUMBLET, The Right to Freedom of Expression in the Workplace under Article 10 ECHR, in: Filip Dorssemont/Klaus Lörcher/Isabelle Schönmann (Hrsg.), The European Convention on Human Rights and the Employment Relation, Oxford/Portland (2013), S. 237 ff.), bei der Auslegung von Art. 12 BGFA (etwa BGER 2C_652/2014 vom 24.12.2014, E. 3.2.) oder bei der Einziehung von Propagandamaterial nach Art. 2 Abs. 2 lit. c BWIS (Zumindest im Ansatz BGE 125 II 417 S. 428 (E. 6b) (zur Einziehung von Propagandamaterial der Kurdischen Arbeiterpartei PKK gestützt auf Art. 1 Abs. 2 des Bundesratsbeschlusses vom 29. Dezember 1948 betreffend staatsgefährliches Propagandamaterial, SR 127 (aufgehoben seit 1.7.1998, AS 1998 1559))).

⁷⁶ Die programmatische Dimension umfasst die Wirkung der Grundrechte als «Prinzipien, Leitlinien, Zielsetzungen» staatlichen Handelns. MÜLLER, Verwirklichung der Grundrechte (Fn. 61), S. 95 f.; MÜLLER, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie (Fn. 61), S. 48.

⁷⁷ PIERRE TSCHANNEN, Stimmrecht und politische Verständigung. Beiträge zu einem erneuerten Verständnis von direkter Demokratie, Bern 1994, Basel/Frankfurt a.M. 1995, Rz. 233 ff.

Folge des Rechtes, das jeder hat, Unterricht zu erhalten».⁷⁸ Bei dieser Bestimmung stand zunächst die objektiv-rechtliche Dimension im Vordergrund, was sich in der Entstehung zahlreicher Zeitungen und Zeitschriften nach 1798 äusserte.⁷⁹

Auch Art. 93 BV verankert ausgeprägte objektiv-rechtliche Dimensionen; im Entstehungsprozess dieser Norm dominierte zunächst gar ein rein objektiv-rechtliches Verständnis.⁸⁰ Die Regelungen von Art. 55^{bis} BV (1874), die im Jahr 1984 in die Bundesverfassung aufgenommen worden waren, wurden verstanden als «objektivrechtliche Anforderungen an Radio und Fernsehen mit dem Ziel, die Grundrechtverwirklichung auf Seiten des Publikums zu garantieren».⁸¹

Bei der Ausgestaltung der Medienordnung, die auch die Kommunikation auf den Internet-Plattformen erfasst, stehen die objektiv-rechtlichen Gehalte vorerst im Zentrum.⁸² Individualrechte stehen in diesem Zusammenhang noch im Hintergrund, weil die entsprechenden Durchsetzungsmechanismen bei der Kommunikation im Internet heute zum Teil erst embryonal ausgebildet sind. So stösst die Wirksamkeit gerichtlicher Durchsetzung individual-rechtlicher Ansprüche regelmässig an die hohen Hürden der länderübergreifenden Ausdehnung des Internets.⁸³ Aus objektiv-rechtlicher Sicht ist das gesamtgesellschaftlichen Anliegen einer Kommunikationsstruktur zu verwirklichen, welche eine demokratische Willensbildung ermöglicht und die Grundlagen für demokratisch möglichst legitime Entscheide sichert, unter den Bedingungen der Kommunikation im Internet.

Vor diesem Hintergrund kommt dem Staat eine gewisse Gewährleistungsverantwortung dahingehend zu, Pluralismus und Meinungsvielfalt auch in den Kommunikationskanälen des Internet zu sichern.⁸⁴ Angesichts der ausgeprägten Marktmacht grosser Internet-Intermediäre erstreckt sich die staatliche Gewährleistungspflicht gerade auch auf sie. Dabei ist ein Mindestmass an Integrität der öffentlichen Auseinandersetzung zu Fragen von gesellschaftlichem Interesse zu garantieren, um die Voraussetzungen für die demokratische Selbstgesetzgebung zu sichern.⁸⁵ Zentral ist zudem die Unterscheidung, einerseits die Kanäle der Auseinandersetzung über Fragen von gesellschaftlichem Interesse vor zielgerichteter Verzerrung und Beeinflussung zu schützen und andererseits die Qualität der öffentlichen Debatte zu sichern.⁸⁶

In struktureller Hinsicht zielen solche Massnahmen auf die Schaffung von Verständigungsverhältnissen, die offen sind für alle Argumente zu einem Thema, in denen diese Argumente Gehör finden und

⁷⁸ Art. 7 der Helvetischen Verfassung, abgedruckt in: Quellenbuch zur Verfassungsgeschichte I, S. 127; dazu MARTIN DUMERMUTH, Subjektive und objektive Elemente der Radio- und Fernsehfreiheit, in: Rolf Sethe/Andreas Heinemann/ Reto M. Hilty/Peter Nobel/Roger Zäch, Kommunikation. Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, S. 671 f.

⁷⁹ KÖLZ, Verfassungsgeschichte I, S. 131.

⁸⁰ DUMERMUTH, Subjektive und objektive Elemente (Fn. 78), S. 672; BGE 104 Ib 239 S. 243 (E. 5a).

⁸¹ DUMERMUTH, Subjektive und objektive Elemente (Fn. 78), S. 675. Vgl. ähnlich der MRA in MRA, General Comment No. 34 vom 12.9.2011, Ziff. 40 (zur Pflicht der Staaten, Meinungspluralität in den Massenmedien im Allgemeinen sicherzustellen).

⁸² WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, Medienregulierung als objektiv-rechtlicher Grundrechtsauftrag, in: Derselbe, Wandel der Medienordnung, Baden-Baden 2009, S. 218 ff. Vgl. WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, Regelungsstrukturen für öffentliche Kommunikation im Internet, AöR 2012, S. 523 ff.

⁸³ Vgl. HOFFMANN-RIEM, Regelungsstrukturen (Fn. 82), S. 526; WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, Selbstregulierung, Selbstregulierung und regulierte Selbstregulierung im digitalen Kontext, in: Michael Fehling/Utz Schliesky (Hrsg.), Neue Macht- und Verantwortungsstrukturen in der digitalen Welt, Baden-Baden 2016, S.33 f.

⁸⁴ PILLE (Fn. 15), S. 204ff.

⁸⁵ OWEN FISS, Free Speech and Social Structure, Iowa Law Review, Vol. 71 (1986), S. 1405 ff.

⁸⁶ WU, Is The First Amendment Obsolete? (Fn. 18), S. 573.

auf der Grundlage ihrer Überzeugungskraft Wirkung entfalten können. Diese Verhältnisse sind möglichst reziprok auszugestalten. Insbesondere ist die Ausübung etwa wirtschaftlicher Macht und das Entstehen von Zwängen zu verhindern, sind Manipulation und Täuschung zu vermeiden und Asymmetrien möglichst aufzulösen.

Die Funktion der Kommunikationsgrundrechte, die selbstbestimmte Entfaltung der Persönlichkeit zu gewährleisten, wird auf objektiv-rechtlicher Ebene insbesondere dadurch verfolgt, dass jeder Einzelne – und nicht nur die auch von ihm vertretenen Argumente – an der öffentlichen Kommunikation auf der Basis gleicher Massgeblichkeit teilnehmen kann und gehört wird.⁸⁷ Dies fordert vom Einzelnen den Willen zur Wahrhaftigkeit, Verständlichkeit und einer gewissen Empathie. Diese sind nicht durch eine mit Zwangsmitteln ausgestattete Diskurspolizei durchzusetzen, sondern mit strukturellen Massnahmen herauszubilden und fortzuentwickeln.

Vor diesem normativen Hintergrund zielen die objektiv-rechtlichen Gehalte der Kommunikationsgrundrechte bei der öffentlichen Kommunikation auf Internet-Plattformen⁸⁸ etwa auf die folgenden Problemlagen:

Die Einräumung gewisser elementarer Gleichheit in den Kommunikationschancen setzt u.a. voraus, dass der Einzelne Zugang zur informationellen Infrastruktur hat und diese seine Meinungen unter den vergleichbaren Bedingungen verbreitet, wie dies mit den Meinungen anderer geschieht.⁸⁹ Die Kommunikationsgrundrechte verlangen diesbezüglich sowohl eine minimale Grundversorgung infrastruktureller Art als auch eine grundsätzliche Netzneutralität bei der Datenübertragung.⁹⁰ Entsprechend garantiert das Fernmeldegesetz im Rahmen der Grundversorgung auch die Möglichkeit, Daten zu übertragen⁹¹ und gewährleistet grundsätzlich ihre neutrale Übertragung.⁹²

Machtausübung und Manipulation können in der informationstechnisch vermittelten Kommunikation offen, aber auch verborgen erfolgen. Gegen verborgene Einflussnahmen kommen die Kommunikationsgrundrechte primär in ihren objektiv-rechtlichen Gehalten zum Tragen. In Frage stehen etwa die beherrschende Stellung einzelner Anbieter informationstechnischer Dienstleistungen, verbunden mit ihren Tätigkeiten auch als Anbieter von Inhalten, als Wächter über die Grenzen vertretbarer Inhalte und als Vermittler nachgesuchter Informationen.⁹³

⁸⁷ Zur Garantie einer minimalen Gleichheit der Teilnahme an der öffentlichen Meinungsbildung SCHAUER, Free speech (Fn. 31), S. 26.

⁸⁸ Zentral zur Regulierung des Internet TIM WU, The Master Switch, New York NY 2011.

⁸⁹ Zu grundrechtlichen Anforderungen mit Bezug auf Netzneutralität LENNART ZIEBARTH, Die Netzneutralität des Grundgesetzes, Hamburg 2016, S. 45 ff.

⁹⁰ Grundlegend zur Neutralität der Informationsübertragung TIM WU, Network Neutrality, Broadband Discrimination, J. on Telecomm. & High Tech. L. 141 ff. (2003); seither insbesondere DAWN C. NUNZIATO, Virtual Freedom, Stanford CA 2009; CHRISTOPHER T. MARSDEN, Network Neutrality: From Policy to Law Regulation, Manchester 2017, insb. S. 27-47. Mit Bezug auf Schweizer Verhältnisse BAKOM, Netzneutralität: Bericht zur Arbeitsgruppe vom 23. Oktober 2014.

⁹¹ Art. 16 Abs. 1 lit. a FMG.

⁹² Vgl. Art. 12e FMG. Diese Bestimmung wurde erst in den Räten aufgenommen. Der Bundesrat hatte sich noch mit Transparenzvorschriften begnügt; Botschaft zur Revision des Fernmeldegesetzes vom 6. September 2017, BBl 2017, 6617 f.

⁹³ HOFFMANN-RIEM, Regelungsstrukturen (Fn. 82), S. 534 ff.; HOFFMANN-RIEM, Selbstregulierung, Selbstregulierung und regulierte Selbstregulierung (Fn. 83), S. 34 ff.

Auf der Ebene der Gesetzesanwendung kommen auf solche Fragen bisher primär wettbewerbsrechtliche Regelungen zur Anwendung.⁹⁴ Diese zielen auf die wirtschaftlichen Verzerrungen, die von der beherrschenden Stellung von Diensteanbietern ausgehen können⁹⁵, betreffen mittelbar aber auch grundrechtliche Fragen der Kommunikation. Aus Sicht der Kommunikationsgrundrechte wäre die Verhinderung verzerrender Einflüsse auf die Bildung und Äusserung von Meinungen anzustreben. Dabei können nicht Inhalte im Zentrum stehen, sondern es sind technisch begründete Probleme anzuviseieren, wie etwa die Auswirkungen der eingesetzten Algorithmen.⁹⁶

Heute werden die grossen Diensteanbieter⁹⁷ und insbesondere auch die Hostingdiensteanbieter⁹⁸ u.a. von Organen der Staaten und der EU angehalten, eine gewisse Inhaltskontrolle der durch sie verbreiteten Meinungen vorzunehmen.⁹⁹ Diese Massnahmen zielen jedoch primär auf den Persönlichkeitsschutz, auf die Bekämpfung des Terrorismus und von Kinderpornographie, sowie auf den Schutz geistigen Eigentums; sie können nur sehr beschränkt als Ausfluss objektiv-rechtlicher Verpflichtungen der Kommunikationsgrundrechte verstanden werden.¹⁰⁰

Die Kommerzialisierung des Kommunikationsverhaltens kann offene Kommunikationsprozesse bedrohen.¹⁰¹ So mag beispielsweise für die Auftraggeber von Werbung auf einer Internet-Plattform zu recht relevant sein, wie häufig und wie lange ein Beitrag von den Benutzern geöffnet wird. Verwendet man diese beiden Kriterien aber dafür, um die Grösse, die Reihenfolge und die Dauer der Aufschaltung der

⁹⁴ Siehe etwa die beiden wohl prominentesten Verfahren gegenüber Google/Alphabet mit einer Busse in der Höhe von 2.4 Mia. € in European Commission, Case AT.39740 – Google Search (Shopping), 27/06/2017, oder mit einer Busse in Höhe von 4.3 Mia. € in European Commission, Case AT.40099 – Google Android, 18/07/2018.

⁹⁵ Siehe etwa WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, Selbstregelung, Selbstregulierung und regulierte Selbstregulierung (Fn. 83), S. 43, 47 f.

⁹⁶ Von Seiten des Europarats siehe Council of Europe Study DGI(2017)12, Algorithms and Human Rights, March 2018, S. 16 ff.; von Seiten der UNO Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right of Freedom of Opinion and Expression, 29 August 2018, A/73/348, Ziff. 19 ff. Eugene Volokh führt in einer Studie für Google aus, die Ergebnisse einer Google-Suche stünden unter dem Schutz der Meinungsfreiheit, weil die Auswahl der Ergebnisse durch den Algorithmus eine analoge Funktion wahrnehme wie der Herausgeber einer Zeitschrift. Siehe EUGENE VOLOKH, 8 J. of L., Econ. & Pol’y 883 ff. (2012). Damit macht er auch deutlich, wie stark solche Algorithmen den Kommunikationsprozess beeinflussen können. Diese Argumentationslinie, wenn auch differenzierter, verfolgt auch STUART MINOR BENJAMIN, Algorithms and Speech, 161 U. Pa. L. Rev. 1445 ff. (2013).

⁹⁷ Siehe etwa Code of Conduct on Countering Illegal Hate Speech Online, May 31, 2016; EU Code of Practice on Disinformation, September 26, 2018.

⁹⁸ Empfehlung der Kommission vom 1.3.2018 für wirksame Massnahmen im Umgang mit illegalen Online-Inhalten, C(2018) 1177 final, mit Hinweisen.

⁹⁹ In der Schweiz fehlt eine explizite Regelung zur Verantwortlichkeit von Hosting- und allenfalls auch Access-Diensteanbietern. Diskutiert wird die Frage aber im Zusammenhang mit einer allfälligen zivilrechtlichen Verantwortlichkeit für aufgeschaltete Inhalte im Rahmen von Art. 28 ZGB (Urteil 5A_792/2011 vom 14.1.2013, E. 6.2 f. für Beiträge in einem Leserblog der Tribune de Genève) und insb. als Frage der Einordnung solcher Anbieter in die Regelung von Art. 28 StGB. ZELLER, BSK-StGB, Art. 28 N 96 sowie N 101 ff. vertritt die Ansicht, es sei mangels bestimmenden Einflusses von Hosting-Diensteanbietern, Betreibern von Suchmaschinen und ähnlichen Anbietern kaum möglich, auf deren subsidiäre Verantwortlichkeit im Rahmen von Art. 28 Abs. 2 StGB zu schliessen.

¹⁰⁰ Auch die beiden Social Media-Berichte des Bundesrates widmen sich den Verzerrungen öffentlicher Kommunikation durch die Struktur des Internet eher am Rande. Rechtliche Basis für Social Media: Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Amherd 11.3912 vom 29. September 2011, vom 9. Oktober 2013, S. 14f.; Rechtliche Basis für Social Media: Erneute Standortbestimmung, vom 10. Mai 2017, S. 10 f.

Der Code of Conduct on Countering Illegal Hate Speech Online, May 31, 2016 führt im zweiten Absatz unter Hinweis auf das Handyside-Urteil des EGMR aus, die IT-Firmen und die Kommission hoben die Notwendigkeit hervor, die Meinungsfreiheit zu schützen. Die Bedeutung dieses Passus erschliesst sich aus dem Text nur schwer.

¹⁰¹ HOFFMANN-RIEM, Regelungsstrukturen (Fn. 83), S. 536.

Beiträge zu bestimmen, wird den genannten Kriterien eine inhaltliche Bedeutung gegeben, die ihnen nicht notwendigerweise zukommt. Neu ist dabei nicht, dass öffentliche Kommunikation in einem wirtschaftlichen Umfeld stattfindet und dadurch auch ökonomischen Einflüssen unterliegt; neu scheinen uns aber sowohl das Ausmass als auch die Individualisierung der wirtschaftlich motivierten Konsequenzen. So wird beispielsweise nicht nur wirtschaftliche Werbung gestützt auf das Leseverhalten individualisiert, sondern auch politische Werbung, aber auch Verweise auf inhaltliche Beiträge¹⁰² können zielgerichtet an den Einzelnen adressiert werden. Daraus entstehende Phänomene wie jene der «Cyber Cascades»¹⁰³, der «Echo Chambers» und der «Filter Fubbles»¹⁰⁴ sind mittlerweile breit diskutiert worden.¹⁰⁵

Ebenfalls vorwiegend Fragen der objektiv-rechtlichen Gehalte stellt die Verbreitung falscher, irreführender oder verschwörungstheoretischer Nachrichten.¹⁰⁶ Eingesetzt zum Zweck politischer Manipulation, verbreiten sich solche Nachrichten schneller, weiter und tiefer als jene, welche eine möglichst sachgerechte Darstellung anstreben. Dieses Phänomen ist zudem bei politischen Informationen noch ausgeprägter als bei Nachrichten etwa über Naturkatastrophen, Finanzfragen u.dgl.¹⁰⁷

Weitere Internet-spezifische Verzerrungsgefahren der öffentlichen Kommunikation können vom Einsatz von Internet-Bots, insbesondere von Chat-Bots herrühren. Die anspruchsvolleren dieser Programme «lernen» aus den Mitteilungen realer Menschen, mit denen sie kommunizieren, und entwickeln daraus auch ihre inhaltlichen Äusserungen weiter.¹⁰⁸ Gesetzgeberische Massnahmen wie die Verpflichtung, Äusserungen von Bots als solche zu kennzeichnen (sog. «bot disclosure laws»)¹⁰⁹, können als Ausdruck der objektiv-rechtlichen Verpflichtungen der Kommunikationsgrundrechte verstanden werden. Sie stellen ihrerseits aber wiederum Fragen des Schutzbereichs der Meinungsfreiheit¹¹⁰ sowie der zulässigen Einschränkung von Meinungsäusserungen.¹¹¹

Selbstregulierung

Die Garantie und Verwirklichung der Kommunikationsgrundrechte mit den Mitteln des Staates wird heute ergänzt durch Regelungen und Prozesse der Selbstregulierung. Die gemeinsame Klammer der Grundrechte differenziert sich dabei aus, indem die staatlichen Mechanismen primär mit der Figur des

¹⁰² Ein bekanntes Beispiel stellt die Rubrik «Empfehlungen für Sie» auf amazon.de dar.

¹⁰³ Grundlegend CASS R. SUNSTEIN, Republic.com 2.0, Princeton NJ 2007, S. 46 ff.; neuer CASS R. SUNSTEIN, #republic, Princeton NJ 2017, S. 98 ff.

¹⁰⁴ Dazu ELI PARISER, The Filter Bubble, London 2011.

¹⁰⁵ Mehr dazu unten Kapitel V, 6 sowie Kapitel VI, 4f und Kapitel VII, 5.

¹⁰⁶ Zu Verschwörungstheorien EIRIKUR BERGMANN, Conspiracy and Populism, Cham 2018.

¹⁰⁷ SAROUSH VASOUGHI/DEB ROY/SINAN ARAL, The spread of true and false news online, Science 359, S. 1146 ff. (2018).

¹⁰⁸ Instruktiv TONI M. MASSARO/HELEN NORTON/MARGOT E. KAMINSKI, SIRI-OUSLY 2.0: What Artificial Intelligence Reveals About the First Amendment, Minnesota Law Review 2017, Vol. 101, S. 2481 ff.

¹⁰⁹ Siehe das Gesetz Kaliforniens vom 28. September 2018, i.K. 1. Juli 2019: CAL BUS. & PROF. CODE, § 1749 ff. (West 2019). Dieses Gesetz verbietet den Einsatz von Bots zur Kommunikation in einer Weise, welche über die künstliche Urheberschaft der Äusserung täuscht, um damit Dritte bewusst über den Inhalt der Kommunikation irrezuführen und sie so zu einer wirtschaftlichen Transaktion zu bewegen oder die freie Willensbildung vor Wahlen und Abstimmungen zu manipulieren.

¹¹⁰ STUART MINOR BENJAMIN, Algorithms and Speech, University of Pennsylvania Law Review 2013, Vol. 161, S. 1445ff.; TIM WU, Machine Speech, 161 U. Pa. L. Rev. 1495 (2013) und TONI M. MASSARO/HELEN NORTON/MARGOT E. KAMINSKI, SIRI-OUSLY 2.0: What Artificial Intelligence Reveals About the First Amendment, Minnesota Law Review 2017, Vol. 101, S. 2481 ff.

¹¹¹ Siehe dazu unten Kapitel VII, 5 und dazu MADELINE LAMO/Ryan CALO, Regulating Bot Speech, UCLA Law Review 2019, Vol. 66, S. 998 ff.

Rechts arbeiten, während die Instrumente der Selbstregulierung vielfältiger sind, von der Ethik über Regeln der Governance grosser Diensteanbieter bis zu vertraglichen Vereinbarungen mit den Endbenutzern. Dabei beeinflussen sich die beiden Regelungstypen gegenseitig in vielfältiger Weise.¹¹²

Prominente Ausprägungen der Selbstregulierung finden sich heute für den Bereich der Medien im Journalisten-Kodex und institutionell damit verknüpft dem Presserat, oder für Fragen der Werbung in der Schweizerischen Lauterkeitskommission. Eine Mischform zwischen staatlicher und Selbstregulierung stellen die Ombudsstellen der SRG dar.¹¹³ Solche Prozeduren sind darauf ausgerichtet, den erhöhten Wahrheits- und Richtigkeitsanspruch der Medien einzulösen.¹¹⁴

Besondere Aktualität erhält die Verwirklichung der Kommunikationsgrundrechte mit den Mitteln der Selbstregulierung bei der Kommunikation im Internet.¹¹⁵ Auch auf diese finden die Regeln der Rechtsordnung Anwendung, können aufgrund ihrer territorialen Beschränkung u.U. aber global wirkende Kommunikationen nur schwer einfangen. Staatenübergreifende rechtliche Regelungen bilden sich etwa in der EU mit dem Datenschutzrecht heraus, das zum Teil wichtige Fragen der Kommunikation erfasst¹¹⁶; und auch der Europarat regelt Fragen im Zusammenhang mit dem Datenschutz.¹¹⁷ Zudem entwickeln sowohl der EGMR als auch der UNO-Menschenrechtsausschuss im Rahmen von Art. 10 EMRK resp. Art. 19 UNO-Pakt II langsam ein entsprechendes staatenübergreifendes Fallrecht.¹¹⁸

Den Regelungen der einzelnen Staaten kann in vielen Fällen relativ leicht ausgewichen werden, und ihre Durchsetzung kann auf praktisch kaum überwindbare Hindernisse stossen. Diese Erschwernisse werden durch die monopolähnlichen Strukturen der Diensteanbieter im Internet noch zugespitzt. Vor diesem Hintergrund entwickelt sich eine grosse Vielfalt unterschiedlicher Formen der Selbstregulierung. HOFFMANN-RIEM geht davon aus, «dass in digitalen Kontexten privat-gesellschaftliche Selbstregelungen und -regulierungen erheblich bedeutsamer sind als hoheitlich gesetztes Recht».¹¹⁹ Im Rahmen der Selbstregulierung entwickelt sich eine eigentliche «Governance» der grossen Diensteanbieter. Sie folgt aus der Einsicht, dass solche Unternehmen die gesellschaftliche Kommunikation nicht mehr nur

¹¹² Zum Verhältnis zwischen Medienrecht und Medienethik VERENA STAUFFACHER, *Angewandte Medienethik*, Zürich 2005, S. 9 ff.; MICHAEL WIDMER, *Das Verhältnis zwischen Medienrecht und Medienethik*, Bern 2003, S. 45 ff.; FRANZ ZELLER, *Öffentliches und internationales Medienrecht*, Skriptum 2012, S. 109 ff.

¹¹³ Dies insofern, als dass die Ombudsstellen rechtlich vorgesehen sind (Art. 91 RTVG), sie in ihrer Beurteilung von Äusserungen aber auf die Medienethik Bezug nehmen. So RENÉ RHINOW, *Medienethik: Kompass für Medienschaffende und Ombudsstellen*, in: Roger Blum/Ignaz Staub (Hrsg.), *Die Klagemauern der Schweizer Medien*, 2017 (online), S. 19. Vgl. ZELLER (Fn. 112), S. 110 f.

¹¹⁴ Sie sollen wohl auch helfen, die Entstehung neuer rechtlicher Vorschriften zu verhindern und sind vielleicht wirtschaftlicher als jene des Staates. Dazu VERENA STAUFFACHER, *Angewandte Medienethik*, Zürich 2005, S. 10; WIDMER (Fn. 112), S. 80 ff.; ZELLER (Fn. 112), S. 110.

¹¹⁵ Zentral HOFFMANN-RIEM, *Selbstregelung, Selbstregulierung und regulierte Selbstregulierung* (Fn. 83), S. 27 ff.; HOFFMANN-RIEM, *Regelungsstrukturen* (Fn. 83), S. 530-533; JACK M. BALKIN, *Free Speech is a Triangle*, *Columbia Law Review* 2018, Vol. I 18, S. 2011 ff.; KATE KLONICK, *The New Governors*, *Harvard Law Review* 2018, Vol. 131, S. 1598 ff., je m.H.

¹¹⁶ Relevante Rechtsgrundlage ist primär die Datenschutz-Grundverordnung (VO (EU) 2016/679) vom 27.4.2016. Prominent in der Anwendung und mit Auswirkungen auf die Kommunikationsgrundrechte etwa Urteil EuGH, C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. g. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)* vom 13.5.2014.

¹¹⁷ Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten vom 28.1.1981 (Konvention 108), SR 0.235.1.

¹¹⁸ Zur Rechtsfortbildung im Rahmen der EMRK ELISABETH CHIARIELLO, *Der Richter als Verfassungsgeber*, Zürich/St. Gallen 2009, S. 212 ff.

¹¹⁹ HOFFMANN-RIEM, *Selbstregelung, Selbstregulierung und regulierte Selbstregulierung* (Fn. 83), S. 34.

lediglich fördern oder behindern können, sondern dass sie mit ihren eigenen Regeln die Strukturen gesellschaftlicher Kommunikation tiefgreifend prägen.¹²⁰

Die Formen der Selbstregulierung reichen von der Ausgestaltung individueller Geschäftsmodelle über Branchenregelungen, hybride Ordnungen von Staat und Unternehmen, bis zu staatlich, international oder supranational geprüfter Selbstregulierung.¹²¹ Die bisherigen Erfahrungen zeigen, dass insbesondere die grossen, weltweit tätigen Internet-Intermediäre oftmals aufgrund eines hoheitlichen Anstosses zur Selbstregulierung tätig werden.¹²²

Entsprechend hat die EU verschiedene hybride Instrumente erarbeitet, wie die beiden «Codes of Conduct» zu Fragen des Umgangs grosser Internetunternehmen mit «hate speech»¹²³ und mit Falschinformation («fake news»)¹²⁴ aus den Jahren 2016 und 2018. Darin verpflichten sich die unterzeichnenden Unternehmen¹²⁵ etwa dazu, eine inhaltliche Kontrolle der bei ihnen aufgeschalteten Publikationen vorzunehmen und sie gegebenenfalls zu löschen.

Bei diesen Arten der Selbstregulierung ziehen die privaten Diensteanbieter die Grenzen zulässiger Meinungsäusserung im Internet¹²⁶. Die objektiv-rechtlichen Gehalte der Kommunikationsgrundrechte zielen zusätzlich auf die Verwirklichung der für eine demokratische Auseinandersetzung erforderlichen Kommunikationsstrukturen. Solche Massnahmen sind in den grösseren Rahmen der Regelwerke über die Verantwortung von Unternehmen der Gesellschaft gegenüber («Corporate Social Responsibility»¹²⁷) zu stellen. Diese nehmen die hier im Zentrum stehenden Fragestellungen bisher aber eher am Rande auf.¹²⁸

Die vielfältigen Formen der Selbstregulierung sind aus grundrechtlicher Sicht differenziert zu beurteilen. Erlassen private Unternehmen eigene Governance-Regelungen und dergleichen, bewegen sie sich auf dem Boden des Privatrechts mit seinem rechtlichen Rahmen. Hier ist aus grundrechtlicher Sicht primär danach zu fragen, welche Gewährleistungspflichten den Behörden (inkl. den Gerichten) zukommen, um die elementaren grundrechtlichen Gehalte in den betroffenen Verhältnissen unter Privaten

¹²⁰ KATE KLONICK, *The New Governors*, Harvard Law Review 2018, Vol. 131, S. 1598.

¹²¹ Eingehend HOFFMANN-RIEM, *Selbstregelung, Selbstregulierung und regulierte Selbstregulierung* (Fn. 83), S. 36 ff.

¹²² So die Erkenntnis auf der Grundlage einer umfassenden Analyse der Kommunikationsstrukturen des Internet von EMILY B. LAIDLAW, *Regulating Speech in Cyberspace*, Cambridge 2015, insb. S. 233. Vgl. die Beispiele «staatlich beeinflusster» (Selbst-)Regulierung bei HOFFMANN-RIEM, *Selbstregelung, Selbstregulierung und regulierte Selbstregulierung* (Fn. 83), S. 41 ff.

¹²³ EU Code of Conduct on Countering Illegal Hate Speech Online vom 31. Mai 2013.

¹²⁴ EU Code of Practice on Disinformation vom 26. September 2018.

¹²⁵ Den Code of Conduct über Hate Speech haben bisher Facebook, Microsoft, Twitter, YouTube, Instagram, Google+, Snapchat und Dailymotion unterzeichnet.

¹²⁶ JACK M. BALKIN, *Old-School/New-School Speech Regulation*, Harvard Law Review 2017, Vol. 127, S. 2296, 2324 ff.

¹²⁷ Zentral im Rahmen der UNO die Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework, 21 March 2011, UN Doc. A/HRC/17/31 (principle 11), und dazu den Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression vom 29. August 2018, UN Doc. A/73/348, Ziff. 21.; im Rahmen der OECD die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen 2011, einsehbar auf Deutsch unter <https://www.seco.admin.ch/dam/seco/de/dokumente/Aussenwirtschaft/Wirtschaftsbeziehungen/NKP/OECD-Leits%C3%A4tze.pdf.download.pdf/OECD-Leits%C3%A4tze%20f%C3%BCr%20multinationale%20Unternehmen%202011.pdf> (24.1.2019).

¹²⁸ Siehe insb. Leitsatz Ziff. B.1. der OECD-Leitsätze (Fn. 127).

zu wahren. Die rechtlichen Strukturen zur grundrechtlichen Einbindung derartiger Konstellationen sind mittlerweile hoch entwickelt.

Problematischer erscheinen jene Formen der Selbstregulierung, in denen hybride Ordnungen von Staat und Unternehmen entstehen, oder in denen private Regelungen einer vorgängigen Prüfung durch staatliche Behörden unterzogen werden. Regelmässig versucht der Staat – oder supra- oder internationale Organisationen –, auf diese Weise Druck auf die privaten Intermediäre auszuüben, um diese zu einer Regelung zu motivieren. Die entstehenden Governance-Regelungen der Intermediäre sind in der Folge formell regelmässig privatrechtlicher Art, aber hoheitlich angestossen.

Findet ein derartiger Anstoss seine Grundlagen in den regulären Formen der Rechtsetzung, individuell-konkret umgesetzt in den anerkannten Formen des Verwaltungshandelns, kann er gegebenenfalls als legitime Ausübung einer grundrechtlichen Gewährleistungspflicht verstanden werden. In dieser Situation ist sichergestellt, dass auf Ebene der Rechtsetzung die erforderlichen legislativen Verfahren durchgeführt wurden, und dass auf der Ebene der Rechtsanwendung die anwendbaren Verwaltungsverfahren eingehalten wurden und die Rechtspflegeverfahren zur Verfügung stehen.

Fehlen diese Voraussetzungen, indem beispielsweise eine den demokratischen und rechtsstaatlichen Verfahren weitgehend entzogene Vereinbarung zwischen Intermediär einerseits und staatlicher, supra- oder internationaler Behörde andererseits die Grundlage für die Selbstregulierung darstellt, sind die Voraussetzungen für eine rechtmässige Ausübung staatlicher Handlungen im Allgemeinen und von staatlichen Gewährleistungspflichten im Besonderen nicht mehr erfüllt.

Im Folgenden wird aus diesen Gründen daran festgehalten, dass die Ausübung einer staatlichen Gewährleistungspflicht aus Grundrechten stets in den demokratisch und rechtsstaatlich anerkannten Formen staatlichen Handelns erfolgen muss. Art und Umfang der von staatlicher Seite erwarteten Selbstregulierung sind mit der nötigen Präzision zu umschreiben, und es ist sicherzustellen, dass keine etwa durch vage Bestimmungen verursachte überschliessende Regulierung – mit den Folgen eines *Chilling Effect* – durch den Intermediär erfolgt.

2. Zusammenfassung: Grundstrukturen der Kommunikationsgrundrechte

Vor dem bisher skizzierten Hintergrund lassen sich die Grundstrukturen der Kommunikationsgrundrechte folgendermassen zusammenfassen:

Die Meinungsfreiheit bezweckt, den demokratischen Diskurs zu sichern und die Entfaltung individueller Persönlichkeit zu ermöglichen. Im Zentrum ihres Schutzes stehen Äusserungen von gesellschaftlichem Interesse. In der öffentlichen Auseinandersetzung zu solchen Fragen muss eine möglichst grosse Vielfalt an Meinungen und Ansichten geäussert werden können. Zudem soll jeder Einzelne die Möglichkeit haben, am öffentlichen Diskurs teilnehmen zu können; ein Individualanspruch auf chancengleiche Teilnahme oder darauf, gehört zu werden, besteht jedoch nicht. Den Medien kommt eine besondere Bedeutung insbesondere in der Ermöglichung eines öffentlichen Diskurses und der Vermittlung vielfältiger Meinungen zu.¹²⁹ Dies gilt insbesondere auch für gewisse Internet-Intermediäre. Um diese

¹²⁹ Vgl. für viele etwa BGE 137 I 209 S. 211 f. (E. 4.2); EGMR *Jersild v. Dänemark* (GC), Nr. 15890/89 (1994), § 31. Vgl. KELLNER (Fn.8), S. 29 (m.w.H); ROBERTO PEDUZZI, *Meinungs- und Medienfreiheit in der Schweiz*, Zürich 2004, S. 119; FRANZ ZELLER/REGINA KIENER, in: *Basler Kommentar*, Art. 17 N 8.

Funktion wahrnehmen zu können, ist dort eine gewisse Innenpluralität erforderlich, wo der öffentliche Diskurs von wenigen Medien oder Internet-Intermediären geprägt wird.

Die Meinungsfreiheit kommt allen natürlichen und juristischen Personen zu. Ein Wohnsitz- oder Sitzfordernis in der Schweiz besteht nicht.

Eingriffe des Staates in die Meinungsfreiheit müssen im Grundsatz inhaltlich neutral erfolgen; das bedeutet insbesondere, dass sie grundsätzlich nicht wegen des Inhalts oder der politischen Richtung einer Meinung getroffen werden oder signifikante Auswirkungen darauf haben dürfen. Ausnahmen müssen präzise auf ihr Regelungsziel zugeschnitten sein, welches seinerseits im Schutz besonders hochwertiger Rechtsgüter konkreter Menschen bestehen muss, müssen eingehend begründet werden und sind restriktiv zu handhaben.

Die Meinungsfreiheit auferlegt dem Staat auch gewisse Gewährleistungspflichten. Diese sollen einerseits die Einzelnen darin schützen, in minimaler Weise von ihrer Meinungsfreiheit Gebrauch machen zu können und sind andererseits darauf ausgerichtet, die Vielfalt der in der öffentlichen Auseinandersetzung zu Worte kommenden Meinungen zu gewährleisten. Eine generelle staatliche Pflicht zur Sicherstellung einer qualitativ hochstehenden öffentlichen Auseinandersetzung über Fragen von gesellschaftlichem Interesse besteht jedoch nicht. Im Rahmen von Radio und Fernsehen verankert Art. 93 BV spezifische Gewährleistungspflichten.

In der Wahrnehmung seiner Gewährleistungspflichten bleibt der Staat an die Grundrechte der von der Regulierung Betroffenen gebunden. Dies bedeutet insbesondere, dass Eingriffe in deren Grundrechte, die in Ausübung einer Gewährleistungspflicht erfolgen, nur unter Einhaltung jener Grundsätze zulässig sind, die insbesondere Art. 36 BV ausdrücklich verankert. Für die Regulierung von Internet-Intermediären heisst dies insbesondere, dass deren Wirtschaftsfreiheit und Meinungsfreiheit nur so weit beschränkt werden dürfen, als dies mit den insbesondere in Art. 36 BV verankerten Grundsätzen zulässiger Einschränkung vereinbar ist. Die Pflicht des Staates zur Gewährleistung der Meinungsfreiheit im Internet einerseits und die Grundrechte der von einer gestützt darauf erfolgten Regulierung betroffenen Internet-Intermediären andererseits sind entsprechend miteinander in einen Ausgleich zu bringen.

3. Positiv-rechtliche Ausprägungen bestehender Schutz- und Gewährleistungspflichten

Wie oben festgehalten, auferlegt die Meinungsfreiheit dem Staat auch gewisse Schutz- und Gewährleistungspflichten. Derartige Pflichten manifestieren sich in den unterschiedlichen Massnahmen, die der Staat zur Verwirklichung der Kommunikationsgrundrechte trifft. Schutz- und Gewährleistungspflichten ergeben sich aus der objektiv-rechtlichen Dimension der Grundrechte und sie spiegeln in materieller Hinsicht die Grundstrukturen der jeweiligen Grundrechte und ihre Funktionen wider.¹³⁰

So ist heute anerkannt, dass die Kommunikationsgrundrechte den Grundrechtsbetroffenen nicht nur Abwehransprüche gegenüber dem Staat vermitteln, sondern letzteren auch dazu verpflichten, den Grundrechten in der ganzen Rechtsordnung Geltung zu verschaffen und so die Ausübung und Verwirklichung der Grundrechte zu ermöglichen.¹³¹ Die Anerkennung dieser objektiv-rechtlichen Dimension

¹³⁰ Vgl. WOLFGANG SCHULZ, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung, S. 46 ff.

¹³¹ MÜLLER, Verwirklichung der Grundrechte (Fn. 61), S. 50 ff.; SCHULZE-FIELTZ, Dreier GG-Kommentar, Art. 5 I, II N 213, 218.

gerade auch der Kommunikationsgrundrechte führte in der dogmatischen Entwicklung der Grundrechte zur Anerkennung unterschiedlicher staatlicher Schutz- bzw. Gewährleistungs- oder auch Leistungspflichten: Dies im Sinne, dass sich aus dieser Schutz- oder Gewährleistungsdimension der Grundrechte konkrete Anforderungen an den Staat geben, in allen Bereichen der Rechtsanwendung aber auch der Rechtsetzung, Grundrechtspositionen vor bestimmten Gefährdungslagen zu schützen oder für die Grundrechtsverwirklichung notwendige Strukturen zu gewährleisten.¹³²

Dabei ist das Bestehen einer Schutz- oder Gewährleistungspflicht vom Bestehen eines individuellen Anspruchs auf Schutz oder Leistung gegenüber dem Staat abzugrenzen. Nur in seltenen Fällen räumen Schutz- oder Gewährleistungspflichten den Grundrechtsbetroffenen einen direkt durchsetzbaren Schutzanspruch ein (und wäre bei Untätigbleiben eine Verletzung der Grundrechte festzustellen).¹³³

Insgesamt wird der Begriff der Schutzpflicht in der Lehre und Rechtsprechung einigermaßen uneinheitlich verwendet.¹³⁴ Regelmässig wird mit dem Begriff «Schutzpflicht» die Pflicht des Staates umschrieben, tätig zu werden zum Schutz individueller Grundrechtspositionen vor Eingriffen anderer Privater (oder auch Risiken der Zivilisation).¹³⁵ So bestätigt das Bundesgericht in mehreren Urteilen das Bestehen derartiger grundrechtlicher Schutzpflichten, betont aber jeweils auch, dass diese keinen absoluten Schutz gegen jegliche Beeinträchtigung und Risiken gewähren.¹³⁶ Der EGMR hält im Kontext von Art. 10 EMRK in konstanter Praxis fest, dass die Kommunikationsgrundrechte zu ihrer Verwirklichung auf staatliche Schutzmassnahmen angewiesen sind und entsprechend dem Staat unter bestimmten Umständen insbesondere auch eine Pflicht auferlegen können, Private vor Eingriffen anderer Privater zu schützen.¹³⁷ Auf dieses Element der Rechtsprechung des EGMR verweist auch das Bundesgericht.¹³⁸

Im Kontext der vorliegenden Studie dürften allerdings weniger derartige, auf den Schutz konkreter Einzelner bezogene Handlungspflichten des Staates im Vordergrund stehen. Im Fokus stehen vielmehr Schutz- respektive Gewährleistungspflichten des Staates, um diejenigen Rahmenbedingungen und Grundstrukturen der Kommunikationsgrundrechte zu sichern, wie sie oben (Kapitel IV, 1 und 2) beschrieben wurden. Entsprechend wird der Begriff Gewährleistungspflicht in diesem Sinne verwendet.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung orientiert sich bis heute an keiner allgemeinen und etablierten Dogmatik von Gewährleistungspflichten im Rahmen der Kommunikationsgrundrechte.¹³⁹ Gewisse

¹³² KLAUS STERN, Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte: Eine juristische Entdeckung, in: DÖV 6/2010, S. 241 ff.; PETER UNRUH, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 1996, S. 31 ff., 37 ff.; HORST DREIER, Dimensionen der Grundrechte. Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Gehalten, in: DERSELBE, Idee und Gestalt des freiheitlichen Verfassungsstaats, Tübingen 2014, S. 229 ff.; JOHANNES DIETLEIN, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl., Berlin 2005, S. 51 f., 62 ff.; SCHULZ (Fn. 130), S. 33 ff. (allgemein), 168 ff. (zur Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit).

¹³³ STERN (Fn. 132), S. 248 f.; PEDUZZI (Fn. 129), S. 101. Ausführlich zur Frage der Subjektivierung UNRUH (Fn. 132), S. 58 ff.; DIETLEIN (Fn. 132), S. 133 ff.

¹³⁴ Vgl. mit einer Übersicht DUMERMUTH, Subjektive und objektive Elemente (Fn. 78), S. 682 f.

¹³⁵ So etwa UNRUH (Fn. 132), S. 20 f. Vgl. DUMERMUTH, Subjektive und objektive Elemente (Fn. 78), S. 682 f.

¹³⁶ BGE 126 II 300 S. 314 (E. 5). Das Bundesgericht äussert sich zudem nicht detaillierter zum Umfang grundrechtlicher Schutzpflichten und bestimmt auch keine konkreten Abwägungskriterien der involvierten Interessen, sondern überlässt die Konkretisierung dem Gesetzgeber (BGE 126 II 300 S. 314 (E. 5)). Vgl. mit detaillierten Ausführungen zum Beurteilungsspielraum auch EGMR Osman v. UK, Nr. 87/1997/871/1083 (1998), § 116

¹³⁷ Vgl. für viele: EGMR Verein gegen Tierfabriken (VgT) v. Schweiz (Nr. 2) (GC), Nr. 32772/02 (2009), § 80 f.; EGMR Appelby v. UK, Nr. 44306/98 (2003), § 39; EGMR Fuentes Bobo v. Spanien, Nr. 39293/98 (2000), § 38.

¹³⁸ BGE 136 I 167 S. 170 (E. 2.2).

¹³⁹ Vgl. jedoch aus der Lehre etwa PEDUZZI (Fn. 129), S. 101 ff.

Ausführungen finden sich aber punktuell in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. So betont dieser insbesondere im Urteil *Informationsverein Lentia et al. v. Österreich* im Kontext von Fragen der Zulassung privater Rundfunkbetreiber, dass Demokratie Meinungsvielfalt voraussetze, und dass der Staat letztlich die Verantwortung dafür trage, dass diese auch bestehen könne.¹⁴⁰ Der Gerichtshof ist dabei sehr zurückhaltend mit der Anerkennung von Gewährleistungspflichten im Einzelfall. Solche bestehen lediglich dort, wo elementare Voraussetzungen der Ausübung der Kommunikationsgrundrechte in Frage stehen.

Im Vergleich zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung und zu den Urteilen des EGMR deutlich weiter ausgeprägt und in der Rechtsprechung konkretisiert sind Schutz- und Gewährleistungspflichten in der deutschen Lehre und Rechtsprechung zu Art. 5 GG.¹⁴¹

In der Rechtsprechung bestätigt und in der Lehre anerkannt ist insbesondere eine Pflicht des Staates aus Art. 5 GG, Vorkehrungen gegen die Herausbildung von Meinungs- und Pressemonopolen zu treffen. So habe der Staat dafür zu sorgen, dass «kommunikative Vormachtstellungen» gar nicht entstehen.¹⁴² Sicherzustellen ist dies etwa im Bereich der Presse durch kartellrechtliche Bestimmungen oder die Verpflichtung zur Offenlegung der Eigentumsverhältnisse an Verlagen.¹⁴³ Während diese Gewährleistungspflicht bezüglich Meinungsvielfalt vor allem im Bereich der Rundfunkfreiheit ausgeprägt und in der Rechtsprechung präzisiert ist, gilt ein Gebot zur Sicherung von Meinungsvielfalt für den gesamten Bereich der Freiheiten von Art. 5 GG¹⁴⁴ und erlangt insbesondere auch im Bereich der Pressefreiheit Bedeutung.¹⁴⁵ Dabei leistet der Staat grundsätzlich keinen eigenen inhaltlichen Beitrag, um Meinungsvielfalt zu gewährleisten, sondern er beschränkt sich auf die Schaffung jener Voraussetzungen,

¹⁴⁰ EGMR *Informationsverein Lentia et al. v. Österreich*, Nr. 13914/88; 15041/89; 15717/89; 15779/89; 17207/90 (1993), § 38. («The Court has frequently stressed the fundamental role of freedom of expression in a democratic society, in particular where, through the press, it serves to impart information and ideas of general interest, which the public is moreover entitled to receive (...). Such an undertaking cannot be successfully accomplished unless it is grounded in the principle of pluralism, of which the State is the ultimate guarantor. This observation is especially valid in relation to audio-visual media, whose programmes are often broadcast very widely.»). Vgl. zur Frage der Anwendung heute MICHAEL MAYRHOFER, Google, Facebook & Co: Die Macht der Algorithmen aus grundrechtlicher Perspektive, in: Walter Berka/Michael Holoubek/Barbara Leitl-Staudinger (Hrsg.), *Meinungs- und Medienfreiheit in der digitalen Ära: Eine Neuvermessung der Kommunikationsfreiheit*, Bd. 15 der Schriftenreihe *Recht der elektronischen Massenmedien REM* (2017), S. 80 ff.

¹⁴¹ Vgl. zur Entwicklung der Anerkennung der objektiv-rechtlichen Dimension der Grundrechte und der Schutzpflichtenfunktion STERN (Fn. 132), S. 241 ff.; SCHULZ (Fn. 130), S. 33 ff., 46 ff., 168 ff.

¹⁴² PILLE, *Meinungsmacht sozialer Netzwerke* (Fn. 15), S. 214 f.

¹⁴³ SCHULZE-FIELITZ, *Dreier GG-Kommentar*, Art. 5 I, II N 227.

¹⁴⁴ PILLE, *Meinungsmacht sozialer Netzwerke* (Fn. 15), S. 212 ff.

¹⁴⁵ SCHULZE-FIELITZ, *Dreier GG-Kommentar*, Art. 5 I, II N 227; STARCK/PAULUS, v. Mangoldt/Klein/Starck *GG-Kommentar*, Art. 5 N 157. Zurück geht die Annahme einer entsprechenden Pflicht zum Schutz vor Herausbildung von Meinungsmonopolen in der Presse auf das Urteil BVerfGE 20, 162 (176) (Spiegel-Urteil).

die kommunikative Chancengleichheit ermöglichen.¹⁴⁶ Ziel ist es, den Pluralismus der Meinungen sicherzustellen¹⁴⁷. Entsprechend präzisiert die deutsche Lehre auch, dass Regeln zur Sicherung der Meinungsvielfalt meinungsneutral und rechtsgleich auszugestalten seine und die wirtschaftlichen Konsequenzen berücksichtigen müssen.¹⁴⁸

Anerkanntes Instrument der Vielfaltssicherung sowohl im Bereich der Presse als auch des Rundfunks sind die Konzepte des Aussenpluralismus und des Binnenpluralismus.¹⁴⁹ Neuere Beiträge in der Lehre präzisieren diese Pflicht zur Gewährleistung von Meinungsvielfalt spezifisch für die Frage des Umgangs mit Internet-Intermediären. Hier hat der Gesetzgeber Vorkehrungen dafür zu treffen, «dass die Online-Kommunikation nicht von einzelnen markt- und meinungsstarken Anbietern vereinnahmt wird»¹⁵⁰. So werden Massnahmen zur Vielfaltssicherung etwa in Bezug auf die Löschung oder das Verlinken von Inhalten vorgeschlagen.¹⁵¹ Um präventiv die Entstehung vorherrschender Meinungsmacht zu bekämpfen, wird auch etwa vorgeschlagen, die Internet-Intermediäre zu verpflichten, den Zugang zu ihnen für alle rechtsgleich auszugestalten und ihre Eingriffe etwa durch Löschungen neutral auszugestalten¹⁵².

Wie bereits im Rahmen einer Pflicht zur Gewährleistung von Meinungsvielfalt deutlich geworden ist, geht die deutsche Lehre in der Annahme von Gewährleistungspflichten über die bestehende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hinaus. Dies zeigt sich auch in weiteren Bereichen. So wird etwa dargelegt, dass der Staat vor dem Hintergrund der neuen Kommunikationsformen über das Internet etwa durch die Beseitigung von Ungleichgewichten oder mit verschiedenen Schutzvorkehrungen für ein Minimum an Kommunikationsgerechtigkeit zu sorgen habe.¹⁵³ In diesem Sinne wird auch etwa von der Gewährleistung einer «minimalen kommunikativen Chancengleichheit» gesprochen.¹⁵⁴ Allerdings sind derartige Schutz- und Gewährleistungspflichten bisher weder durch die Gesetzgebung noch in der Rechtsprechung aufgenommen worden.

Ebenfalls von Seiten der Lehre eingebracht wird eine Pflicht des Staates, einen diskriminierungsfreien Zugang zum Internet zu sichern. Typischerweise impliziert dies Forderungen der Neutralität etwa bezüglich auf den Nutzerzugang aber auch in Bezug auf den Umgang von Intermediären mit vermittelten Inhalten (z.B. Löschungen von Beiträgen auf sozialen Medien).¹⁵⁵

Abgesehen vom Hinweis des Bundesverfassungsgerichts im Zulässigkeitsbeschluss vom Mai 2019, wonach eine minimale Wirkung der Grundrechte zwischen Plattformenbetreibern und Nutzern aufgrund der marktbeherrschenden Stellung dieser insofern bestehen könnte, als sich aus Art. 3 Abs. 1 GG

¹⁴⁶ WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, Medienregulierung als objektiv-rechtlicher Grundrechtsauftrag, in: M&K 2002, S. 187. Kritisch zum Begriff der kommunikativen Chancengleichheit MATTHIAS CORNILS, Die Perspektive der Wissenschaft: AVMD-Richtlinie, der 22. Rundfunkänderungsstaatsvertrag und der »Medienstaatsvertrag« – Angemessene Instrumente für die Regulierungsherausforderungen?, in: ZUM 2019, S. 93.

¹⁴⁷ WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, Kommunikationsfreiheiten. Kommentierungen zu Art. 5 Abs. 1 und 2 sowie Art. 8 GG, Baden-Baden 2002, S. 35.

¹⁴⁸ STARCK/PAULUS, v. Mangoldt/Klein/Starck GG-Kommentar, Art. 5 N 157.

¹⁴⁹ Vgl. zum Begriff etwa KELLNER (Fn. 8), S. 151.

¹⁵⁰ PILLE (Fn. 15), S. 347 m.H.

¹⁵¹ KELLNER (Fn. 8), S. 158, 290 ff.

¹⁵² PILLE (Fn. 15), S. 360f. m.H.

¹⁵³ SCHULZE-FIELITZ, Dreier GG-Kommentar, Art. 5 I, II N 222.

¹⁵⁴ KELLNER (Fn. 8), S. 133 (begründet die Gewährleistungspflicht aus der besonderen Strukturmacht der Intermediäre). Dass Chancengleichheit bezüglich der Teilnahme am Kommunikationsprozess ein Teil der Meinungsfreiheit sei, erwähnt auch das Bundesverfassungsgericht in einem älteren Urteil am Rande (BVerfGE 25, 256 (265)). Ausführlich zur Idee kommunikativer Chancengleichheit SCHULZ (Fn. 130), S. 168 ff.

¹⁵⁵ KELLNER (Fn. 8), S. 157 f., 285 ff. Vgl. SCHULZ (Fn. 130), S. 169 f.; PILLE (Fn. 15), S. 361.

gleichheitsrechtliche Anforderungen an das Verhältnis zwischen Privaten ergeben, die Lage diesbezüglich aber noch offen sei¹⁵⁶, lässt sich auch diese Gewährleistungspflicht nicht auf eine bestehende Rechtspraxis abstützen, sondern wäre gegebenenfalls erst noch zu entwickeln.

Während die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Vergleich zur vielfältigeren deutschen Literatur keine allgemeinen Aussagen zu Gewährleistungspflichten im Rahmen der Kommunikationsgrundrechte macht und auch die Rechtsprechung des EGMR vergleichsweise wenig konkret ist, wurden in der Lehre und Rechtsprechung in der Schweiz konkrete Gewährleistungspflichten in Bezug auf die Sicherung von Rahmenbedingungen der Kommunikationsgrundrechte in bestimmten Konstellationen entwickelt.

Bei der verfassungsrechtlichen Ausgestaltung der Medienfreiheit im Bereich von Radio und Fernsehen stand die objektiv-rechtliche Komponente ursprünglich im Vordergrund: Der Rundfunk sollte (und soll weiterhin) durch eine vielfältige und objektive Berichterstattung die in einer demokratischen Gesellschaft notwendige öffentliche Meinungsbildung ermöglichen.¹⁵⁷ Entsprechend verankert die Bundesverfassung in Art. 93 Abs. 2 BV einen Leistungsauftrag für Radio und Fernsehen. Dieser ist als Konkretisierung einer grundrechtlichen Gewährleistungspflicht zu verstehen: Der Staat «ist dafür verantwortlich, dass mit Hilfe der rechtlich bereitgestellten Strukturen und Prozesse angemessene gesellschaftliche Problemlösungen erreicht werden.»¹⁵⁸

Anerkannt sind Gewährleistungspflichten auch im Bereich der politischen Rechte: Mit der Garantie von Art. 34 BV anerkennt die Bundesverfassung die besondere Wichtigkeit der öffentlichen Diskussion im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen. So gewährleistet Art. 34 BV einen Kommunikationsrahmen und die Kommunikationsbedingungen, unter denen eine freie Willensbildung und unverfälschte Willenskundgabe stattfinden kann. Dieser umfasst nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung in Ausnahmefällen auch eine Pflicht des Staates, private falsche oder irreführende Informationen aktiv zu korrigieren.¹⁵⁹

Inwiefern allfällige bestehende Formen von Presseförderung oder -subventionierung Ausdruck einer grundrechtlichen Gewährleistungspflicht, insbesondere der Gewährleistung von Meinungsvielfalt, sind, ist nicht eindeutig beantwortet. In der Botschaft zum Postgesetz, welches in Art. 16 Abs. 4 PG verbilligte Beförderungstarife für abonnierten Tages- und Wochenzeitungen der Regional- und Lokalpresse sowie für Zeitungen und Zeitschriften von nicht gewinnorientierten Organisationen an ihre Abonnenten, Mitglieder oder Spender (Mitgliedschafts- und Stiftungspresse) in der Tageszustellung vorsieht, finden sich keine entsprechenden Hinweise.¹⁶⁰ Allerdings stützte sich die parlamentarische Argumentation für die Beibehaltung respektive Verbesserung der indirekten Presseförderung nach dem alten Postgesetz explizit auf das Vielfaltsargument.¹⁶¹ Es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass die entsprechenden gesetzlichen Vorkehrungen zumindest auch der Gewährleistung von

¹⁵⁶ BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 22. Mai 2019 - 1 BvQ 42/19 - Rn. 15.

¹⁵⁷ DUMERMUTH, Subjektive und objektive Elemente (Fn. 78), S. 671 ff., 685. Mit Hinweis auf BBl 1981 II 925 (Botschaft Radio- und Fernsehartikel).

¹⁵⁸ DUMERMUTH, Subjektive und objektive Elemente (Fn. 78), S. 695 f.

¹⁵⁹ Vgl. dazu im Detail unten II, 4.

¹⁶⁰ Botschaft des Bundesrats zum Postgesetz (PG) vom 20. Mai 2009, BBl 2009 5181, 5222 f.

¹⁶¹ 04.3433 - Motion SPK SR, Presseförderung mittels Beteiligung an den Verteilungskosten. Eingereichter Text: «Der Bundesrat wird beauftragt, einen Entwurf für gesetzliche Grundlagen für die Förderung der Vielfalt der Presse mittels der gezielten Beteiligung an den Verteilungskosten zu erarbeiten. Die Mängel des bis Ende 2007 geltenden Systems sind zu beheben und die verschiedenen Anbieter einzubeziehen. Dabei ist insbesondere die Bedeutung der Presse für die demokratische Meinungsbildung auf nationaler, kantonaler, regionaler und lokaler

Meinungs- und Pressevielfalt dienen sollen.¹⁶² Sowohl die deutsche als auch die schweizerische Lehre gehen jedoch davon aus, dass entsprechende Formen der Presseförderung und -subventionierung verfassungsrechtlich nicht zwingend sind.¹⁶³ Es ist dem Gesetzgeber also erlaubt, derartige Förder- oder Subventionsinstrumente vorzusehen, er ist dazu aber verfassungsrechtlich nicht verpflichtet. Auf jeden Fall müssen Förderungsleistungen, wo sie erfolgen, inhaltlich neutral und rechtsgleich vermittelt werden.¹⁶⁴

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das Bestehen von grundrechtlichen Schutz- und Gewährleistungspflichten in Lehre und Rechtsprechung im Grundsatz anerkannt ist. Insbesondere der Blick auf die deutsche Rechtsprechung und Lehre zeigt, dass Gewährleistungspflichten in Bezug auf Grundstrukturen der Kommunikationsgrundrechte bestehen: Der Staat hat dafür zu sorgen, dass ein gewisses Mass an Meinungsvielfalt bestehen bleibt, und es wird eine Pflicht vorgeschlagen, für Kommunikationsgerechtigkeit insbesondere auch bezüglich des Zugangs zu Kommunikationsinfrastrukturen und -vermittlern zu sorgen. Allerdings wird nur in Einzelfällen von einer solchen Gewährleistungspflicht auf einen individuellen Schutzanspruch zu schliessen sein. Darüber hinaus bestehen konkrete Gewährleistungspflichten im Rahmen der Freiheit von Radio und Fernsehen sowie im Vorfeld von Wahlen- und Abstimmungen.

Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) sowie der deutschen Lehre und Rechtsprechung lässt sich davon ausgehen, dass eine Gewährleistungspflicht im Rahmen der Kommunikationsgrundrechte vom Vorliegen folgender Faktoren abhängt:

- Gewährleistungspflichten werden aktuell anerkannt, wenn *elementare Voraussetzungen* der Wahrnehmung der Kommunikationsgrundrechte in Frage stehen: So werden Schutz- respektive Gewährleistungspflichten regelmässig im Zusammenhang mit Voraussetzungen für die Wahrnehmung der Kommunikationsgrundrechte genannt. Solche elementaren Voraussetzungen sind etwa eine minimale Chancengleichheit der Teilnahme aller Personen am öffentlichen Diskurs, wozu etwa auch Fragen des Zugangs zu Kommunikationsinfrastrukturen zählen.¹⁶⁵
- Anerkannte Gewährleistungspflichten im Rahmen der Kommunikationsgrundrechte zielen darauf, die für die öffentliche Meinungsbildung notwendigen *Strukturen der Kommunikation* zu sichern respektive zu gewährleisten. Dies zeigt sich insbesondere in der deutschen Lehre und Rechtsprechung, die Gewährleistungspflichten zum Schutz der Meinungsvielfalt anerkennt und solche ebenfalls im Bereich des Zugangs zur Kommunikationsinfrastruktur vorschlägt.

Ebene zu beachten.» Der Bundesrat beantragte eine Ablehnung der Motion, welche abgeschrieben wurde. Die parlamentarische Initiative «Presseförderung mittels Beteiligung an den Verteilungskosten» (06.425) nahm die Anliegen der Motion 04.3433 wieder auf und stützte sich zentral auf die Argumente der Vielfalt und Unabhängigkeit der Presse. BBl 2007 1589 ff.

¹⁶² Vgl. allerdings STARCK/PAULUS, v. Mangoldt/Klein/Starck GG-Kommentar, Art. 5 N 158 mit dem Hinweis, dass Subventionierungen auch zu einer Verstärkung von Meinungsmonopolen führen könnten.

¹⁶³ Explizit dahingehend ist wiederum v.a. die deutsche Lehre. Vgl. etwa SCHULZE-FIELITZ, Dreier GG-Kommentar, Art. 5 I, II N 228, 250; STARCK/PAULUS, v. Mangoldt/Klein/Starck GG-Kommentar, Art. 5 N 158.

¹⁶⁴ SCHULZE-FIELITZ, Dreier GG-Kommentar, Art. 5 I, II N 228, 250 (mit dem Hinweis, dass aus der Pressefreiheit kein Anspruch auf Förderung abzuleiten sei, dass aber, wo eine solche gewährt wird, aus dem Gebot der Rechtsgleichheit allenfalls ein Anspruch auf Förderung geltend gemacht werden kann); STARCK/PAULUS, v. Mangoldt/Klein/Starck GG-Kommentar, Art. 5 N 158 (ausführlich und etwas kritischer zu Subventionierungen mit dem Hinweis, dass eine «verfassungsrechtlich einwandfreie Konstruktion» von Subventionierungen schwierig sei).

¹⁶⁵ SCHULZE-FIELITZ, Dreier GG-Kommentar, Art. 5 I, II N 218 ff.; STARCK/PAULUS, v. Mangoldt/Klein/Starck GG-Kommentar, Art. 5 N 66.

- Gewährleistungspflichten werden sodann in Bereichen anerkannt, in denen der *gesamtgesehliche Kommunikationsprozess* beeinträchtigt wird. Während die Lehre und Rechtsprechung Schutzpflichten zum Schutz individueller Ansprüche etwa vor Eingriffen Dritter anerkennt, zielen die Gewährleistungsansprüche zum Schutz der Voraussetzungen der gesellschaftlichen Kommunikation nicht primär darauf, individuelle Ansprüche zu sichern oder Individuen vor Eingriffen zu schützen, sondern sie zielen auf den Schutz der gesamtgesellschaftlichen Kommunikationsprozesse vor Gefährdungen.
- Staatliche Gewährleistungspflichten reichen jedoch nur soweit, als die von ihnen geforderten Massnahmen *mit gegensätzlichen Grundrechtspositionen vereinbar sind*. So hält der EGMR in mehreren Urteilen in Bezug auf Pflichten zum Schutz vor Beeinträchtigung Dritter fest, dass bei der Feststellung, ob eine Schutzpflicht besteht, abzuwägen ist zwischen dem öffentlichen Interesse an der Schutzmassnahme und den gegenstehenden Interessen des Individuums.¹⁶⁶ Dieser Grundsatz gilt auch für die Formulierung von Gewährleistungspflichten zur Garantie der notwendigen Strukturen die gesellschaftliche Meinungsbildung. Insbesondere ist diesbezüglich erforderlich, dass jene Gewährleistungsmassnahmen getroffen werden, die möglichst wenig intensiv in gegenstehende Grundrechtspositionen eingreifen, präzise auf die von ihnen anvisierten Ziele zugeschnitten sind, und die für die durch sie Betroffenen auch zumutbar sind.

Die Formulierung von Gewährleistungspflichten des Staates im Zusammenhang mit der öffentlichen Kommunikation über Internet-Intermediäre muss sich an diesen allgemeinen Grundsätzen orientieren.

4. Bestehende Ansätze der Regulierung

Der Staat wirkt im geltenden Recht mit unterschiedlichen Mitteln und zu unterschiedlichen Zwecken regulierend auf die öffentliche Meinungsbildung ein.¹⁶⁷

Zum einen ist die Freiheit der öffentlichen Kommunikation begrenzt durch die zahlreichen Bestimmungen des Strafrechts, des Zivilrechts, des Wettbewerbsrechts oder auch des Verwaltungsrechts (vgl. etwa das Organisationsverbot nach Art. 74 NDG¹⁶⁸). Die entsprechenden Normen dienen dem Schutz verschiedener öffentlicher oder privater Interessen vor Verletzungen u.U. auch oder gar primär durch Meinungsäusserungen. Eine derartige Regulierung zum Schutz von Rechtsgütern, die jenseits der Gewährleistung der Meinungsfreiheit liegen, ist nicht Gegenstand der vorliegenden Studie; solche Regulierungsmassnahmen werden nicht getroffen, weil Kommunikation den öffentlichen Diskurs beeinträchtigt oder in der Annahme, dass entsprechende Gefahren bestehen. Vielmehr zielen sie direkt auf den Schutz von Rechtsgütern jenseits der Meinungsfreiheit. Insofern unterscheidet sich ihre Thematik fundamental von jener der vorliegenden Studie, in der zu beurteilen ist, inwiefern Regulierungsmassnahmen notwendig sind, um die öffentliche Kommunikation zu schützen.¹⁶⁹

Gewisse Parallelen zur Fragestellung der vorliegenden Studie weisen demgegenüber jene Rechtsnormen auf, welche darauf zielen, die öffentliche Meinungsbildung vor übermässiger Verzerrung zu schützen. Dies ist in besonderem Masse im Rahmen der Regulierung von Radio und Fernsehen nach Art. 93

¹⁶⁶ Vgl. explizit die Rechtsprechung des EGMR etwa in EGMR Verein gegen Tierfabriken (VgT) v. Schweiz (Nr. 2) (GC), Nr. 32772/02 (2009), § 81.

¹⁶⁷ MATTHIAS CORNILS, Die Perspektive der Wissenschaft: AVMD-Richtlinie, der 22. Rundfunkänderungsstaatsvertrag und der »Medienstaatsvertrag« – Angemessene Instrumente für die Regulierungsherausforderungen?, in: ZUM 2019, S. 91 spricht von bestehenden Regulierungszielen.

¹⁶⁸ Bundesgesetz über den Nachrichtendienst vom 25. September 2015, SR 121.

¹⁶⁹ Vgl. ähnliche Abgrenzung in KELLNER (Fn. 8), S. 19 f.

BV der Fall. In Absatz 2 der Bestimmung wird der Leistungsauftrag für Radio und Fernsehen festgelegt, welcher insbesondere in Art. 4 RTVG konkretisiert wird.¹⁷⁰ Art. 4 RTVG formuliert unter dem Titel «Mindestanforderungen an den Programminhalt» Kriterien, welchen Rundfunkprogramme in inhaltlicher Hinsicht gerecht werden müssen.¹⁷¹ Die Anforderungen gelten mit Ausnahme des Vielfaltsgebots für alle Veranstalter; auch für solche ohne Konzession und ohne Leistungsauftrag.

Über den Bereich von Radio und Fernsehen hinaus finden die medienethischen Grundsätze für Medienschaffende Anwendung, die im Journalisten-Kodex verankert sind und in institutioneller Hinsicht vom Presserat angewandt werden. Auch sie zielen unter anderem darauf ab, übermässige Verzerrungen der öffentlichen Kommunikation zu verhindern.

Auf staatlicher Ebene finden sich zudem verschiedene Instrumente der Medien- und Journalismusförderung, etwa mit verbilligten Beförderungstarifen für Printmedien¹⁷² oder die vom Bundesrat am 29. April 2020 zuhanden der Bundesversammlung verabschiedeten Massnahmen zugunsten der Medien¹⁷³.

Hinzu kommen spezifische Regeln für die Meinungsbildung im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen im Rahmen von Art. 34 BV, die der Bundesgesetzgeber zum Teil einfach-rechtlich in Art. 10a BPR aufgenommen hat.¹⁷⁴ Während aus den Kommunikationsgrundrechten keine Gewährleistungspflicht eines qualitativ hochstehenden öffentlichen Diskurses abgeleitet wird, anerkennt die Verfassung mit der Garantie der freien Willensbildung und unverfälschten Willenskundgabe als Teilgehalte der politischen Rechte eine Besonderheit des öffentlichen Diskurses vor Wahlen und Abstimmungen. Sie sollen sicherstellen, dass die Entscheidung im Vorfeld einer Wahl oder einer Abstimmung möglichst auf der Grundlage aller Tatsachen, Argumente und Meinungen erfolgt und dadurch den Stimmberechtigten ermöglicht wird, ihre Meinung wohl informiert und auf der Grundlage der aus ihrer Sicht besten Argumente zu bilden. Zudem gewährleisten sie, dass die Stimmberechtigten ihren Entscheid ohne äusseren Druck, in einem gut zugänglichen Verfahren und ohne Suggestion in den Fragestellungen äussern können.

Diese einfach-rechtlichen Verankerungen positiver staatlicher Massnahmen zur Sicherstellung eines gewissen Pluralismus in den Medien können nicht kurzerhand als Ausdruck grundrechtlicher Schutzpflichten gedeutet werden. Sie bringen aber eine über einen längeren Zeitraum hinweg wiederholt bekräftigte Überzeugung von Bundesrat und Bundesversammlung zum Ausdruck, dass die Vielfalt von Meinungsäusserungen in der öffentlichen Kommunikation von elementarer Bedeutung für die demokratischen Gemeinwesen der Schweiz ist. Dieser Wertung ist bei der verfassungsrechtlichen Umschreibung staatlicher Gewährleistungspflichten im Rahmen der Kommunikationsgrundrechte gebührend Rechnung zu tragen.

¹⁷⁰ Weitere Konkretisierungen finden sich auch in Art. 5 bis 7 RTVG.

¹⁷¹ Nach Absatz 1 der Bestimmung haben Sendungen die Grundrechte zu beachten, sie müssen die Menschenwürde achten, dürfen weder diskriminierend sein noch zu Rassenhass beitragen noch die öffentliche Sittlichkeit gefährden noch Gewalt verherrlichen oder verharmlosen. Absatz 2 statuiert das sogenannte Sachgerechtigkeitsgebot. Absatz 3 verbietet Sendungen, welche die öffentliche Sicherheit gefährden. Absatz 4 statuiert das sogenannte Vielfaltsgebot für konzessionierte Programme.

¹⁷² Art. 16 Abs. 4 Postgesetz (PG) vom 17. Dezember 2010, SR 783.0.

¹⁷³ Botschaft des Bundesrats zum Massnahmenpaket zugunsten der Medien vom 29. April 2020, BBl 2020 4485.

¹⁷⁴ Bundesgesetz über die politischen Rechte vom 17. Dezember 1976, SR 161.1.

V. Neue Phänomene und dadurch entstehende Gefahren für die Kommunikationsgrundrechte

1. Online-Plattformen (Intermediäre) als mächtige Akteure

Online-Plattformen und Intermediäre, wie sie oben beschrieben und klassifiziert wurden, sind relativ neue Akteure in der öffentlichen Debatte. Sie nehmen eine Rolle in der öffentlichen Kommunikation wahr, die in dieser Weise bisher nicht bestand. Von besonderer Bedeutung für die öffentliche Kommunikation ist insbesondere die Tatsache, dass Intermediäre regelmässig mit grosser *Marktmacht* oder in Teilbereichen gar als *Monopolisten* auftreten. Zudem nehmen sie häufig mehrere Funktionen wahr, etwa als Suchmaschinen, Vermittler von Nachrichten («Newsaggregatoren»)¹⁷⁵, Verkäufer und Einkäufer von Werbung, etc. Verstärkt wird die Marktmacht dadurch, dass die Tätigkeitsfelder von Internet-Intermediären regelmässig durch direkte Netzwerkeffekte geprägt werden, indem der Nutzen für den Einzelnen umso grösser ist, je mehr Personen den Intermediär benützen. Entsprechend steigt die Attraktivität der Dienste eines Intermediärs für seine Nutzer überproportional zur Zunahme seiner Nutzer insgesamt.

Damit wird deutlich, dass Intermediäre über erhebliche *Meinungsmacht* verfügen können. Diese kann sich etwa darin realisieren, dass der Ausschluss von den Diensten eines Intermediärs die Möglichkeiten des davon betroffenen Nutzers, an der öffentlichen und an der privaten Kommunikation teilnehmen zu können, empfindlich treffen kann. Von der Möglichkeit, Teilnehmer auszuschliessen, kann in einer Weise Gebrauch gemacht werden, dass die Vielfalt der öffentlichen Kommunikation verkürzt wird.¹⁷⁶ Analoges gilt für die Löschung von konkreten Inhalten und Beiträgen durch Internet-Intermediäre.

Der *Ausschluss von Nutzern und die Löschung von Inhalten* können erhebliche Auswirkungen auf die öffentliche Kommunikation einerseits und die Persönlichkeit der Betroffenen andererseits haben, sowohl wenn sie aufgrund automatisierter Prozesse erfolgen als auch wenn sie Ergebnisse der Bewertung von Mitarbeitern der Intermediäre sind.¹⁷⁷

Eine weitere Einflussmöglichkeit der Internet-Intermediäre auf die Verwirklichung der Meinungsfreiheit im Internet besteht in der *Lenkung der Aufmerksamkeit* der Nutzer ihrer Dienste.¹⁷⁸ Dies kann dadurch geschehen, dass Internet-Intermediäre Beiträge auswählen, für ihre Nutzer filtern und nach „Relevanz“ geordnet darstellen. Dies gilt sowohl dort, wo die Filterung aufgrund personalisierter Daten erfolgt als auch dort, wo anderweitige Grundlagen die Filterung steuern. Unterstützt wird die Lenkung der Aufmerksamkeit dadurch, dass auch die aktive Suche nach Beiträgen im Internet durch vielfältige Filterungsprozesse strukturiert wird. Die dabei zur Anwendung kommenden Algorithmen lenken die Aufmerksamkeit der Nutzer je nach ihrer Ausgestaltung auf unterschiedliche Beiträge. Dadurch übernehmen sie einen wichtigen Teil des Auswahlprozesses der Nutzer ihrer Dienste¹⁷⁹, welcher aufgrund der kleinen Zahl von Intermediären in gewissem Masse zentralisiert erfolgt. Diese Zentralisierungswirkung wird u.a. noch dadurch unterstützt, dass ein wichtiger Aspekt der Filterung von Beiträgen regel-

¹⁷⁵ DIETER DÖRR/SIMON SCHUSTER, Suchmaschinen im Spannungsfeld zwischen Nutzung und Regulierung, in: Birgit Stark/Dieter Dörr/Stefan Aufenanger (Hrsg.), Die Googleisierung der Informationssuche. Suchmaschinen zwischen Nutzung und Regulierung, S. 263.

¹⁷⁶ Vgl. DÖRR/SCHUSTER, Suchmaschinen im Spannungsfeld zwischen Nutzung und Regulierung (Fn. 175), S. 263 f.

¹⁷⁷ PILLE (Fn. 15), S. 314 ff.

¹⁷⁸ PILLE (Fn. 15), S. 322 ff.

¹⁷⁹ Vgl. schon BVerfGE 119, 181 (217).

mässig in deren numerischer Beliebtheit besteht. Wie weit derartige Aufmerksamkeitslenkung tatsächlich zu *Filter Bubbles* und *Echo Chambers* führt, die weiter reichende Konsequenzen für die öffentliche Kommunikation haben als die vergleichbaren Mechanismen in den analogen Medien, erscheint heute wenig geklärt.¹⁸⁰

Ein weiterer Gesichtspunkt, der von zentraler Bedeutung für die Beurteilung der Beeinflussung der öffentlichen Kommunikation durch die Internet-Intermediäre ist, besteht in der *strukturellen Ungleichheit* zwischen den Intermediären einerseits und den Nutzern ihrer Dienste andererseits.¹⁸¹ Faktoren wie die grosse Marktmacht und enormen materiellen Ressourcen der Intermediäre, ihre umfassende Kontrolle über die von ihnen angebotenen Dienste und etwa ihre schwere rechtliche Fassbarkeit durch die staatlichen Rechtssysteme aufgrund ihrer internationalen Strukturen können zu tiefgreifenden strukturellen Ungleichheiten zwischen ihnen und den Nutzern ihrer Dienste beitragen. Zudem kommt den Intermediären umfassende Kontrolle über die Infrastruktur zu, sowohl im Bereich der Hard- als auch der Software; dadurch steht es ihm offen, umfassend über sämtlichen Aspekte der kommunikativen Teilnahme durch die Nutzer zu bestimmen, ohne das für letztere stets erkennbar wäre. Vertragliche Regelungen ihres gegenseitigen Verhältnisses können zur Folge haben, dass sich diese Ungleichheiten auch in der rechtlichen Ordnung niederschlagen, welche dieses Verhältnis regelt. Zudem sind die Möglichkeiten einzelner Staaten, korrektive Regelungen zu erlassen und wirksam durchzusetzen, teilweise beschränkt.¹⁸²

Eine weitere spezifische Auswirkung, die von den heutigen Strukturen des Internet auf die öffentliche Kommunikation ausgeht, liegt in den *Netzwerkeffekten* begründet, die ganz besonders im Bereich sozialer Netzwerke bestehen. Diese Effekte führen zu einer ausgeprägten Konzentration oder gar Monopolisierung, sowohl mit Bezug auf die Nutzer der Dienste als auch die Anbieter von Werbung¹⁸³. Die Nachteile der Nutzer, ein soziales Netzwerk zu wechseln, können enorm sein. Dadurch kann eine sehr starke Bindung an ein soziales Netzwerk entstehen, die den Betroffenen von einem Wechsel auch dann abhält, wenn er die Dienste eines anderen Anbieters vorziehen würde („Lock-In-Effekt“).

Solche und weitere strukturelle Eigenheiten von Internet-Intermediären haben dazu geführt, dass heute einige wenige Intermediäre dominieren und über eine enorm grosse Meinungsmacht unabhängig davon verfügen, ob sie eigene inhaltliche Beiträge veröffentlichen oder nicht.

2. Neue Kommunikationsmöglichkeiten: Kommunikation von vielen an viele

Die Intermediäre haben die traditionellen Kommunikationsformen ergänzt: Die Unterscheidung zwischen «Medienöffentlichkeit», bei welcher wenige, ausgewählte Einzelne mit ihren Publikationen eine Vielzahl von Menschen erreichen («one-to-many»-Kommunikation) und anderen Öffentlichkeiten, die lediglich über einen beschränkten Wirkungshorizont verfügen, wurde aufgebrochen. Mit den Intermediären wurde die neue Möglichkeit geschaffen, dass sich eine beliebige Vielzahl von Menschen mit ihren Beiträgen an eine beliebige Vielzahl andere Menschen wenden können der «many-to-many»-

¹⁸⁰ Vgl. LIESEM, Opening the Black Box «Algorithmus» (Fn. 14), S. 688; DREYER/SCHULZ, KI, Intermediäre und Öffentlichkeit (Fn. 24), S. 18 (mit umfassenden Hinweisen auf die verschiedenen Studien).

¹⁸¹ PILLE (Fn. 15), S. 334 ff.

¹⁸² HOFFMANN-RIEM, Regelungsstrukturen (Fn. 82), S. 517 ff.; HANNAH GRAFL, Netzherrschaft und Kontrolle. Der Zugang zu den Kommunikationsnetzen als Problem der Meinungs- und Medienfreiheit, in: Walter Berka/Michael Holoubek/Barbara Leitl-Staudinger (Hrsg.), Meinungs- und Medienfreiheit in der digitalen Ära: Eine Neuvermessung der Kommunikationsfreiheit, Bd. 15 der Schriftenreihe Recht der elektronischen Massenmedien REM (2017), S. 55 ff.

¹⁸³ Eingehend TIM WU, The Master Switch, New York NY 2011, S. 255ff.

Kommunikation).¹⁸⁴ Diese Form der Kommunikation tritt zu den bestehenden, traditionellen Formen hinzu. «An der Schnittstelle von Individual- und Massenkommunikation haben sich neue Kommunikationsformen wie soziale Netzwerke im Internet etabliert [...]»¹⁸⁵. Die Grenzen zwischen den früher einigermassen zuverlässig voneinander abgrenzbaren Kommunikationsformen sind dadurch aufgelöst worden. Letztere können deshalb nur noch sehr beschränkt zur Klassifizierung verwendet werden. Entsprechend kann auch die Kommunikation im Internet nicht pauschal klassifiziert werden, sondern nur stets im Hinblick auf konkrete Erscheinungsformen. Diese kommen in unterschiedlichem Masse Charakteristika der Individualkommunikation oder Massenkommunikation zu.¹⁸⁶

Mit den Möglichkeiten der Kommunikation einer Vielzahl von Einzelnen mit einer unbestimmten Öffentlichkeit hat sich die numerische Menge von Informationen und Meinungsbeiträgen markant erhöht. Entsprechend ist höchst unübersichtlich geworden, welche Informationen und Meinungen von wem zu welchen Themen veröffentlicht worden sind. Es ist deshalb weniger der Mangel an Meinungen und Informationen, welcher der öffentlichen Auseinandersetzung abträglich sein könnte, als vielmehr die unübersehbare Menge davon¹⁸⁷. Ein Mangel kann sich aber dadurch einstellen, dass entscheidende Meinungen oder Informationen die breitere Öffentlichkeit nicht in genügendem Masse erreichen.

3. Verschiebung der Hoheit über Informationsvermittlung

Spezifisch in Bezug auf die bestehenden Medien und die bestehende Medienordnung hat die Entstehung der neuen Intermediäre und Informationsvermittlungsmöglichkeiten zu einem Verlust der Hoheit traditioneller Medien über Informationsvermittlung geführt. Während sie früher die Intermediäre waren, sind heute auch sie regelmässig auf die neuen Intermediäre zur Vermittlung ihrer Kommunikation sinhalte angewiesen.¹⁸⁸

Mit dieser Verschiebung der Hoheit über die Informationsvermittlung sind weitere Phänomene verbunden bzw. lassen sich zumindest assoziieren: So führt diese Veränderung zu einer «Entprofessionalisierung der medial vermittelten Kommunikation»¹⁸⁹ und es lässt sich zumindest die Vermutung anstellen, dass der beobachtete Vertrauensverlust in den Journalismus zumindest damit verbunden sein könnte.¹⁹⁰

Eine der rechtlichen Folgen dieser Entwicklung besteht in der Notwendigkeit einer Neuumschreibung des Begriffs des «Mediums» im Rahmen der Medienfreiheit¹⁹¹, eine damit verbundene weiter Fragestellung bezieht darauf, ob – und falls ja wie – die neuen Intermediäre selber grundrechtlichen Verpflichtungen unterstehen.

¹⁸⁴ BERND HOLZNAGEL, Neue Herausforderung für die demokratische Öffentlichkeit und die Perspektiven für das Medienrecht, in: Walter Berka/Michael Holoubek/Barbara Leitl-Staudinger (Hrsg.), Meinungs- und Medienfreiheit in der digitalen Ära: Eine Neuvermessung der Kommunikationsfreiheit, Bd. 15 der Schriftenreihe Recht der elektronischen Massenmedien REM (2017), S. 22; KELLNER (Fn. 8), S. 22 f.

¹⁸⁵ PILLE (Fn. 15), S. 87.

¹⁸⁶ PILLE (Fn. 15), S. 141 und 194. In diese Richtung schon PEDUZZI (Fn. 129), S. 155

¹⁸⁷ Vgl. CORNILS (Fn. 167), S. 92; WU, Is the First Amendment Obsolete (Fn. 18), S. 547

¹⁸⁸ Vgl. HOLZNAGEL (Fn. 184), S. 26 f.; CHRISTOPH NEUBERGER, Funktionale und defekte Öffentlichkeit in der Demokratie – Analyse und Anwendung am Beispiel der Schweiz. Wissenschaftliche Studie im Auftrag des Bundesamtes für Kommunikation BAKOM, Januar 2020, S. 28 ff.; DÖRR/SCHUSTER, Suchmaschinen im Spannungsfeld zwischen Nutzung und Regulierung (Fn. 175), S. 267

¹⁸⁹ BERKA, The Free Speech Debate (Fn. 7), S. 10.

¹⁹⁰ Vgl. dazu NEUBERGER, Funktionale und defekte Öffentlichkeit (Fn. 188), S. 38 ff.; HOLZNAGEL (Fn. 184), S. 32 f.

¹⁹¹ Dazu insbesondere FRANZ ZELLER/REGINA KIENER, in: Basler Kommentar, Art. 17 N 17.

4. Einsatz von Algorithmen zur Informationsvermittlung

Ebenfalls ein neues und die öffentliche Kommunikation beeinflussendes Phänomen ist der verbreitete Einsatz von Algorithmen als «Gatekeeper» bei der Selektion und Aggregation von Information: Information wird von Algorithmen auf individuelle Personen und über sie bekannte Elemente zugeschnitten. Dabei wird für die algorithmisierte Personalisierung typischerweise auf persönlichkeitsnahe Merkmale abgestützt wie etwa Alter, Geschlecht u.a. abgestellt. Mit dieser algorithmisierten Personalisierung der Informationsvermittlung werden folgende Phänomene und Gefahren assoziiert:

Zum einen wird darauf hingewiesen, dass algorithmisierte und personalisierte Informationsvermittlung das Entstehen von *Filter Bubbles*¹⁹² (verstanden als Informationsblasen, die durch die automatisierte Auswahl derjenigen Nachrichten entstehen, die die persönlichen Ansichten respektive Weltanschauung stützen) begünstigen kann. Bis heute ist die Existenz von *Filter Bubbles* durch Studien weder belegt noch widerlegt.¹⁹³ Mit dem Phänomen der *Filter Bubbles* verbunden ist die Idee von *Echo Chambers*, entwickelt von Cass Sunstein. Sunstein und weitere nach ihm befürchten, dass durch Algorithmen «personalisierte Informationsumgebungen» und die darin vorhandenen gruppenspezifischen Kommunikationsprozesse dazu führen, dass Nutzer ihre eigenen Meinungen immer wieder zurückgespielt bekommen, was – so die Hypothese – zu Verstärkungs- und Polarisierungseffekten in der Gesellschaft führe.¹⁹⁴ Allerdings wurde auch die Existenz von *Echo Chambers* durch Studien nur für sehr begrenzte Teile respektive Ausschnitte aus der Bevölkerung belegt (und zwar für Personen mit «radikalen Ansichten und einem starken Involvement in ein Thema».¹⁹⁵

Zum anderen führt die verbreitete Verwendung von Algorithmen in der Informationsvermittlung zur Befürchtung, dass dadurch in der Gesellschaft vorhandene *diskriminierende Tendenzen* perpetuiert und allenfalls sogar verstärkt werden. Algorithmen werden durch Menschen programmiert und damit fließend unweigerlich auch bestehende diskriminierende Haltungen und Ansichten darin ein.¹⁹⁶ Dass Algorithmen der Informationsvermittlung und -selektion insbesondere auch auf persönlichkeitsnahe Merkmale abstützen verstärkt diese Tendenzen nicht nur, sondern ermöglicht sie erst.

Diese zumindest möglichen Gefahren für die öffentliche Meinungsbildung werden verstärkt durch verbreitetes *Unwissen* über Selektionskriterien und über Algorithmen generell (sog. «algorithm awareness»¹⁹⁷). So hat eine repräsentative Umfrage in der EU im Jahr 2018 festgestellt, dass knapp die Hälfte der befragten Personen nicht wussten, was Algorithmen sind (oder gar noch nie davon gehört hatten). Nur 47% gaben an zu wissen, dass Werbeanzeigen gestützt auf Algorithmen angezeigt werden; und

¹⁹² Erstmals beschrieben in ELI PARISER, *The Filter Bubble*, London 2011.

¹⁹³ So etwa die Studien von FREDERIK J. ZUIDERVEEN BORGESIUUS/DAMIAN TRILLING/JUDITH MÖLLER ET AL., *Should we worry about filter bubbles?*, in: *Internet Policy Review*, 5/2016, S. 2 ff.; SHELLEY BOULIANNE/KAROLINA KOC-MICHALSKA/ BRUCE BIMBER, *Right-Wing Populism, Social Media and Echo Chambers in Western Democracies*, in: *New Media & Society* 22/2020, S. 683 ff. Vgl. DREYER/SCHULZ, KI, *Intermediäre und Öffentlichkeit* (Fn. 24), S. 18; LIESEM, *Opening the Black Box «Algorithmus»* (Fn. 14), S. 688. Über die Gründe, weshalb *Filter Bubbles* bis heute nicht belegt wird, werden immer wieder Mutmassungen angestellt. Vgl. LIESEM, S. 688.

¹⁹⁴ Grundlegend CASS R. SUNSTEIN, *Republic.com 2.0*, Princeton NJ 2007, S. 46 ff.; neuer CASS R. SUNSTEIN, *#republic*, Princeton NJ 2017, S. 98 ff.

¹⁹⁵ Vgl. LIESEM (Fn. 14), S. 688; DREYER/SCHULZ, KI, *Intermediäre und Öffentlichkeit* (Fn. 24), S. 18 f.

¹⁹⁶ Vgl. m.H. KLAUS GOLDHAMMER/KEVIN DIETERICH/TIM PRIEN, *Künstliche Intelligenz, Medien und Öffentlichkeit*, Studie an das BAKOM, 2019, S. 29 f.

¹⁹⁷ DREYER/SCHULZ, KI, *Intermediäre und Öffentlichkeit* (Fn. 24), S. 19.

gar noch etwas weniger (nur 41%) waren sich bewusst, dass dies auch für das Anzeigen von Nachrichten und Informationen gilt.¹⁹⁸ Allgemein ist es für die Nutzer von Suchmaschinen, sozialen Netzwerken u.ä. nur beschränkt möglich zu verstehen, aus welchen Gründen welche Inhalte priorisiert angezeigt werden.

Wenn auch *Filter Bubbles* und *Echo Chambers* bis heute weder eindeutig belegt noch widerlegt werden konnten, sind Einwirkungen auf die öffentliche Debatte in dieser Hinsicht u.E. zumindest möglich. Aus diesem Grund ist auf die beschriebenen Gefahren für die gesellschaftliche Meinungsbildung adäquat zu reagieren unter Berücksichtigung der Tatsache, dass es sich um mögliche (aber nicht bestehende) Phänomene handelt (siehe unten Kapitel VI, 4).

Zum anderen wirkt das Abstützen auf persönlichkeitsnahe Merkmale in der algorithmisch sortierten Informationsvermittlung sowie die Auswertung von Kommunikation und daraus gezogene Schlussfolgerung auf persönlichkeitsnahe Merkmale Fragen des Persönlichkeitsschutzes auf. Für die vorliegende Studie, die sich mit Auswirkungen dieser Phänomene auf die öffentliche Kommunikation befasst, ist diese Problematik insofern relevant, da Bedenken über die Verwertung persönlicher Daten einen abschreckenden Effekt einerseits auf die Benutzung von Diensten haben kann aber insbesondere die Möglichkeit besteht, dass im Wissen um derartige Praktiken von der Diskussion bestimmter Inhalte (etwa politischer Minderheitsmeinungen) oder der Kommunikation mit bestimmten Personen (z.B. der Angehörigen einer bestimmten Religion) abgesehen werden könnte.

Insgesamt führt die Verwendung von Algorithmen in der Informationsvermittlung also zu zwei Gefahrenkomplexen: Einerseits besteht die Gefahr von Verzerrungen der öffentlichen Debatte respektive einer Zersplitterung dieser, was eine gesamtgesellschaftliche Meinungsbildung erschweren könnte. Andererseits wirkt die umfassende Abstützung der Informationsvermittlung auf persönlichkeitsnahe Merkmale Fragen des Persönlichkeitsschutzes auf und begünstigt so abschreckende Effekte auf die öffentliche Meinungsbildung.

5. Kontrolle der öffentlichen Debatte primär durch Plattformen

Die Kontrolle der zulässigen Meinungen in der öffentlichen Debatte erfolgt bis anhin primär durch das Recht und liegt damit in der Verantwortung des Staates; bzgl. journalistisch verarbeiteter Inhalte gelten darüber hinaus auch medienethische Regeln (die Überprüfung deren Einhaltung in Verantwortung des Presserats liegt). Damit verbunden ist die Konsequenz, dass die Kontrolle über Verfahren und Sanktionen ebenfalls beim Staat liegt (zumindest soweit es sich um die Frage der Beurteilung rechtlich zulässiger respektive unzulässiger Äusserungen handelt).

Aus der heute marktmächtigen Stellung der Intermediäre als oft monopolistische Akteure, welche die öffentliche Kommunikation bündeln und sammeln ergibt sich, dass heute die faktische Kontrolle über die Zulässigkeit (und u.U. auch die «Hörbarkeit») von Äusserungen heute über weite Strecken diesen privaten Plattformenanbietern obliegt; sie entscheiden über die Anwendung ihrer Community Standards und ihre Filter darüber, welche Inhalte zulässig sind und welche blockiert werden dürfen. Hinzu kommt, dass der Entscheid über die Zulässigkeit von Äusserungen regelmässig nicht nach statischen Gesetzen erfolgt, sondern nach sich dynamisch entwickelnden und anpassenden Algorithmen. Damit

¹⁹⁸ Mit Verweis auf die Umfrage DREYER/SCHULZ, KI, Intermediäre und Öffentlichkeit (Fn. 24), S. 19 ff. Vgl. auch BIRGIT STARK, «Don't be evil». Die Macht von Google und die Ohnmacht der Nutzer und Regulierer, in: Birgit Stark/Dieter Dörr/Stefan Aufenanger, Die Googleisierung der Informationssuche. Suchmaschinen zwischen Nutzung und Regulierung, Berlin/Boston 2014, S. 6 ff.; LIESEM (Fn. 14), S. 687.

verliert der Staat vor allem quantitativ betrachtet in erheblichem Ausmass die Kontrolle über die Frage der Zulässigkeit und Unzulässigkeit von Meinungsäusserungen. Für die Betroffenen bedeutet dies primär, dass damit auch die etablierten Verfahren und Verfahrensgarantien für die Prüfung von Einschränkungen von Äusserungen nicht oder nur noch beschränkt verfügbar sind. Hinzu kommt, dass es sich bei Lösungsentscheiden oder Entscheiden der Nichtaufschaltung von Äusserungen nicht um Verfahren handelt, in welchen Anwender bestimmte generell-abstrakte Regeln auf konkrete Fälle anwendet, womit die Regeln für die Betroffenen kaum vorhersehbar sind, keine Rechtssicherheit besteht und allenfalls auch eine rechtsgleiche Behandlung ähnlicher Fälle nicht gewährleistet ist.¹⁹⁹

6. Einsatz von automatisierter Kommunikation (Bots)

In allen Schritten des Kommunikationsprozesses (Generierung von Informationen und Texten, Einsatz in der Informationsvermittlung, Einsatz als «Gesprächspartner», etc.) werden heute zunehmend und in zunehmend vielfältiger Weise Bots (Schreibroboter, Chatbots, Social Bots, etc.) eingesetzt.²⁰⁰

Der Einsatz von Bots hat auf den ersten Blick primär «neutrale» Wirkungen: Er ermöglicht eine effiziente Kommunikation automatisiert und schnell an viele Empfänger. Allerdings zeigen sich im Zusammenhang mit Bots vielfältige problematische Entwicklungen. So stellen mehrere Studien Zusammenhänge zwischen *Falschinformationen* und ihrer Verbreitung über Bots fest; d.h. Bots werden gerade auch dazu benutzt, um falsche Informationen schnell an ein grosses Publikum zu verbreiten.²⁰¹ Ebenfalls bieten Bots die Möglichkeit, über einen massiven Einsatz dieser Technologie das *Meinungsklima* zu verändern; und zwar ist diese Veränderung möglich, ohne dass dabei Unsummen von Geld ausgehen und/oder Menschen eingesetzt werden.²⁰² Gut dokumentiert sind auch Bestrebungen, über massiven und aggressiven Einsatz von Bots andere Meinungen «einzuschränken», sei es durch *Flooding*, *Trolling*, oder ähnliche Phänomene.²⁰³

Dabei scheint es integraler Bestandteil des Erfolgs von Bots zu sein, dass sie eine menschliche Eigenschaft vortäuschen. In anderen Worten: Das *Vortäuschen der menschlichen Eigenschaft* hilft einem Bot in seiner Effizienz, womit das Potential der oben genannten Gefahren verstärkt wird. Umgekehrt bedeutet dies, dass die Gefahren für den öffentlichen Diskurs, welche von Bots ausgehen, allenfalls durch vergleichsweise einfache Massnahmen wie die Kennzeichnung von Bots bereits abgeschwächt werden können.

7. Falsche und irreführende Informationen

Die Verbreitung und Existenz von falschen und irreführenden Informationen ist kein neues Phänomen. Trotzdem weist die Verbreitung von falschen und irreführenden Informationen wohl eine neue, qualitativ andere Dimension auf: Die Möglichkeit umfassender und sehr schneller Verbreitung (u.a. auch

¹⁹⁹ Dazu insgesamt DANIELLE KEATS CITRON, *Technological Due Process*, 85 Wash. U. L. Rev. 1249, 1288ff. (2008).

²⁰⁰ Vgl. mit einer Übersicht der Möglichkeiten und der Verwendung GOLDHAMMER/DIETERICH/PRIEN, *Künstliche Intelligenz, Medien und Öffentlichkeit* (Fn. 196), S. 9 ff.

²⁰¹ Vgl. zum Zusammenhang zwischen der Verbreitung von Falschinformationen, Verschwörungstheorien und dem Einsatz von Bots etwa SOROUGH VOSOUGH/DEB ROY/SINAN ARAL, *The spread of true and false news online*, Science 359, 1146-1151 (2018).; HUNT ALLCOTT/MATTHEW GENTZKOW, *Social Media and Fake News in the 2016 Election*, in: *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 31, S. 213 ff. (2017); CHENGCHENG SHAO/GIOVANNI LUCA CIAMPAGLIA/ONUR VAROL ET AL., *The spread of low-credibility content by social bots*, in: *Nature Communications* 9/2018/4787, S. 2 ff.

²⁰² Vgl. dazu MADELINE LAMO/RYAN CALO, *Regulating Bot Speech*, *UCLA Law Review* 2019, Vol. 66, S. 993, 100.

²⁰³ Vgl. WU, *Is the First Amendment Obsolete* (Fn. 18), S. 567 (m.w.H.).

mit Hilfe von Bots) verbunden mit der teilweise deutlich erschwerten Erkennung (etwa bei Deepfakes) macht sie zu einem alten Problem mit neuen Dimensionen.²⁰⁴

Im Umgang mit der Problematik von falschen oder unwahren Informationen ist der verfassungsrechtliche Ansatz im Grunde klar: Die Kommunikationsgrundrechte basieren auf der Annahme, dass falsche Informationen in der öffentlichen Debatte zulässig sind, auch wenn sie Menschen zu falschen, problematischen oder verwerflichen Entscheiden bewegen. Vor dem Hintergrund neu aufgeflammter Problematiken im Zusammenhang mit Falschnachrichten ist diese grundlegende Annahme der Kommunikationsgrundrechte nicht allgemein zu hinterfragen oder gar aufzugeben. Auch heute muss weiterhin davon ausgegangen werden, dass falschen Informationen primär durch Gegenrede und nicht durch Verbote begegnet werden soll. Der entsprechende Konsens hat sich über Jahrhunderte herausgebildet, eine demokratische Gesellschaft basiert auf der Annahme, dass ihren Mitgliedern ein Umgang mit solchen Informationen zuzutrauen ist, und die Situation ist nicht derart anders oder neu, dass die dahinterstehenden Überlegungen auf die heutigen Kommunikationssituationen keine Anwendung mehr finden würden.²⁰⁵

Leicht anders gestaltet sich die Einschätzung allerdings in Situationen, wo die Gefahr entsprechender Falschinformationen für die öffentliche Meinungsbildung erhöht ist. So erscheint die von falschen und irreführenden Informationen ausgehende Gefahr für die öffentliche Meinungsbildung insbesondere und tatsächlich problematisch im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen. Wie oben erwähnt geht die heutige Rechtsprechung davon aus, dass die Behörden eine Pflicht treffen kann, Falschinformationen von Privaten zu korrigieren, falls diese so kurz vor dem Urnengang erfolgen, dass eine wirksame Korrektur durch andere Private nicht mehr möglich ist.²⁰⁶ Diese Eingriffs- respektive Korrekturmöglichkeiten von falschen und irreführenden Information über Abstimmungsvorlagen scheint vor dem Hintergrund der neuen technischen Möglichkeiten zwar nicht überholt, aber zumindest unvollständig. Es ist deshalb fraglich inwiefern den Gefahren mit dem heutigen Stand der Rechtsprechung begegnet werden kann und inwiefern zusätzliche neue Regelungen notwendig sind.

8. Neue Möglichkeiten der «Kontrolle» und Einschränkung von Äusserungen durch Äusserungen

Ein neues Phänomen der über Intermediäre vermittelten Online-Kommunikation sind Verhaltensweisen, die als «Einschränkungen der Kommunikationsgrundrechte durch Meinungsäusserungen» zusammengefasst werden können. So beobachtet TIM WU, dass in der heutigen Situation von beinahe unzähligen Informationsangeboten und somit einer beschränkten Aufmerksamkeit des Publikums, Einschränkungen nicht die Seite der Äusserung der Meinung tangieren müssen, sondern sich effizient auf der Seite des Publikums ansetzen lässt: So würden neue Techniken der Kontrolle von Meinungsäusserung etwa darin bestehen indem Armeen von Trollen auf missliebige Kritiker angesetzt werden, oder

²⁰⁴ Vgl. HUNT ALLCOTT/MATTHEW GENTZKOW, Social Media and Fake News in the 2016 Election, in: Journal of Economic Perspectives, Vol. 31, S. 213 ff. (2017); MICHELA DEL VICARIO/ALESSANDRO BESSIB/FABIANA ZOLLO ET AL., The spreading of misinformation online, in: PNAS 31/2016, S. 554 ff.

²⁰⁵ Hinter dem Ansatz, dass der korrekte Umgang mit falschen oder unwahren Äusserungen nicht Verbote dieser sein können steht grundsätzlich auch heute noch Mill's «On Liberty». Vgl. MILL (Fn. 34), S. 19ff. Zudem suggerieren Studien, dass eine grosse Zahl der Nutzer Falschinformationen in den sozialen Medien richtig einschätzen kann. So etwa ANDREW GUESS/JONATHAN NAGLER/JOSHUA TUCKER, Less than you think: Prevalence and predictors of fake news dissemination on Facebook, in: Science Advances 5/2019, S. 1 ff.

²⁰⁶ Vgl. mit weitergehenden Ausführungen unten Kapitel VII, 6.

«Flooding»-Kampagnen verzerren das öffentliche Meinungsspektrum und bringen andere Äusserungen zum Ertrinken.²⁰⁷ Wu kommt zum folgenden Schluss: «Powerful actors, both public and private, have adopted speech itself as a weapon for controlling speech, yielding challenges for which the First Amendment is unprepared.»²⁰⁸

Damit stellt sich die Frage wann, inwiefern und unter welchen Voraussetzungen entsprechende Meinungsäusserungen allenfalls zu regulieren oder einzuschränken sind, weil sie selbst die Meinungsbildung öffentliche Meinungsbildung behindern.

9. Umfassende Einflussmöglichkeiten von Anbietern der Kommunikationsinfrastruktur

Gefahren für die öffentliche Meinungsbildung entstehen nicht nur durch Einwirkungen und Einflüsse auf Kommunikationsinhalte respektive durch Anbieter und Nutzer von Inhalten, sondern können auch in der Nutzung und Auswertung der Kommunikationsinfrastruktur respektive der Randdaten von Kommunikation begründet liegen.

Online-Kommunikation ist zum Funktionieren nicht nur auf Inhaltenanbieter sondern auch auf ISPs angewiesen.²⁰⁹ Diese vermitteln keine Inhalte, sie haben theoretisch die Möglichkeit, die Infrastruktur rechtsungleich zur Verfügung zu stellen. Etwa indem Übertragungsgeschwindigkeit von Daten langsamer ist für missliebige Meinungsäusserungen.

Daneben bietet online Kommunikation den Anbietern von Dienstleistungen (sei es von Email-Diensten, von sozialen Netzwerken, und vielen anderen) und ISPs die Möglichkeit, die über sie getätigte Kommunikation auszuwerten (z.B. nach Stichworten aber auch nach Kontakten u.ä.) und diese Auswertungen etwa zu kommerziellen Zwecken zu verwenden. Diese Möglichkeit der Auswertung von Kommunikation etwa hinsichtlich bestimmter Stichworte übt einen potentiellen Abschreckungseffekt sowohl auf private als auch auf öffentliche Kommunikation aus und kann damit die gesellschaftliche Meinungsbildung erheblich beeinflussen. Wie eingangs in der Einleitung erwähnt, wäre es denkbar, dass etwa ein Anbieter die über seine Dienste getätigte Kommunikation nach ausgewählten Stichworten auswertet.²¹⁰ Es wäre in einer solchen Situation zu erwarten, dass Individuen Diskussionen über entsprechende Themen weitestgehend unterlassen und sie so aus der gesellschaftlichen Debatte relativ weitgehend verdrängt werden könnten. Ähnliche Abschreckungswirkung könnte auch eine Praxis haben, bei welcher etwa E-Mail-Dienste systematisch auswerten, welche Personen mit welchen anderen Personen wie häufig in Kontakt stehen (und allenfalls diese Daten dann auch gleich mit inhaltlichen Auswertungen kombinieren).

Die Fragestellungen, die sich dabei im Rahmen weiterer Grundrechte, wie etwa der informationellen Selbstbestimmung nach Art. 13 Abs. 2 BV oder des Schutzes des Post-, Brief- und Fernmeldegeheimnisses nach Art. 13 Abs. 1 BV eröffnen, können hier nicht ausgeführt werden.

Auch wenn aktuell keine Anzeichen bestehen, dass eine ungleiche Vermittlung von Inhalten oder eine systematische Auswertung von Kommunikation oder Randdaten von Kommunikation tatsächlich oder

²⁰⁷ Wu, *Is The First Amendment Obsolete?* (Fn. 18), S. 547 (m.w.H.).

²⁰⁸ Wu, *Is The First Amendment Obsolete?* (Fn. 18), S. 548.

²⁰⁹ KELLNER spricht von Internetzugangsanbietern. KELLNER (Fn. 8), S. 21 f.

²¹⁰ S. oben Kapitel III, 3.

verbreitet praktiziert wird, so muss doch sichergestellt werden, dass entsprechende Praktiken von der Rechtsordnung nicht zugelassen werden.

VI. Regulierungsbedarf

Nach allgemeinen Ausführungen zu den Kommunikationsgrundrechten und insbesondere Schutz- und Gewährleistungspflichten sowie im letzten Kapitel zu neuen Phänomenen und dadurch entstehenden Gefahren für die öffentliche Meinungsbildung ist in diesem Kapitel darzulegen, inwiefern die neuen Phänomene und dadurch entstehenden Gefahren staatliche Massnahmen erforderlich machen.

Dazu soll zunächst abstrakt beschrieben werden, welche Voraussetzungen gegeben sein müssen, damit von einem *Regulierungsbedarf zum Schutz der öffentlichen Kommunikation* auszugehen ist (1). Anschliessend ist zu thematisieren, wer im Falle eines festgestellten Regulierungsbedarfs für die Regulierung zuständig ist und wie Intermediäre als Objekte möglicher Regulierung zu erfassen sind (2 und 3). Zuletzt ist gestützt auf die Beobachtungen zu den neuen Phänomenen und dadurch entstehenden Gefahren (oben III) darzulegen, in welchen Bereichen ein Regulierungsbedarf zum Schutz der öffentlichen Meinungsbildung auszugehen ist (4).

1. Abstrakte Voraussetzungen

Von einem Regulierungsbedarf zum Schutz der öffentlichen Meinungsbildung ist auszugehen, wenn eine Anwendung, ein Verhalten oder bestimmte Strukturen Meinungsbildungsrelevanz aufweisen und von ihnen eine Gefahr für die öffentliche Meinungsbildung ausgeht.²¹¹

a. Meinungsbildungsrelevanz

Von einem Regulierungsbedarf zum Schutz der objektiv-rechtlichen Strukturen der Kommunikationsgrundrechte ist nur auszugehen, falls die regulierenden Intermediäre, Anwendungen, Verhaltensweisen, Kommunikationsinfrastrukturen, etc. eine Relevanz für die öffentliche Meinungsbildung aufweisen.

Die Beschreibung der Aktivitäten unterschiedlicher Intermediäre und Nutzer oben in Kapitel V zeigen eine Vielfalt und Aktivitäten mit Meinungsbildungsrelevanz. Deutlich erkennbar sind die Auswirkungen auf die öffentliche Meinungsbildung bei der Löschung von Inhalten durch Intermediäre sowie der Sperrung von Konten und Nutzer. Die in der Regel marktmächtigen Anbieter können damit über Art und unter Umständen auch Inhalte in öffentlicher Debatte relativ weitgehend Einfluss ausüben. Dies ist verstärkt problematisch, falls Inhalte gelöscht respektive Konten gesperrt werden anhand inhaltlicher Kriterien wie etwa der politischen Ausrichtung.

Relevant für die öffentliche Meinungsbildung sind aber auch die Aktivitäten der Filterung, Sortierung, des Verlinkens und Aggregierens von Inhalten durch Intermediäre: Sie sorgen durch diese Aktivitäten dafür, dass einzelne Inhalte vereinfacht auffindbar und entsprechend wohl ebenfalls vermehrt zur Kenntnis genommen werden, während andere Inhalte, etwa weil der Suchalgorithmus sie erst an 75. Stelle platziert oder sie im Newsfeed auf einem sozialen Netzwerk nicht erscheinen, weniger auffindbar und deshalb weniger genutzt werden. Durch diese *Lenkung der Aufmerksamkeit* können die An-

²¹¹ Vgl. PILLE (Fn. 15), S. 300 ff., 314 ff. Er macht den Regulierungsbedarf von sozialen Netzwerken abhängig von folgenden zwei Faktoren: 1. Meinungsrelevanz, 2. Gefahren für freie Kommunikation (durch bestehende Gefährdungslagen für Freiheit und Pluralität der Kommunikation).

bieter (verbunden mit ihrer in der Regel oligopolistischen Stellung) einen starken Einfluss auf die Wahrnehmbarkeit von Inhalten in der öffentlichen Debatte ausüben. Wie oben festgehalten, ist der Einfluss von Löschungen, Kontosperrern und der Lenkung der Aufmerksamkeit auf die öffentliche Meinungsbildung besonders gross, da Netzwerkeffekte dazu geführt haben, dass die einzelnen Anbieter in ihrem Bereich regelmässig eine enorme Marktmacht haben und zum Teil eine beinahe monopolistische Stellung haben.

Online Intermediäre sortieren, filtern und verlinken Inhalte mittels Algorithmen. Wie oben festgestellt kann die algorithmisierte und personalisierte Sortierung von Inhalten unterschiedliche Auswirkungen auf die gesellschaftliche Meinungsbildung haben: Ob Phänomene wie *Filter Bubbles*, *Echo Chambers*, oder zunehmende diskriminierende Tendenzen in der Informationsvermittlung tatsächlich existieren, ist aktuell weder belegt noch widerlegt. Dass durch personalisierte Informationsvermittlung mit Hilfe von Algorithmen ein Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung stattfindet ist jedoch wahrscheinlich, auch wenn die benannten Phänomene nicht präzise belegt werden können und so nur möglich (nicht aber sicher) sind.

Relevant für die gesellschaftliche Meinungsbildung ist sodann die verbreitete Verwendung von Bots, insbesondere von sogenannten Social Bots und die damit verbundenen Phänomene von schädlichem Bot-Verhalten.²¹² Zu diesen Verhaltensweisen zählt insbesondere der Einsatz von Bots zu *Flooding*- und *Trolling*-Kampagnen sowie der Verbreiterung von Falschinformationen. Nutzer von Netzwerken können durch den massiven Einsatz von Bots andere Meinungen punktuell zum «ertrinken» bringen (*flooding*).²¹³ *Trolling*-Kampagnen können dazu führen, dass einzelne Personen aus Angst vor entsprechenden Reaktionen oder als Folge Äusserungen nicht mehr tätigen (oder gar auf die Nutzung bestimmter Netzwerke verzichten).²¹⁴ Und durch die schnelle und effiziente Verbreitung von Falschinformationen kann die gesellschaftliche Meinungsbildung unter Umständen zumindest kurzfristig beeinflusst werden.²¹⁵ Insgesamt haben alle drei Varianten von schädlichem Bot Verhalten also einen (potentiell grossen) Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung.

Indirekter zeigt sich die Meinungsbildungsrelevanz bei den Einflussmöglichkeiten von Internetzugangsanbietern, wozu insbesondere auch Internet Service Provider (ISPs) zählen. Stufen die Anbieter der Kommunikationsinfrastruktur die Übertragungsgeschwindigkeit nach dem Inhalt der Äusserungen ab oder nehmen Anbieter von Dienstleistungen Auswertungen von Randdaten oder auch von verwendeten Stichworten vor, so wirken sie damit auf die öffentliche Meinungsbildung ein: Im ersten Fall des privilegierten (weil z.B. schnelleren) Transports von Äusserungen aufgrund ihres Inhalts, werden Äusserungen je nach Inhalt bevorzugt behandelt und als Folge allenfalls in der Meinungsbildung auch stärker wahrgenommen. Im zweiten Fall ist davon auszugehen, dass Menschen ihr Kommunikationsverhalten mit Blick etwa auf die Speicherung und Auswertung von Randdaten der Kommunikation verändern und z.B. von der Thematisierung bestimmter Inhalte absehen.

²¹² Mit dem Begriff des «bad bot» MEG LETA JONES, Silencing Bad Bots: Global, Legal and Political Questions for Mean Machine Communication, in: *Communication Law & Policy* 23/2018, S. 159 ff.

²¹³ Wu, *Is The First Amendment Obsolete?* (Fn. 18), S. 565 ff.

²¹⁴ Wu, *Is The First Amendment Obsolete?* (Fn. 18), S. 560 ff.

²¹⁵ Wu, *Is The First Amendment Obsolete?* (Fn. 18), S. 568. Zur Verbreitung von Fake News im US-amerikanischen Präsidentschaftswahlkampf von 2016 etwa HUNT ALLCOTT/MATTHEW GENTZKOW, *Social Media and Fake News in the 2016 Election*, in: *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 31, S. 213 ff. (2017).

b. Gefahr für die öffentliche Meinungsbildung

Gefahren für die öffentliche Meinungsbildung durch die in Kapitel V erwähnten neuen Phänomene können sich unterschiedlich konkretisieren.

Die öffentliche Meinungsbildung ist zum einen durch Verhaltensweisen gefährdet, die *Äusserungen übermässig einschränken*. So wurde oben darauf hingewiesen, dass die Kontrolle über Äusserungen, die über Intermediäre vermittelt werden, regelmässig diesen privaten Akteuren obliegt. Dabei gehen Einschränkungen gestützt auf diese Kontrollmöglichkeit regelmässig weiter, als sie nach rechtlichen Standards möglich und zulässig wären. «Gleichmässig» übermässige Einschränkungen tangieren zwar weder das Gebot der Inhaltsneutralität noch notwendigerweise die für eine gesellschaftliche Meinungsbildung erforderliche Vielfalt an Meinungen. Allerdings laufen übermässige Einschränkungen in der Praxis die Gefahr, die Diskussion bestimmter Themen respektive ausgewählte Argumente oder Aspekte einer Gesellschaft zu behindern oder gar zu verunmöglichen. Darüber hinaus widersprechen sie insbesondere der grundlegenden Idee der Meinungsfreiheit, wonach eine tatsächliche gesellschaftliche Meinungsbildung nur erfolgen kann, wenn grundsätzlich alle Ideen, Meinungen und Informationen in die öffentliche Debatte eingebracht werden können (detaillierter dazu unten IV, 4 a ff.).

Gefahren für die öffentliche Meinungsbildung entstehen auch durch Strukturen oder Vorgehensweisen, welche die *Vielfalt* der verfügbaren Meinungen reduzieren oder zumindest eine entsprechende Gefahr zur Folge haben könnten. So wird etwa befürchtet, dass durch den verbreiteten Einsatz von Algorithmen in der Filterung und Sortierung von Informationen eine prioritäre Vermittlung von beliebten Inhalten stattfindet, welche dann – etwa weil sie in Ergebnislisten einer Suchmaschine zuerst aufgelistet werden – noch beliebter werden, da sie entsprechend mehr gesehen, häufiger besucht und gelikt werden. Dadurch, so die Befürchtung, würden diese beliebteren Inhalte in einer wechselseitigen Wirkung immer beliebter und immer vordergründiger, während weniger beliebte Inhalte zunehmend in den Hintergrund rücken und in der Folge vollumfänglich aus der öffentlichen Debatte verschwinden. Damit würde insgesamt die Vielfalt an verfügbaren Meinungen reduziert. Ähnliche Befürchtungen, wonach die Strukturen der Kommunikation im Internet die Meinungsvielfalt insgesamt beschränken, bestehen in Bezug auf die marktmächtige Stellung der einzelnen Anbieter.²¹⁶ Allerdings ist in Bezug auf letzteres Argument zu berücksichtigen, dass – selbst im Bereich eines einzelnen äusserst marktmächtigen Anbieter wie der Google Suchmaschine – weniger mangelnde Vielfalt an Meinungen ein Problem darstellt, sondern die in Bezug auf die überaus grosse Vielzahl an Meinungen und Inhalten (die durchaus sehr unterschiedlicher Art sind) begrenzte Aufnahmefähigkeit und Aufmerksamkeit der Menschen.²¹⁷

Die öffentliche Meinungsbildung kann sodann gefährdet sein bei Massnahmen und Strukturen, die einen *rechtsgleichen Zugang* zur Kommunikationsinfrastruktur verhindern oder zumindest nicht ermöglichen. So können strukturelle Ungleichheiten zwischen Intermediären und Nutzern im Zusammenspiel mit der regelmässig vorhandenen Marktmacht dieser Anbieter die Gefahr schaffen, dass diese ihre Nutzer ohne sachliche Kriterien ungleich behandeln respektive Inhalte ohne sachliche Kriterien oder gar mit einer diskriminierenden Absicht den Nutzern ungleich zur Verfügung stellen, ohne dadurch signifikante wirtschaftliche Nachteile befürchten zu müssen. Dadurch besteht ein erhebliches *Potential* sowohl der Einschränkung eines chancengleichen Zugangs zur öffentlichen Kommunikation wie auch einer inhaltsorientierten Lenkung der öffentlichen Debatte.

²¹⁶ KELLNER (Fn. 8), S. 70; PILLE (Fn. 15), S. 325.

²¹⁷ Vgl. etwa Wu, Is The First Amendment Obsolete? (Fn. 18), S. 548.

Gefahren für die öffentliche Meinungsbildung können auch entstehen, wenn durch *algorithmische Sortierung* von Informationen und Inhalten dem Publikum Information (zu) einseitig zur Verfügung gestellt wird. So besteht zumindest die Möglichkeit, dass bei zunehmend personalisierter und somit diversifizierter und möglicherweise einseitiger Informationsvermittlung eine Gefahr entsteht, dass der Gesellschaft insgesamt gemeinsame Diskussionsgrundlagen fehlen könnten. Verstärkt wird die Gefahr, wenn die Algorithmen, die Inhalte sortieren und verlinken, auf persönlichkeitsnahe Merkmale abstützen (dazu unten Kapitel VI, 4e).

Die öffentliche Meinungsbildung kann sodann durch den Einsatz von Bots gefährdet werden (vgl. dazu unten Kapitel VI, g f.). Konkrete Gefahren können sich auch durch Verhaltensweisen ergeben, welche die *freie Willensbildung vor Wahlen und Abstimmungen* beeinträchtigen, etwa indem die Verbreitung von falschen Äusserungen derart umfassend und weitverbreitet erfolgt, dass eine wirksame Korrektur der Information vor dem Wahl- oder Abstimmungstermin nicht mehr möglich ist (vgl. dazu unten Kapitel VI, 4 h).

Ebenfalls kann die öffentliche Meinungsbildung bei Massnahmen gefährdet sein, die Individuen davor abschrecken, bestimmte Inhalte zu diskutieren oder sich mit bestimmten Personen auszutauschen. Eine derartige Gefahr kann insbesondere durch die *Speicherung und Auswertung einer Kommunikation nach Stichworten oder von Randdaten der Kommunikation* geschaffen werden (vgl. dazu unten Kapitel VI, 4 j).

Staatliche Massnahmen sind zu erwägen, falls bestimmte Verhaltensweisen, Phänomene oder Strukturen – wie die oben erwähnten – konkrete Gefahren für die freie Kommunikation erkennen lassen.

Nimmt man die beiden abstrakten Voraussetzungen (Meinungsbildungsrelevanz und Gefahr für die öffentliche Meinungsbildung) zusammen, ist von einem Regulierungsbedarf bei meinungsbildungsrelevantem Verhalten oder entsprechenden Strukturen auszugehen, die eine Gefahr für die öffentliche Kommunikation darstellen könnten. Dabei besteht der Regulierungsbedarf in Bezug auf vergleichsweise genau bestimmbares Verhalten oder bestimmte Phänomene und die damit verbundenen Gefahren. Die präzise Formulierung der Gefahr und die entsprechend präzise Umschreibung des Regulierungsbedarfs stellt sicher, dass daraus fließende Gewährleistungspflichten und darauf gestützt getroffene Massnahmen der Verfolgung eines konkreten öffentlichen Interesses dienen und ihre Eignung, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit auch genau überprüft werden können.

c. Zulässige Massnahmen ohne Regulierungsbedarf

Führt die Analyse eines Phänomens oder einer Anwendung zum Schluss, dass im konkreten Fall *kein Regulierungsbedarf zum Schutz der öffentlichen Kommunikation* besteht, heisst das nicht, dass im entsprechenden Bereich staatliche Massnahmen nicht zulässig wären. Staatliche Regulierung ist auch ohne Vorliegen eines Regulierungsbedarfs zum Schutz der öffentlichen Kommunikation möglich, soweit sie andere legitime öffentliche Interessen verfolgt; allerdings müssen entsprechende Massnahmen wiederum die verfassungsrechtlichen Vorgaben insbesondere der Kommunikationsgrundrechte beachten.

Der Rahmen für eine konkrete Regelung (d.h. das «Ob» der Massnahme) bestimmt sich nach den allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen an staatliches Handeln: So muss die Massnahme insbesondere ein legitimes öffentliches Interesse verfolgen und verhältnismässig sein.²¹⁸ Bei der konkreten Ausgestaltung einer Regelung (d.h. dem «Wie» der Massnahme) ist auf eine grundrechtskonforme Ausgestaltung zu achten: Massnahmen, die die öffentliche Meinungsbildung beeinflussen respektive tangieren, müssen insbesondere inhaltsneutral ausgestaltet sein (siehe oben Kapitel IV).

Ein Beispiel solcher Massnahmen sind die bereits oben in Kapitel IV 3 erwähnten Förder- und Subventionsmassnahmen gegenüber der Presse und/oder des professionellem Journalismus. So sieht Art. 16 Abs. 4 PG aktuell eine indirekte Presseförderung durch verbilligte Beförderungstarife für abonnierten Tages- und Wochenzeitungen der Regional- und Lokalpresse sowie für Zeitungen und Zeitschriften von nicht gewinnorientierten Organisationen an ihre Abonnenten, Mitglieder oder Spender in der Tageszustellung vor. Im vom Bundesrat Ende April 2020 verabschiedeten Massnahmenpaket sind nun ein Ausbau der indirekten Presseförderung, eine Unterstützung von Online-Medien sowie allgemeine Massnahmen zugunsten der elektronischen Medien vorgesehen. So wird die Förderung der Lokal- und Regionalpresse nach Art. 16 Abs. 4-7 PG ausgebaut. Im RTVG wird die Förderung elektronischer Medien zudem an verschiedenen Stellen verankert. Ebenfalls wird ein neues Kapitel mit dem Titel «Fördermassnahmen zugunsten aller elektronischen Medien» vorgesehen. In einem neuen Bundesgesetz über die Förderung von Online-Medien (BFOM) sollen Beiträge zur Unterstützung von schweizerischen online Medienangeboten gesprochen werden können.²¹⁹ Gemäss Botschaft sollen diese Massnahmen Rahmenbedingungen schaffen «für ein vielfältiges, gleichwertiges Medienangebot in allen Regionen und Sprachregionen». Die Stärkung der Medien soll sicherstellen, dass die Medien «ihre Wächterfunktion» weiterhin wahrnehmen können²²⁰; damit wird auf die Rolle der Medien und zunehmend der online Medien in der Verwirklichung der demokratischen Funktion der Kommunikationsgrundrechte Bezug genommen (dazu oben II, 1a).

In der Literatur werden teilweise auch darüber hinaus gehende Massnahmen der Förderung von professionellem Journalismus vorgeschlagen; etwa indem ausgewählte publizistische respektive journalistische Angebote gefördert werden.²²¹ Auch wird verschiedentlich eine Art «Gütesiegel» für Informationen vorgeschlagen: So wird etwa die Idee einer Kennzeichnung professionell journalistisch erarbeiteter Inhalte eingebracht.²²² Ebenfalls wird vorgeschlagen, die «Medienkompetenz» in der Bevölkerung zu stärken, etwa durch entsprechende Bildungsangebote.²²³

Die verschiedenen beschriebenen Massnahmen der Presse- respektive Journalismusförderung sowie weitere breitere Fördermassnahmen können zulässig erscheinen, sofern sie ein öffentliches Interesse

²¹⁸ Vgl. Art. 5 BV.

²¹⁹ Die Massnahmen von Art. 76-76d E-RTVG zielen auf die Unterstützung der Aus- und Weiterbildung von Medienschaffenden und die Selbstregulierung der Branche soll finanziell unterstützt werden. Auch Agenturleistungen sollen unterstützt werden können und technologische Unterstützung im Bereich der digitalen Infrastrukturen sind ebenfalls vorgesehen. Vgl. Entwurf des Bundesrats für ein Bundesgesetz über ein Massnahmenpaket zugunsten der Medien, BBl 2020 4541, 4542 ff.

²²⁰ Botschaft des Bundesrats zum Massnahmenpaket zugunsten der Medien vom 29. April 2020, BBl 2020 4485.

²²¹ In diese Richtung etwa HOLZNAGEL (Fn. 184), S. 32 ff.; Herausforderungen für Medien und Öffentlichkeit in der Schweiz, Bericht der EMEK vom 30. Januar 2020, S. 16 ff.

²²² Vgl. NEUBERGER, Funktionale und defekte Öffentlichkeit (Fn. 188), S. 55 f.; Rückhalt für den Journalismus, Wie das Bewusstsein der Öffentlichkeit für journalistische Leistung im digitalen Zeitalter gestärkt werden könnte – ein Diskussionsbeitrag, Bericht der EMEK vom 21. November 2019, S. 13 f.

²²³ Rückhalt für den Journalismus, Wie das Bewusstsein der Öffentlichkeit für journalistische Leistung im digitalen Zeitalter gestärkt werden könnte – ein Diskussionsbeitrag, Bericht der EMEK vom 21. November 2019, S. 11.

verfolgen. Dieses besteht bei den beschriebenen Massnahmen der indirekten Presseförderung in der Förderung respektive der Erhaltung von Medienvielfalt und damit der Absicherung der Rolle der Medien als Akteure, die die Ausübung von Macht in einer Demokratie kritisch begleiten.²²⁴ Allerdings haben die einzelnen Massnahmen wiederum den Anforderungen der Kommunikationsgrundrechte zu genügen. So müssen Förder- und Subventionsmassnahmen inhaltlich neutral ausgestaltet sein und, wo und soweit sie gewährt werden, sind sie rechtsgleich zu gewähren. Ebenfalls ist zu beachten, dass Fördermassnahmen mit Blick auf die Verwirklichung der Kommunikationsgrundrechte nicht immer unproblematisch sind: So wird in der deutschen Literatur darauf hingewiesen, dass eine «verfassungsrechtlich einwandfreie Konstruktion solcher Subventionen» schwierig sei. So dürfe weder an die Tendenz oder den Inhalt der geförderten Angebote angeknüpft werden und auch könne die Förderung nicht losgelöst von der Akzeptanz der Bevölkerung gewährt werden. Als kritisch respektive schwierig zu bestimmen sehen STARCK/PAULUS auch die Kriterien, welche als Grundlage für eine Subventionierung herangezogen werden können.²²⁵ Problematisch ist eine Presse- respektive Medienförderung insbesondere auch dort, wo sie zu einer Verstärkung bestehender Meinungsmacht führt; d.h. auch die Auswirkungen von Fördermassnahmen sind zu berücksichtigen.

2. Regulierungszuständigkeit

Die Feststellung eines Regulierungsbedarfs in einem bestimmten Bereich führt dazu, dass festzulegen ist, wer zur Regulierung zuständig ist.

Wird in einem Bereich ein Regulierungsbedarf festgestellt, ist die Zuständigkeit zur Regulierung und Durchsetzung festzulegen. Diesbezüglich stehen dem Staat eine Vielzahl an Regelungsmöglichkeiten und Massnahmen offen: Mögliche Massnahmen können insbesondere im Bereich der Gestaltung organisatorischer oder verfahrensrechtlicher Anforderungen bestehen. Eher im Hintergrund dürfte im Kontext der Gewährleistung von notwendigen gesellschaftlicher Kommunikation vor dem Hintergrund neuer Gefahren die klassische Regulierung mit den Mitteln des Straf-, Zivil-, oder Wettbewerbsrechts stehen (etwa indem neue Straftatbestände geschaffen werden). Mit dieser Bekräftigung der Regulierungszuständigkeit des Staates inklusive der Zuständigkeit der Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung ist auch impliziert, dass eine Auslagerung der Zuständigkeit etwa der Anwendung oder Durchsetzung von Rechtsnormen an Private zwar nicht in jedem Fall unzulässig ist, aber an verfassungs- und insbesondere verfahrensrechtliche Voraussetzungen gebunden ist.²²⁶

Ein möglicher Einwand gegen diesen Ansatz einer Zuständigkeit des Staates und damit nicht der Intermediäre besteht dahingehend, dass Selbstregulierung – da sie den regulierten Unternehmen u.ä. die Regulierungshoheit überlässt – ein milderes Mittel sei zum Erreichen von Regelungszielen. Dieser Begründungsansatz ist im Bereich der Medienethik verbreitet. So wird regelmässig vorgebracht, dass ein Vorteil respektive ein Grund für die Kombinierung rechtlicher mit medienethischen Regeln im Bereich des Journalismus dazu diene, durch den Erlass medienethischer Standards rechtlicher Regulierung zuvor zu kommen.²²⁷ Der Vergleich der Selbstregulierung im Bereich des Journalismus über medienethischen Standards mit den Formen der Selbst- und Co-Regulierung im Bereich der Internet-Intermediäre

²²⁴ Für viele BGE 137 I 209 S. 211 f. (E. 4.2); EGMR Jersild v. Dänemark (GC), Nr. 15890/89 (1994), § 31; Vgl. FRANZ ZELLER/REGINA KIENER, in: Basler Kommentar, Art. 17 N 8. Siehe auch oben Kapitel IV, 1a.

²²⁵ STARCK/PAULUS, v. Mangoldt/Klein/Starck GG-Kommentar, Art. 5 N 158.

²²⁶ Vgl. dazu ausführlicher unten Kapitel VII, 2a.

²²⁷ ZELLER (Fn. 112), S. 109 ff.

hinkt jedoch diesbezüglich. Die medienethischen Regeln der Erklärung der Pflichten der Journalistinnen und Journalisten (Journalistenkodex) regelt für Medienschaffende verbindliche ethische Berufsstandards; entsprechend ist ein Erlass und eine Überwachung dieser durch Organe der berufsspezifischen Selbstregulierung sinnvoll. Sie ersetzen rechtliche Regeln nicht, sondern ergänzen sie. Die Formen der Selbst- und Co-Regulierung von Internet-Intermediären ergänzen zwar ebenfalls rechtliche Regeln (respektive haben zum Teil rechtliche Wirkungen). Die Selbst- respektive Co-Regulierung wird jedoch nicht gewählt, um rechtliche Regeln durch sinnvolle Berufsstandards zu ergänzen, sondern ein Ausweichen scheint stattzufinden, da die Durchsetzung bestehender rechtlicher Regeln schwierig und mühsam ist. Darüber hinaus sind die Regeln nicht Standards für eine relativ genau umrissene Berufsgruppe, sondern sie treffen die Gesellschaft als Ganze. Auch sind ihre Auswirkungen auf die öffentliche Meinungsbildung nicht milder (vgl. die Konsequenzen einer Beanstandung durch den Presserat), sondern können aufgrund der fehlenden Verfahren und ihrer umfassenden Anwendung auf einen grossen Teil der öffentlichen Debatte gar schwerwiegender sein.

Eine teilweise oder vollständige Auslagerung der Regulierungszuständigkeit an Private durch den Staat erscheint aus diesen Gründen in der Regel nicht zulässig, respektive wäre an spezifische verfassungsrechtliche Anforderungen gebunden. Allerdings ist der Staat bei der Anwendung und Durchsetzung rechtlicher Regeln auf Online-Plattformen regelmässig auf die Mitwirkung der privaten Intermediäre angewiesen. Aus diesem Grund sind Anbieter von Internetdiensten insofern an der Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung zu beteiligen, als ihnen weitgehende Mitwirkungspflichten auferlegt werden können (dazu unten Kapitel VII, 2b). Dabei kann eine Mitwirkung auch etwa durch Formen regulierter Selbstregulierung oder Co-Regulierung erreicht werden. Dabei bleibt aber sicherzustellen, dass die staatlichen Regelungen einerseits und die privaten Bestimmungen andererseits deutlich voneinander getrennt und je in den dafür vorgesehenen rechtlichen Formen erlassen werden. Dadurch muss gewährleistet werden, dass die demokratischen Verfahren der Rechtsetzung, die Prozesse der Rechtsanwendung durch Behörden und Gerichte auf der Seite des Staates klar unterschieden werden von den auf der Ebene des Privatrechts erlassenen Regulierungen der Intermediäre.

In diesem Kontext ist zudem zu erwähnen, dass die Intermediäre u.U. intensiv auf die öffentliche Debatte einwirken, ohne dass entsprechende staatliche Aufträge zur Regulierung oder Löschung bestimmter Äusserungen bestehen würden. Eine Kontrolle und Filterung der zur Verfügung gestellten Inhalte durch die Dienstanbieter erfolgt insbesondere gestützt auf ihre Community-Richtlinien. Diese Praktiken in der Anwendung von Community-Richtlinien u.ä. sind als Ausdruck der im Rahmen der Wirtschaftsfreiheit geschützten Gestaltungsmöglichkeiten der privaten Anbieter zulässig. Wo allerdings diese Regelungen und Inhaltskontrollen in der ihrer Auswirkung staatlichen Regeln gleichkommen – davon ist insbesondere bei grossen Plattformen mit Monopolstellung auszugehen – haben sie zum Schutz der öffentlichen Meinungsbildung wiederum bestimmten verfassungsrechtlichen Anforderungen zu genügen: So haben die Plattformen Kernelemente der Verfahrensgarantien und eine minimal rechtsgleiche Behandlung der einzelnen Nutzer zu garantieren (vgl. dazu unten Kapitel VII, 3).

3. Intermediäre als Objekt möglicher Regulierung

Aktuelle Ansätze und Ideen der Regulierung zur Sicherung der öffentlichen Meinungsbildung im Internet adressieren nicht nur Intermediäre, sondern auch etwa Anbieter von Kommunikationsinfrastruktur oder zielen – etwa als Fördermassnahmen – auf Anbieter von Informationen. Trotzdem stellt sich insbesondere die Frage, wie Intermediäre bei Regulierungsfragen zu behandeln sind: ob sie allenfalls der-

art wichtige Dienste anbieten oder als Monopole auftreten, dass sie punktuell an die Grundrechte gebunden sein sollen, oder ob sie Radio und Fernsehen bezüglich wichtiger Aspekte sehr ähnlich sind und deshalb ähnlich wie diese zu regulieren sind.

a. Regulierung von Intermediären als Rundfunk?

Die Frage der Regulierung von Intermediären (oder von online Kommunikation insgesamt) als *Rundfunk* ist insbesondere die Frage danach, inwiefern Anbietern bestimmte Sorgfaltspflichten auferlegt werden können und inwiefern etwa Gebote der Sachgerechtigkeit und der Vielfalt auch auf Internet-Intermediäre angewendet werden können.

Ob und wenn ja Intermediäre analog dem Rundfunk reguliert werden sollen, wird in der Literatur und der Rechtsprechung ausführlich thematisiert; die Schlussfolgerungen sind nicht einheitlich. So wird verschiedentlich darauf hingewiesen, dass Internet-Intermediäre in ihrer Bedeutung in der Kommunikation Radio und Fernsehen sehr ähnlich sind: So halten DÖRR und SCHUSTER fest, dass Suchmaschinen (konkret Google) «im Wesentlichen» vergleichbar mit dem Rundfunk seien.²²⁸ Demgegenüber stehen Stimmen in der Lehre, insbesondere aber auch etwa die Rechtsprechung des U.S. Supreme Court, die eine Regulierung von Intermediären respektive der Kommunikation über die Technologien des Internet analog derjenigen in Radio und Fernsehen ablehnen. Der U.S. Supreme Court hat bereits im Jahr 1997 festgehalten, dass die Regeln für Radio und Fernsehen nicht auf Kommunikation im Internet anzuwenden seien.²²⁹ Auch in der Lehre wird etwa argumentiert, dass online Kommunikation zum einen zu heterogen sei, um sie insgesamt den Regeln für Radio und Fernsehen zu unterstellen.²³⁰ Zum andern sind die für den Rundfunk und die dort bestehenden rechtlichen Fragestellungen entwickelten Regelungen nicht auf die spezifischen neuen Phänomene und Problematiken der online Kommunikation zugeschnitten.

Die (grund-)rechtliche Erfassung von Intermediären als Rundfunk würde u.E. zwei Aspekte voraussetzen: Erstens müssten die Intermediäre Radio und Fernsehen in ihrer Funktion und Rolle im Meinungsbildungs- und Informationsvermittlungsprozess genügend ähnlich sein, damit die Anwendung der für den Rundfunk entwickelten Regeln angemessen wäre. Zweitens müssten die Gefahren und Problemlagen, welchen insbesondere mit den Anforderungen der Vielfalt und Sachgerechtigkeit begegnet wird, zumindest vergleichbar sein; denn nur so könnte sich die analoge Anwendung dieser im Bereich des Rundfunks bestehenden Pflichten rechtfertigen.

Eine Ähnlichkeit zwischen Rundfunk und Online-Intermediären besteht insofern, als heute Intermediäre, seien es Suchmaschinen oder Netzwerke wie Twitter oder Facebook, in der Informationsvermittlung eine wichtige Rolle einnehmen; die Hoheit über die Informationsvermittlung ist von den klassischen Intermediären (Presse, Radio, Fernsehen) in erheblichem Masse auf die neuen Intermediäre übergegangen. Es ist diese zentrale Rolle in der Informationsvermittlung und damit auch die Macht,

²²⁸ DÖRR/SCHUSTER, Suchmaschinen im Spannungsfeld zwischen Nutzung und Regulierung (Fn. 175), S. 286 ff.

²²⁹ United States Supreme Court, *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844, 868 ff. (1997) («Those factors are not present in cyberspace. Neither before nor after the enactment of the CDA have the vast democratic forums of the Internet been subject to the type of government supervision and regulation that has attended the broadcast industry. Moreover, the Internet is not as 'invasive' as radio or television. The District Court specifically found that 'communications over the Internet do not 'invade' an individual's home or appear on one's computer screen unbidden. Users seldom encounter content 'by accident' (...).»)

²³⁰ PILLE (Fn. 15), S. 354ff. Vgl. schon MARTIN DUMERMUTH, Radio- und Fernsehprogramme auf dem Internet, in: *Medialex* 1998, S. 22 f.

den öffentlichen Diskurs in vielfältiger Weise beeinflussen zu können, welche die Frage nach einer zumindest punktuell analogen rechtlichen Behandlung von Intermediären und Rundfunk hervorbringt.

Allerdings unterscheiden sich die die Online-Intermediäre in anderen entscheidenden Punkten deutlich von Radio und Fernsehen. So nehmen Intermediäre und Rundfunk insbesondere andere Rollen im Kommunikationsprozess ein. Speziell und neu an den Online-Intermediären wie sozialen Netzwerken, Suchmaschinen und ähnlichen²³¹ ist primär, dass sie Kommunikationsinhalte vermitteln und dabei die Inhalte selektieren und aggregieren; sie gestalten das Kommunikationsangebot aber nicht oder nur beschränkt nach redaktionellen, publizistischen Kriterien.²³² Damit unterscheiden sie sich von Rundfunkanbietern: Auch sie vermitteln Inhalte an ein breites Publikum. Ihre zentrale Rolle besteht jedoch darin, dass sie – selbst wenn sie die Inhalte nur teilweise oder gar nicht selbst generieren – einzelne Beiträge nach redaktionellen Kriterien auswählen, zusammenstellen und vermitteln. Zudem sind die Rollen und Funktionen der unterschiedlichen Online-Intermediäre äusserst unterschiedlich und einem stetigen Wandel unterworfen; sie pauschal analog zum Rundfunk behandeln wäre deshalb nicht angebracht.²³³

Darüber hinaus ist die Ausgangslage bei der Frage der Regulierung von Online-Intermediären eine andere (Bezug Regulierung-Gefahr). Das rundfunkrechtliche Vielfaltsgebot wurde formuliert vor dem Hintergrund beschränkter Frequenzen: Die Beschränkung der Kommunikationskanäle führt dazu, dass diejenigen, die Zugang erhalten, gewissermassen als «Treuhand» die gesamte gesellschaftliche Meinungsvielfalt abbilden sollen. Heute besteht die Problematik im Internet jedoch nicht mehr darin, dass es nicht genügend Information oder Informationskanäle gibt; im Gegenteil besteht die Problematik darin, dass die über Internet-Intermediäre vermittelten Inhalte zahlenmässig beinahe unbeschränkt sind und auch die Vielfalt sehr breit ist. Eine Folge besteht im Phänomen eines «Überangebots» an Informationen, das einzelne Äusserungen u.U. nahezu «ertränken» kann.²³⁴

Analoges gilt für das Sachgerechtigkeitsgebot nach Art. 93 Abs. 2 BV und Art. 4 Abs. 2 RTVG. Dieses geht auf die Vorgabe der Objektivität nach Art. 13 der früheren SRG-Konzession zurück.²³⁵ Wie diese ursprüngliche Anforderung der Objektivität ist das Sachgerechtigkeitsgebot vor dem Hintergrund der Relevanz von Radio und Fernsehen für die öffentliche Meinungsbildung zu verstehen: Eine Anforderung der Sachgerechtigkeit wird für Radio und Fernsehen als notwendig erachtet, da im Gegensatz zum Bereich der Presse («deren privatwirtschaftliche Struktur und Vielfalt (...) als ausreichender Garant für die freie Meinungsbildung betrachtet werden»²³⁶) das Angebot in Radio und Fernsehen begrenzt ist.²³⁷

U.E. ist deshalb denjenigen Stimmen in der Lehre und in der Rechtsprechung zu folgen, welche eine Anwendung der spezifischen Regelungen insbesondere des Vielfalts- und Sachgerechtigkeitsgebots für

²³¹ Vgl. zur Differenzierung oben I.

²³² KELLNER (Fn. 8), S. 27 f.

²³³ PILLE (Fn. 15), S. 354ff.

²³⁴ Vgl. Wu, Is The First Amendment Obsolete? (Fn. 18), S. 565 ff.

²³⁵ Botschaft Art. 55a aBV, BBl 1981 II 885, 933. Der bundesrätliche Entwurf von Art. 55a aBV enthielt weder eine Vorgabe der Objektivität noch ein Sachgerechtigkeitsgebot. Letzteres wurde in der parlamentarischen Debatte eingefügt. Vgl. ausführlich BEAT VONLANTHEN, Das Kommunikationsgrundrecht «Radio- und Fernsehfreiheit», Freiburg 1987, S. 268 ff.

²³⁶ So in den 80er Jahren der Bundesrat: Botschaft Art. 55a aBV, BBl 1981 II 885, 934.

²³⁷ Botschaft Art. 55a aBV, BBl 1981 II 885, 933 f.

Radio und Fernsehen auf Internet-Intermediäre ablehnen.²³⁸ Zum einen sind die Anwendungen äußerst vielfältig, zum anderen passen die für das Medium Radio und Fernsehen geschaffenen Regeln und insbesondere die Programmanforderungen kaum auf die unterschiedlichen neuen Gefährdungslagen. Die Regulierung von Intermediären bzw. Regulierung, um Gefahren zu begegnen, die durch neue Anwendungen und Phänomene entstehen, erscheint notwendig. Erforderlich sind allerdings Regulierungsansätze, die den spezifischen neuen Gefährdungslagen begegnen und dabei die Rollen und Funktionen der involvierten Intermediäre beachten.

b. Grundrechtsbindung marktmächtiger Intermediäre

Die Anwendung der spezifischen Regeln des Rundfunkrechts auf Internet-Intermediäre und über sie vermittelte Kommunikation wird aus den oben dargelegten Gründen abgelehnt. Trotzdem sind Internet-Intermediäre aufgrund ihrer häufig besonderen Stellung im öffentlichen Kommunikationsprozess punktuell besonderen Regeln zu unterwerfen.²³⁹

Intermediäre haben etwa in der Form einer Suchmaschine wie Google, eines sozialen Netzwerks wie Facebook oder Twitter oder eine Video-Sharing Plattform wie YouTube eine vorherrschende Stellung in der öffentlichen Meinungsbildung. Sie sind in ihrem Bereich in der Regel faktische Monopole oder jedenfalls Oligopole und haben entsprechende Möglichkeiten, etwa über Kontosperrungen, Zugangsbeschränkungen oder die koordinierte und systematische Löschung oder die Verweigerung oder Zulassung einer Verlinkung von Inhalten die öffentliche Debatte wesentlich zu beeinflussen.

Vor diesem Hintergrund ist u.E. davon auszugehen, dass aufgrund der elementaren Bedeutung der Intermediäre für die gesellschaftliche Meinungsbildung und der quasi-monopolistischen Stellung vieler Intermediäre davon auszugehen ist, dass diese marktmächtigen Online-Intermediäre punktuell an grundrechtliche Anforderungen gebunden sind.²⁴⁰

Von einer umfassenden Garantie oder Bindung der Intermediäre an die Kommunikationsgrundrechte ist nicht auszugehen, insbesondere wird vorliegend nicht die Ansicht vertreten, dass die Intermediäre bei der Vermittlung, Filterung und dem Sortieren von Äusserungen eine staatliche Aufgabe im Sinne von Art. 35 Abs. 2 BV wahrnehmen.²⁴¹ Aufgrund ihrer faktischen Monopol- oder Oligopolstellung und

²³⁸ PILLE (Fn. 15), S. 182 ff.: «Die Zuordnung der Online-Kommunikation zu einer der tradierten Medienfreiheiten ist [...] abzulehnen, weil sie zu unüberbrückbaren Subsumtionsproblemen führt, die aus der Heterogenität der Online-Kommunikation resultieren.»

²³⁹ Grundsätzlich zur Geltung von Grundrechten unter Privaten JÖRG PAUL MÜLLER, Verwirklichung der Grundrechte (Fn. 61), S. 50 ff.

²⁴⁰ Einen solchen Schluss lässt insb. die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts zu: BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 22. Mai 2019, 1 BvQ 42/19 - Rn. 15; BVerfGE 148, 267 (283 f.); BVerfGE 128, 226 (252 ff.). Noch ablehnend EGMR Appleby et al. v. UK, Nr. 44306/98 (2003), § 44 ff. Vgl. etwa auch die Hinweise bei KI, Intermediäre und Öffentlichkeit (Fn. 24), S. 22. Im Ergebnis ähnlich JACK M. BALKIN, Free Speech in the Algorithmic Society. Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation, 51 U.C. Davis Law Review 2018, S. 1162. Sogar die zurückhaltende US-amerikanische Rechtsprechung weist darauf hin, dass ein soziales Netzwerk wohl als «öffentliches Forum» einzustufen sei (*Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. _ 4 (2017) (slip opinion) mit Verweis auf *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844, 868. Allerdings ist die Rechtsprechung in den Vereinigten Staaten bezüglich eines Rechts auf Zugang zu sozialen Netzwerken weiterhin zurückhaltend. Vgl. *Langdon v. Google Inc.*, 474 F. Supp. 2d 622 (D. Del.) m.H. auf die Rechtsprechung des US Supreme Court zur Meinungsfreiheit in privaten Shopping Centres oder bei der Frage, ob der Betreiber eines «public forum» nach *Packingham* damit zum «state actor» wird (dazu *Prager University v. Google, Inc.*, 17-CV-06064-LHK, S. 14 (N. D. Cal. 2018)).

²⁴¹ Diese Ansicht suggerieren etwa DÖRR/SCHUSTER, Suchmaschinen im Spannungsfeld zwischen Nutzung und Regulierung (Fn. 175), S. 269 f.

ihrer Bedeutung im gesellschaftlichen Kommunikationsprozess sind sie u.E. verpflichtet, elementare Strukturen der Kommunikationsgrundrechte zu gewährleisten. Dazu gehören folgende:

Wo Intermediäre eine Kommunikationsplattform anbieten und den Nutzern ihre Dienste zur Vermittlung von Inhalten und Äusserungen zur Verfügung stellen, sind sie in der Gewährung des Zugangs zu ihren Diensten und insbesondere in der Sperrung dieses Zugangs an das Gebot der *Rechtsgleichheit* und an das *Diskriminierungsverbot* jedenfalls in spezifischen Konstellationen²⁴² gebunden. Dies gilt insbesondere für die Ausgestaltung von Community-Richtlinien und ihre Anwendung. Während die Grundrechte keinen Anspruch gewährleisten, eine bestimmte Äusserung posten zu können, oder gratis Zugang zu einer Plattform zu erhalten, wäre es mit den Kommunikationsgrundrechten nicht vereinbar, wenn etwa ein marktmächtiger Internet-Intermediär die Kostenlosigkeit des Zugangs von der politischen Gesinnung der Nutzer abhängig machte oder Nutzer bei der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religion von der Benutzung des Diensts ausschliesse.²⁴³

Auch hier bieten die Grundrechte nur minimale Garantien der Rechtsgleichheit und des Diskriminierungsverbots: Sie verpflichten private Intermediäre, die selber keine ideellen Ziele verfolgen, soweit sie eine Kommunikationsplattform anbieten, Nutzern dort einen rechtsgleichen Zugang zu gewähren, wo diese durch eine Verweigerung in ihren Kommunikationsgrundrechten und insbesondere auch in ihrer Persönlichkeit schwerwiegend beeinträchtigen würde. Letzteres kann insbesondere dort der Fall sein, wo Diskriminierungsverbote betroffen sind. Darüber hinaus sind die Auswirkungen von Zugangsbeschränkungen auf die öffentliche Kommunikation insgesamt mit zu berücksichtigen.

In diesem engen Bereich elementarer Rechtsgleichheit sind insbesondere Anforderungen an die Präzision und Intensität von Regelungen und Massnahmen, die Äusserungen der Nutzer einschränken, zu stellen. So sollten Massnahmen so gefasst sein, dass damit die problematischen Phänomene respektive die zu löschenden Äusserungen gezielt angegangen werden und nur Äusserungen nur soweit treffen, als es auch notwendig ist.

Über diese Garantie hinausgehend bilden die Grundrechte im Privatverhältnis zwischen Nutzer und Internet-Intermediär keinen Anknüpfungspunkt für einen umfassenden Ausgleich etwa sozialer Ungleichheiten, auch wenn sich diese faktisch auf die Möglichkeit der Beteiligung von Menschen am öffentlichen Diskurs auswirken. So sind die Kosten etwa einer schnellen Datenübertragung oder für die Premium-Nutzung eines Dienstes üblicherweise besonders hoch; dadurch wird der Zugang zu ihnen für wirtschaftlich wenig leistungsfähige Personen eingeschränkt. Gegen derartige wirtschaftlichen Ungleichheiten im Zugang zu Informationen, die mit keinen schwerwiegenden Einschränkungen der Kommunikationsgrundrechte oder anderen schwerwiegenden Einschränkungen der Persönlichkeit der Betroffenen verbunden sind, lassen sich aus den Kommunikationsgrundrechten keine direkten Gewährleistungspflichten oder Individualansprüche ableiten.

Überdies haben Intermediäre minimale verfahrensrechtliche Garantien zu gewährleisten. Wie erwähnt ist nicht von einer direkten und umfassenden Geltung der Kommunikationsgrundrechte zwischen Nutzer und Dienstanbieter auszugehen; trotzdem entfalten die Grundrechte in diesem Bereich eine gewisse Wirkung. Ihre materielle Verwirklichung kann dabei insbesondere durch die Gestaltung

²⁴² BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 22. Mai 2019, 1 BvQ 42/19 - Rn. 15.

²⁴³ Leicht abweichend aber im Ergebnis vergleichbar die Begründung in *Knight First Amendment Institute v. Donald Trump* (2nd Cir. 2019), S. 22 ff. Aufgrund der Art der im betreffenden Forum geäusserten Meinungen, sei Präsident Trumps Twitter Account zu einem *Public Forum* geworden mit der Konsequenz, dass Benutzer nicht aufgrund ihrer politischen Ansichten ausgeschlossen werden dürfen.

und Garantie von Verfahren erreicht werden, die einer minimalen Sicherung der grundrechtlichen Positionen dienen.²⁴⁴

Zu denken wäre etwa daran, dass Intermediäre ihre Löschungen von Inhalten oder Konten begründen und für die Nutzer in einer einfach auffindbaren Weise über Verfahrens- und Beschwerdemöglichkeiten informieren. Ebenfalls zu erwägen wäre die Anforderung einer Einrichtung von Kontaktstellen, an welche sich Personen bei Löschungen von Inhalten wenden können. Der Verfahrenssicherheit und Transparenz wäre auch gedient, wenn Intermediäre interne Beschwerdeinstanzen einsetzen würden, die Meldungen von unzulässigen Löschungen beurteilt diese wären nicht nur Meldestellen, sondern würden als Instanz dienen, bei der sich Personen gegen Löschungen tatsächlich in einem zu etablierenden Verfahren wehren können. Dabei wären Beschwerdeinstanzen sinnvoll, die eine gewisse Unabhängigkeit aufweisen und in ihrer Zusammensetzung und bezüglich der Beurteilungsgrundlagen transparent sind. Die Beurteilungen der Beschwerdeinstanzen müssten innert einer angemessenen Frist erfolgen und zumindest wichtige Beurteilungen respektive Entscheide über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einzelner Löschungen oder einer Lösungspraxis sollten öffentlich zugänglich sein.²⁴⁵

4. Regulierungsbedarf und -optionen

Wie oben herausgearbeitet, ist grundsätzlich dann von einem Bedarf an Regulierung auszugehen, wenn meinungsbildungsrelevantes Verhalten oder eine meinungsbildungsrelevante Funktion eines Intermediärs oder anderen Akteurs und eine besondere Gefährdung für die Grundrechte freier Kommunikation vorliegt.

Nachfolgend werden die unter Kapitel V identifizierten Gefahren für die öffentliche Meinungsbildung einzeln benannt, und es wird näher umschrieben, inwiefern ein Bedarf an Regulierung besteht. Die identifizierten Gefahren können von Verhaltens- und Organisationsweisen einzelner Intermediäre ausgehen (etwa, weil sie Inhalte löschen oder zur Sortierung von Inhalten Algorithmen verwenden), sie können aber auch strukturell begründet sein (darunter werden auch Gefahren erfasst, die es privaten Nutzern ermöglichen, möglicherweise unzulässig intensiv auf die Meinungsbildung einzuwirken).

a. Löschung von Inhalten

Eine erste Gefahr für die öffentliche Kommunikation besteht in der Möglichkeit von Inhaltenanbietern, einzelne Äusserungen und Inhalte ihrer Nutzer zu löschen.

Wie oben in Kapitel V beschrieben wirken Intermediäre auf die öffentliche Meinungsbildung ein, indem sie Inhalte löschen, etwa weil sie rechtswidrig sind oder gegen die Community-Richtlinien der Anbieter verstossen. Werden Inhalte gelöscht – sei es, um staatlichen Verpflichtungen nachzukommen²⁴⁶, sei es zur Aufrechterhaltung von «Community-Richtlinien» –, werden Äusserungen der öffentlichen Debatte entzogen. Damit ist die Praxis von Löschungen von Inhalten per se eine Aktivität mit *Meinungsbildungsrelevanz*. Die Meinungsbildungsrelevanz wird dabei verstärkt durch die marktmächtigen Positionen der einzelnen Anbieter: Wird eine bestimmte Kategorie von Äusserungen auf Facebook gelöscht

²⁴⁴ Vgl. zur Relevanz von Verfahren zur Verwirklichung des Grundrechtsschutzes etwa BVerfGE 53, 30 (65) (Mühlheim-Kärlich).

²⁴⁵ NY Times vom 6. Mai 2020, “We are a New Board at Facebook. Here’s What We’ll Decide (verfügbar unter: <https://www.nytimes.com/2020/05/06/opinion/facebook-oversight-board.html>).

²⁴⁶ Vgl. Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz, NetzDG) vom 1. September 2017 (BGBl. I S. 3352); EU Code of Conduct on Countering Illegal Hate Speech Online vom 31. Mai 2013; EU Code of Practice on Disinformation vom 26. September 2018.

oder in Google-Suchen systematisch nicht angezeigt, kann dies die öffentliche Debatte erheblich beeinflussen.

Eine vermutlich grosse Zahl gelöschter Inhalte betreffen rechtlich problematisch respektive gar unzulässige Äusserungen, etwa weil diese im strafrechtlichen Sinne pornografisch oder ehrverletzend sind, es sich um verbotene Gewaltdarstellungen handelt oder Urheberrechte verletzt werden.²⁴⁷ Allerdings werden auch Inhalte gelöscht, die *rechtlich zulässig* sind. So bezeichnen die Community-Richtlinien von Anbietern etwa sozialer Netzwerke regelmässig auch rechtlich zulässige Äusserungen als unzulässig: So sind zwei der Gründe für Löschungen auf YouTube «Nacktheit oder sexuelle Inhalte» und «Spam, irreführende oder betrügerische Inhalte». Rechtlich verboten sind jedoch weder Nacktheit noch Irreführung; und auch «Spam» dürfte nicht in jedem Fall gegen die Rechtsordnung verstossen. Was bei einer kleinen Zeitschrift kaum bedenklich wäre, hat bei grossen Oligopolisten wie Facebook oder Twitter die Wirkung, dass bestimmte – rechtlich zulässige – Inhalte weitgehend aus öffentlicher Debatte verschwinden.

Zudem sind die verwendeten Konzepte respektive Begriffe für unzulässige Inhalte regelmässig äusserst *unpräzise*: Bereits oben erwähnt wurden Beispiele von Lösungsgründen auf YouTube: So löscht das Netzwerk auch etwa Inhalte zum «Schutz von Kindern» oder weil sie «schädlich oder gefährlich» sind. Ebenfalls gelöscht werden hasserfüllte und beleidigende Inhalte. Während jedem Kriterium im Kern ein rechtliches Konzept zu Grunde liegen mag, sind die Formulierungen enorm breit und unbestimmt. Gleiches gilt auch für die YouTube-Lösungsgründe gestützt auf das Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)²⁴⁸ zumindest für den Begriff der «Hassrede» oder für «ungeeignete und gefährliche Inhalte».

Von derartigen Konzepten geht aufgrund ihrer Vagheit ein erheblicher *Chilling Effect* aus. Es ist den Nutzern kaum möglich, genau abzuschätzen, welche ihrer Beiträge noch zulässige kritische oder aggressive Äusserung sind, und welche etwa als Hassrede gelöscht werden. Es ist deshalb zu erwarten, dass viele Nutzer von kritischen, aggressiven und Teile der Bevölkerung schockierenden Äusserungen und Inhalten absehen werden, auch wenn diese rechtlich zulässig und in einigen Fällen gar gesellschaftlich erwünscht sein könnten.

Dieser Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung ist besonders problematisch, da regelmässig eine in erheblichen Masse *systematische und präventive Kontrolle von Inhalten* durchgeführt wird. Die publizierten Daten von YouTube etwa zeigen, dass zwischen November und Dezember 2019 knapp 91% der gelöschten Inhalte automatisch erkannt wurden (bei den entfernten Kanälen sind es über 99%) und von den entfernten Inhalten knapp 65 % gelöscht wurden, bevor sie angesehen wurden.²⁴⁹ Das Löschen von Inhalten durch Intermediäre dürfte damit regelmässig eine Folge systematischer und auch präventiver Kontrolle der vermittelten Inhalte sein. Damit erfüllen diese Praktiken als systematische und präventive Kontrolle von Äusserungen auf ihren Inhalt die traditionelle Umschreibung verfassungsrechtlich verbotener Zensur nach Art. 17 Abs. 2 BV. Die Praktiken unterscheiden sich alleine

²⁴⁷ Vermutung abgestützt auf die Zahlen zu gelöschten Inhalten gestützt auf das NetzDG und die Community Richtlinien publiziert durch Google/YouTube (verfügbar unter: <https://transparencyreport.google.com/netzdg/youtube?hl=de>; <https://transparencyreport.google.com/youtube-policy/removals?hl=de>).

²⁴⁸ Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz, NetzDG) vom 1. September 2017 (BGBl. I S. 3352).

²⁴⁹ Vgl. den Transparenzbericht von YouTube, verfügbar unter: <https://transparencyreport.google.com/youtube-policy/removals?hl=de>.

dadurch vom klassischen Zensurbegriff, dass die Kontrollen der Äusserungen nicht durch den Staat, sondern von Privaten vorgenommen werden.²⁵⁰

Es wäre u.E. allerdings grundrechtlich nicht richtig, entsprechende Praktiken und insbesondere den Einsatz von Upload-Filtern als Zensur absolut zu untersagen. Zwar ist zu anerkennen, dass diese weitverbreitete Praxis von präventiven Kontrollen von Äusserungen in der Struktur der Kommunikationsgrundrechte als äusserst problematische Art der Einschränkung zu erfassen ist. Zunächst ist festzuhalten, dass die Internet-Intermediäre über ein legitimes Interesse daran verfügen, dass über ihre Plattformen keine rechtswidrigen Inhalte verbreitet werden. So erscheint es legitim, das eigene privatautonome Handeln so auszugestalten, dass dabei die Rechtsordnung so weit als möglich eingehalten wird; die Vermeidung allfälliger Verantwortlichkeiten stellt demgegenüber lediglich ein sekundäres Interesse dar. Dem Interesse an der Einhaltung der Rechtsordnung dürfen sie, anders als der Staat, auch mit vorgängigen Massnahmen nachkommen. Die Sichtung und Sortierung von immensen Mengen an Material (seien es Posts, Videos oder Streams, etc.) durch die Intermediäre ist ohne Upload-Filter praktisch kaum denkbar. Ebenfalls dürfte anzunehmen sein, dass ohne diese Filterung eine Unmenge an Material über lange Zeiten online verfügbar wäre, welches aus Nutzer- und Betreibersicht nicht nur unerwünscht ist, sondern rechtswidrig ist. Die effiziente Filterung kann deshalb nur durch präventiv, systematisch und inhaltlich kontrollierende Algorithmen übernommen werden²⁵¹. Der Problematik dieser systematischen Inhaltskontrollen, die sie in die Nähe der klassischen Zensur rücken, ist folglich nicht dadurch Rechnung zu tragen, dass entsprechende Filter verboten würden. Vielmehr sind Massnahmen zu entwickeln, die darauf zielen, Verfahren einzurichten die garantieren, dass nicht mehr Inhalte und Äusserungen gelöscht werden als notwendig, und die sicherstellen, dass Personen, die Inhalte als zu Unrecht gelöscht ansehen, sich gegen die Löschungen wirksam zur Wehr setzen können. Zudem wäre zu überlegen, ob eine Berichterstattungspflicht der Plattformen gegenüber den Behörden über gelöschte (und allenfalls vorschnell gelöschte) Inhalte eine Form von Verantwortlichkeit herstellen könnte (vgl. so etwa § 2 NetzDG).

Rein praktisch verschärft sich die Problematik der Löschung von Inhalten zudem durch staatliche Anreize zur Löschung verbunden mit Sanktionsdrohungen. So sieht etwa das Netzwerkdurchsetzungsgesetz vor, dass Intermediäre rechtswidrige Inhalte innerhalb bestimmter Fristen zu löschen haben. Bei einer solchen zumindest teilweisen Delegation der Rechtsdurchsetzung an private Intermediäre scheint es nachvollziehbar, die Einhaltung der Verpflichtungen (etwa zur Löschung von Inhalten oder Konten) mit einer Sanktionsdrohung zu verbinden. Kommt ein Intermediär seiner Verpflichtung, rechtswidrige Inhalte in einer bestimmten Frist zu löschen oder den entsprechenden Autor zu melden

²⁵⁰ Vgl. BERKA, *The Free Speech Debate* (Fn. 7), S. 7 f. Zur Problematik privater präventiver Inhaltskontrollen unter dem Stichwort «collateral censorship» KATE KLONICK, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, 131 *Harvard Law Review* 1598, 1622 ff. (2018); JACK M. BALKIN, *Free Speech in the Algorithmic Society*, 51 *U.C. Davis Law Review* 1149, 1175 ff. (2018); JACK M. BALKIN, *Old-School/New-School Speech Regulation*, 127 *Harv. L. Rev.* 2296, 2308 und 2318 (2014). Vgl. für die Schweiz schon 2011: *Rechtliche Basis für Social Media*. Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Amherd 11.3912 vom 29. September 2011, S. 17 f.

²⁵¹ Der Einsatz von Algorithmen zu diesen präventiven und systematischen Inhaltskontrollen hat auch Vorteile: Vgl. etwa das Verfahren der «Content Moderators» gegen Facebook, welche mit einem Vergleich in der Höhe von 52 Millionen Dollar zu ihren Gunsten abgeschlossen wurde. Die Mitarbeiter machten Post-traumatische Belastungsstörungen wegen der gesichteten Gewaltdarstellungen geltend. Siehe Meldung *Washington Post* vom 13. Mai 2020, *Facebook content moderator details trauma that prompted fight for \$52 million PTSD settlement* Landmark case represents the first time a social media company will be required to compensate workers for their trauma (verfügbar unter: <https://www.washingtonpost.com/technology/2020/05/12/facebook-content-moderator-ptsd/>).

nicht nach, kann er gebüsst werden. Dieser Mechanismus ist im Bereich der Kommunikationsgrundrechte jedoch problematisch, denn er führt dazu, dass Intermediäre Inhalte im Zweifelsfall in überschiessendem Masse löschen, um Sanktionen durch den Staat mit Sicherheit verhindern zu können.²⁵²

Die Löschung von Inhalten stellt zudem eine Gefahr für die öffentliche Meinungsbildung dar, da die üblichen *staatlichen Verfahren* bei diesen Löschungen durch private Anbieter *nicht verfügbar* sind. Während etwa soziale Netzwerke Rubriken von Optionen vorsehen, bei welchen sich Nutzer beim Netzwerk melden können (Spam Inhalte, Verletzung der Community-Richtlinien, Verletzung der Privatsphäre, etc.), sind Informationen über Ansprechpersonen, etwa um gegen eine Löschung vorzugehen, schwierig auffindbar. Ebenfalls gibt es keine etablierten und öffentlich kommunizierten Verfahren zum Umgang mit gelöschten Inhalten an welchen insbesondere auch die Person, deren Inhalt gelöscht wurde, angehört wird.

Aus den erwähnten Gründen stellt die Möglichkeit von Löschungen von Inhalten durch intermediäre eine *erhebliche Gefahr für die öffentliche Meinungsbildung* dar. Es ist deshalb erforderlich, dass der Staat die Normen insbesondere des Strafrechts selbst durchsetzt und so verhindert, dass eigenes Handeln respektive Verhalten Anlass zu Massnahmen der Intermediäre gibt, welche eine Gefahr für die öffentliche Meinungsbildung darstellen (dazu unten V, 2a).

Anbieter sozialer Netzwerke, von Video-Sharing-Plattformen u.ä. werden Inhalte aber auch weiterhin löschen, selbst wenn sie nicht vom Staat dazu angestossen werden. Es ist aus diesem Grund erforderlich, dass staatliche Massnahmen ergriffen werden, welche sicherstellen, dass die Anbieter trotzdem in einer Art und Weise über vermittelte Inhalte entscheiden, die eine freie und unverfälschte öffentliche Meinungsbildung ermöglicht. Wie erwähnt entscheiden Intermediäre als quasi-Monopolisten faktisch über Zulässigkeit von Äusserungen im öffentlichen Diskurs. Auch wenn sie deshalb «nur» ihre Community Standards anwenden, können damit verbundene Löschungen eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Meinungsbildung darstellen.

b. Kontosperrern und Nutzerausschlüsse

Eine Gefahr für die öffentliche Meinungsbildung geht auch von Kontosperrern und Nutzerausschlüssen aus. Diese sind insbesondere ein Phänomen sozialer Netzwerke, sind aber auch etwa bei Video-Sharing-Plattformen zu beobachten und bei allen Netzwerken, welche Inhalte über Konten und Nutzer vermitteln denkbar.²⁵³

Verglichen mit der Löschung von Inhalten stellen Kontosperrern und Nutzerausschlüsse im Allgemeinen einen ungleich schwerwiegenderen Eingriff in die Rechte der gesperrten Nutzer und in die öffentliche Meinungsbildung dar: Während bei einer Löschung eines Inhalts dieser eine Inhalt entfernt wird, führt eine Konto- oder Nutzersperre dazu, dass die dahinterstehende Person auf dem betreffenden Netzwerk insgesamt keine Äusserungen mehr tätigen kann. Aufgrund der Marktmacht der einzelnen Netzwerke ist eine Sperrung nicht eine Einschränkung «am Rande», sondern führt etwa bei einer Sperrung eines Facebook- oder Twitter-Kontos dazu, dass die betreffende Person in einem zentralen Raum der öffentlichen Kommunikation faktisch nicht mehr teilnehmen kann.

Es ist vor dem Hintergrund der Bedeutung der Kommunikation im Internet und über die verschiedenen Intermediäre davon auszugehen, dass den Nutzern der Zugang zur Kommunikationsinfrastruktur von

²⁵² Siehe dazu Anwendung des NetzDG etwa in OLG Stuttgart, Beschluss vom 6.9.2018 – 4 W 63/18 (in ZUM 2019, 273 ff.)

²⁵³ Vgl. zur rechtlichen Einschätzung solcher Ausschlüsse KELLNER (Fn. 8), S. 87 f.; PILLE (Fn. 15), S. 314 ff.

Oligopolisten im Grundsatz offen stehen muss.²⁵⁴ Da Eingriffe durch Kontosperrungen diesen für die Grundrechtsausübung notwendigen Zugang zur Kommunikationsinfrastruktur schwerwiegend beeinträchtigen, ist von einem Regulierungsbedarf des Staates in diesem Bereich auszugehen (zur entsprechenden Gewährleistungspflicht unten VII, 3).

c. Ungleichbehandlung von Inhalten ohne sachliche Begründung

Suchmaschinen, soziale Netzwerke und andere Online-Intermediäre filtern, sortieren und aggregieren Kommunikationsinhalte. Diesem Verhalten der Informationsvermittlung ist eine Ungleichbehandlung der vermittelten Inhalte inhärent: Gestützt auf Kriterien der Relevanz, der Aktualität, verschiedenen Elementen des Kontexts, etc. wird der Algorithmus einer Suchmaschine beispielsweise Artikel A an erster Stelle platzieren und Artikel B erst an zwölfter Stelle. In gleicher Weise wird der Algorithmus auf Twitter oder Facebook einer Nutzerin gestützt auf ähnliche Kriterien den Tweet oder Post von Person C zuoberst anzeigen und den Tweet von Person D. erst an zehnter Stelle. Dasselbe gilt für Suchanfragen auf kommerziellen Portalen wie etwa Amazon, Booking.com oder AirBnB.

Diese Aktivitäten der Sortierung, Filterung und Aggregation – selbst wenn an ihnen aus grundrechtlicher Sicht nichts auszusetzen ist – üben einen potentiell erheblichen *Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung* aus. So entscheidet Google Page Rank durch die Sortierung von Inhalten bei einer Stichwortsuche über weite Strecken darüber, welche Beiträge, Webseiten, Informationen u.ä. die Nutzer verwenden werden; denn je weiter unten ein Ergebnis angezeigt wird, umso seltener wird es von den Benutzern der Suchmaschine gesehen.²⁵⁵

Diese der Vermittlung von Inhalten inhärente Ungleichbehandlung ist aus Sicht der Kommunikationsgrundrechte weder per se zu beanstanden, noch ist die Sortierung von Inhalten gestützt auf Kriterien wie der Aktualität, Beliebtheit, Relevanz etc. neu. So wählen auch traditionelle Medien ihre Beiträge nach inhaltsbezogenen Kriterien aus, respektive platzieren sie entsprechend.

Eine strikte Gleichbehandlung ist durch die Kommunikationsgrundrechte nicht gefordert; die entsprechende, zeitweilig geäußerte Forderung verkennt, dass jeglicher Vermittlung von Information (selbst dem privaten Telefongespräch zwischen zwei Personen) immer ein Element der Auswahl innewohnt; von einer Sortierung und Filterung geht deshalb nicht eine Gefahr für die öffentliche Kommunikation aus, sondern es sind primär der Kommunikation und Meinungsbildung notwendigerweise inhärente Prozesse. Zudem wäre die Forderung auch auf einer praktischen Ebene nicht umsetzbar: Es ist ja gerade der Zweck einer Suchmaschine, eines sozialen Netzwerks oder einer Plattform mit Hotelangeboten, dass diese Anbieter die grosse Menge an Inhalten für den Nutzer «brauchbar» sortieren und vermitteln.

Eine Gefahr für die öffentliche Meinungsbildung entsteht jedoch allenfalls dort, wo Intermediäre Inhalte von gesellschaftlicher Bedeutung ohne legitime sachliche Begründung ungleich behandeln. Zu denken wäre etwa daran, dass eine Suchmaschine auf das Stichwort «Wahlen 2022» Kandidierende oder Wahlinformationen der Regierungspartei anzeigt, nicht aber solche von Oppositionsparteien.

Eine Zuspitzung der Problematik findet sich sodann dort, wo eine Ungleichbehandlung von Inhalten aufgrund diskriminierender Merkmale stattfindet. Dies wäre beispielsweise dann der Fall, wenn eine

²⁵⁴ Vgl. zu diesem Aspekt des Zugangs als wichtigem Teil der Kommunikationsgrundrechte GRAFL, *Netzheerrschaft und Kontrolle* (Fn. 182), S. 57 ff.

²⁵⁵ Dies suggeriert etwa folgende Übersicht: SEO: So oft klicken Nutzer auf die ersten Positionen der Suchergebnisse (verfügbar unter: <https://t3n.de/news/seo-nutzer-suchergebnisse-650974/>).

Suchmaschine Inhalte, die mit einer bestimmten Religion assoziiert sind, systematisch nicht oder nur weit hinten auflistet.

Ein Regulierungsbedarf scheint vor dem Hintergrund dieser Überlegungen allenfalls dahingehend zu bestehen, dass durch rechtliche Anforderungen sicherzustellen ist, dass Suchmaschinen Inhalte nicht anhand unsachlicher Kriterien sortieren. Unzulässig wäre etwa eine Sortierung, wenn diese in ihrem Zweck oder ihrer Auswirkung Inhalte einer bestimmten Seite der öffentlichen Debatte zu bevorzugt oder wenn ein diskriminierender Zweck verfolgt wird (vgl. zu einer staatlichen Gewährleistungspflicht vgl. unten VII, 3).

d. Ungleichbehandlung im Zugang respektive bei der Übertragung von Inhalten

Auf die öffentliche Meinungsbildung können auch Verhaltensweisen von Anbietern der Kommunikationsinfrastruktur einwirken: Übermitteln ISPs Inhalte von verschiedenen Anbietern mit gleicher Grösse unterschiedlich schnell und bestimmt etwa die politische Ausrichtung der Inhalte die Übertragungsgeschwindigkeit, besteht ein erhebliches Einflusspotential auf die gesellschaftliche Meinungsbildung. Gleiches gilt, falls sie den Zugang zu ihrer Infrastruktur nicht allen Nutzern gleichermassen ermöglichen.

Für die Sicherstellung der gesellschaftlichen Meinungsbildung und der Gewährleistung von Meinungsvielfalt und kommunikativer Chancengleichheit i.S. gleicher Zugangschancen ist es deshalb unabdingbar, dass Anbieter von Kommunikationsinfrastruktur das Gebot der Netzneutralität beachten.²⁵⁶

e. Algorithmische Sortierung von Inhalten allgemein und unter Verwendung persönlichkeitsnaher Merkmale

Das Sortieren, Aggregieren und Filtern von Information ist in sich eine Handlung mit Meinungsbildungsrelevanz: Es findet eine Lenkung der Aufmerksamkeit auf bestimmte Inhalte statt. Verschiedene Aspekte der algorithmischen Sortierung von Inhalten können eine Gefahr für die öffentliche Meinungsbildung in darstellen.

Zunächst besteht eine Gefahr im Verbreiteten *Unwissen* oder dem unzureichenden Bewusstsein von Nutzern über die Praxis von algorithmischer Sortierung in der Informationsvermittlung.²⁵⁷ Zudem ist es oft auch nicht möglich zu wissen, aufgrund welcher Kriterien einer Nutzerin oder einem Nutzer welche Information angezeigt oder prioritär angezeigt wird. Eine wirksame Teilnahme an der gesellschaftlichen Meinungsbildung setzt voraus, dass Äusserungen kontextualisiert werden können. Dies impliziert auch, dass eine Einschätzung möglich sein muss, woher eine Information kommt, respektive dass allenfalls nur gewisse Ausschnitte oder Sichtweisen auf eine bestimmte Angelegenheit kommuniziert oder «empfangen» werden. Gerade dieses Bewusstsein und die Möglichkeit der Kontextualisierung von Informationen fehlt in der Vermittlung von Intermediären und ihrer algorithmischen Filterung regelmässig: Weshalb ein Inhalt angezeigt wird, kann zwar zum Teil erraten werden, aber die Gründe sind im Einzelnen oft nicht klar. Zudem kann (auch bei theoretischem Wissen über Filterprozesse) vergessen gehen, dass etwa auf einem Newsfeed eines sozialen Netzwerks wie Twitter oder Facebook Inhalte und Beiträge in Übereinstimmung mit «gelikten» oder «gefolgten» Konten aufgeführt werden

²⁵⁶ Grundlegend zum Begriff der Netzneutralität TIM WU, Network Neutrality, Broadband Discrimination (Fn. 90), S. 141 ff. Vgl. zum neuen Art 12e FMG unten V, 2b. Vgl. m.w.H. oben Kapitel IV, 1a.

²⁵⁷ Mit Verweis auf die Umfrage DREYER/SCHULZ, KI, Intermediäre und Öffentlichkeit (Fn. 24), S. 19 ff. Vgl. auch BIRGIT STARK, «Don't be evil». Die Macht von Google und die Ohnmacht der Nutzer und Regulierer, in: Birgit Stark/Dieter Dörr/Stefan Aufenanger (Hrsg.), Die Googleisierung der Informationssuche. Suchmaschinen zwischen Nutzung und Regulierung, Berlin/Boston 2014, S. 6 ff.; LIESEM (Fn. 14), S. 687.

und somit sehr oft insgesamt politisch eindeutig gewichtet sind. Eine deutlichere Transparenz darüber, dass Informationen algorithmisch personalisiert übermittelt werden und darüber, nach welchen Kriterien die Sortierung und Personalisierung erfolgt, kann helfen, ein theoretisches Wissen über die Vorgänge praktisch «erkennbar» zu machen und kann so das Bewusstsein für eine mögliche Problematik im Zusammenhang mit auf Personen zugeschnittener Informationsvermittlung schärfen. Denn das Phänomen der Sortierung und Filterung von Informationen durch Intermediäre in sich ist nicht neu; traditionelle Medien wie etwa Zeitungen sind typischerweise auch ideologisch gefärbt respektive wählen und präsentieren Inhalte in einer bestimmten Reihenfolge aus. Neu ist jedoch, dass die Informationsvermittlung über Intermediäre teils eine «Neutralität» der Inhalte suggeriert, die auch durch theoretisches Wissen darüber, dass sie keineswegs neutral ist, im Alltag einfach zu übersehen ist. Wird durch eine klarere Kommunikation über Algorithmen und Filterkriterien ein entsprechendes Bewusstsein geschärft, kann durch diese (etwa im Vergleich zu einer vollständigen Offenlegung des Algorithmus) wenig invasive Massnahme erreicht werden, dass Informationen und Inhalte bewusster als Ergebnisse von personalisierten Auswahlprozessen wahrgenommen werden.

Sodann wird eine Gefahr in der algorithmischen Sortierung von Inhalten auch darin gesehen, dass die Orientierung etwa an Kriterien der Beliebtheit von Inhalten dazu führt, dass beliebte Inhalte, Konten oder Webseiten auf Suchmaschinen, sozialen Netzwerken u.ä. in der Sortierung priorisiert werden, damit noch beliebter werden, während weniger beliebte Inhalte, Konten oder Webseiten durch die Sortierungsprozesse weniger prioritär aufgeführt werden und damit noch unbeliebter (da selten angeklickt oder gelikt) werden.²⁵⁸ Dadurch verstärkt die Sortierung bestehende gesellschaftliche Bewertungen gewisser Inhalte und überhöht diese. Sie kann damit dazu beitragen, dass die Vielfalt der Meinungen tendenziell vermindert wird.

Das verzerrende Potential einer algorithmischen Sortierung von Inhalten wird verstärkt, wo die Sortierung gestützt auf persönlichkeitsnahe Merkmale erfolgt. Aus Sicht der Kommunikationsgrundrechte erscheint dabei insbesondere die Gefahr von Bedeutung, dass durch eine derartige Sortierung schon bestehende Gruppenzugehörigkeiten verstärkt und dadurch das Entstehen von *Filter Bubbles* und *Echo Chambers* gefördert werden kann. Dadurch wird die gesellschaftliche Kommunikation insgesamt getroffen.

f. Einsatz von Bots

Wie unter Kapitel V ausgeführt, werden Bots etwa als *Chatbots* und *Social Bots* verbreitet verwendet und auch mit unterschiedlichen Gefahren für die öffentliche Meinungsbildung assoziiert. So können mittels Bots Falschinformationen kostengünstig, schnell und weit verbreitet werden, und Bots können für *Flooding-* und *Trolling-*Kampagnen eingesetzt werden. Zusätzlich zu diesen Formen von Bot-Verhalten, das der öffentlichen Kommunikation abträglich ist, kann auch «übliches» Bot-Verhalten die öffentliche Meinungsbildung beeinflussen und allenfalls gefährden.

aa. Vorspiegeln menschlicher Eigenschaft

Einen Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung hat wie oben erwähnt auch «übliches» Bot Verhalten: So kann durch massiven Bot-Einsatz etwa das Meinungsklima verändert und dem Publikum suggeriert werden, dass eine bestimmte Ansicht oder Erfahrung tatsächlich von vielen Menschen geteilt wird. Diese mit Bot-Äusserungen verbundenen Auswirkungen auf die gesellschaftliche Meinungsbil-

²⁵⁸ Vgl. KELLNER (Fn. 8), S. 70; PILLE (Fn. 15), S. 325 f.

dung sind insbesondere mit der Tatsache verknüpft, dass Bots in ihren Äusserungen menschliche Qualität vortäuschen. Dieses Verhalten erschwert für das Publikum die Einschätzung von Äusserungen: Insbesondere fehlt die Urheberschaft als Element des Kontexts, welcher notwendig ist, um die Bedeutung, Relevanz oder die Glaubwürdigkeit einer Äusserung einschätzen zu können. Zudem scheint das Vortäuschen menschlicher Eigenschaften die Wirksamkeit von schädlichem Bot Verhalten (siehe folgendes Kapitel) auch zu verstärken.

Ein breiter Regulierungsbedarf dahingehend, Bot-Äusserungen generell zu verbieten oder sie einem generell verminderten grundrechtlichen Schutz zu unterstellen, erscheint aufgrund einer fehlenden allgemeinen Gefahr nicht durch ein öffentliches Interesse gedeckt und auch nicht erforderlich. Bots sind nicht per se gefährlich, und lediglich weil die menschliche Urheberschaft entfernter ist, rechtfertigt sich auch nicht eine generelle weitergehende Einschränkungspraxis.²⁵⁹

Negative Auswirkungen respektive Gefahren für die öffentliche Meinungsbildung bestehen jedoch insoweit, als Bots typischerweise vorgeben, Menschen zu sein. Aufgrund dieser Konstellation scheinen Massnahmen geeigneter, die konkret jenen Gefahren begegnen, die vom Vortäuschen menschlicher Eigenschaften ausgehen. In diesem Bereich wird etwa eine allgemeine Kennzeichnungspflicht von Bots vorgeschlagen (vgl. im Detail unten V, 3). Ein Regulierungsbedarf gegenüber Bot-Äusserungen generell besteht u.E. dahingehend, Bot-Äusserungen als solche kenntlich zu machen. Damit ist jedoch nicht die Aussage verbunden, dass entsprechende Äusserungen in der öffentlichen Debatte generell weniger «Wert» haben und Einschränkungen stets in weitergehendem Masse zulässig wären.

bb. Flooding- und Trolling-Kampagnen

Faktisch verbunden mit Einsatz von Bots ist die Nutzung der Technologie für *Flooding-* und *Trolling-*Kampagnen. Es handelt sich dabei um Phänomene, bei welchen die Nutzer von Netzwerken sich die Struktur dieser zunutze machen, um durch Meinungsäusserungen mit Hilfe von Bots das Funktionieren der öffentlichen Meinungsbildung zu beeinträchtigen (siehe zum Phänomen oben Kapitel V, 9).

Durch *Flooding* kann es gelingen, über die zahlenmässig übermächtige Verbreitung von Inhalten einer bestimmten Art andere Inhalte in der Masse zu «ertränken» und so in der öffentlichen Debatte insgesamt untergehen zu lassen. *Trolling* zielt insbesondere darauf ab, durch gezielte provokative Beiträge in einer Diskussion Aufmerksamkeit zu absorbieren und so von der eigentlichen Diskussion abzulenken und diese so zu stören respektive ins Leere laufen zu lassen. Beide Phänomene weisen eine Meinungsbildungsrelevanz und ein Potential auf, die gesellschaftliche Debatte einseitig zu beeinflussen, indem durch *Flooding* einzelne Ansichten «ertränkt» werden respektive Troll-Armeen gezielt auf Diskussionen der politischen Gegner angesetzt werden.

Es besteht folglich ein öffentliches Interesse an Massnahmen, die spezifisch darauf zielen, derartiges Bot-Verhalten zu verhindern oder zumindest zu erschweren. Dabei scheint es auch hier nicht sinnvoll, diesen Verhaltensweisen durch die Schaffung neuer Straftatbestände oder eine Herabstufung des Schutzniveaus von Bot-Äusserungen per se zu begegnen. Angemessener erscheint es u.E., den Regulierungsbedarf präzise auf den Mechanismus schädlicher Bot-Verhaltensweisen abzustimmen: Sowohl *Flooding* als auch *Trolling* funktioniert nur, indem von Konten, Profilen u.ä. innerhalb kurzer Zeit sehr viele Posts, Nachrichten, u.ä. abgesetzt werden können; respektive das schädliche Element der Kampagnen besteht gerade in dieser Möglichkeit der Überflutung und des massiven, flächendeckenden

²⁵⁹ So sind auch Äusserungen durch Bots als Meinungsäusserungen im Rahmen der Kommunikationsgrundrechte geschützt. Vgl. ausführlich und m.H. SCHEFER, Kommunikationsgrundrechte (Fn. 29), Rz. 60 ff.

Einsatzes: Nicht der Inhalt ist besonders schädlich, sondern die Art und Weise der massenhaften Kommunikation. Eine mögliche Massnahme wäre entsprechend, diesem Phänomen durch die Regulierung derartigen Bot-Verhaltens zu begegnen, ohne inhaltlich auf die Äusserungen Einfluss zu nehmen. So wird beobachtet, dass «Superspreeder» von unzuverlässigen Informationen häufig Bot-Account sind.²⁶⁰ Folglich wäre es denkbar, auf sozialen Netzwerken eine tägliche Obergrenze für Tweets oder Posts einzuführen. Inhaltlich würde damit die öffentliche Kommunikation kaum tangiert und in der Regel dürften nur wenige Konten von Menschen – und nicht Bots – betroffen sein.²⁶¹ Allerdings ist der Eingriff für die prozentual wenigen betroffenen menschlichen Konten (und damit die Menschen) dahinter relativ intensiv: Zudem dürfte die Massnahme aufgrund der grossen Nutzerzahlen absolut betrachtet trotzdem sehr viele Personen betreffen.

cc. Bots und Fake News

Ähnlich wie bei *Flooding*- und *Trolling*-Kampagnen werden Bots auch verwendet, um mittels dieser Technologie Falschinformationen flächendeckend schnell zu verbreiten. Auch hier machen sich einzelne Nutzer oder Gruppen von Nutzern die Struktur der Netzwerke zunutze, um durch die flächendeckende Verbreitung von Falschinformationen das Funktionieren der öffentlichen Meinungsbildung zu beeinträchtigen.²⁶²

Auch Falschinformationskampagnen kann zumindest teilweise durch eine tägliche oder stündliche Obergrenze von auf einem Netzwerk verfügbaren Tweets respektive Posts begegnet werden (vgl. oben). Allerdings würde eine solche Massnahme diese Inhalte nur punktuell treffen, denn Falschinformationen respektive Falschinformationskampagnen sind für ihre erfolgreiche Wirkung nicht ausnahmslos auf massenweise Posts innert kürzester Zeit angewiesen. So kann sich auch ein einzelner Beitrag, wird er einmal von einem Nutzer oder einem Netzwerk mit grosser Verbreitungswirkung aufgenommen, rasend schnell verbreiten und im öffentlichen Diskurs festsetzen.²⁶³

Wie in Kapitel V erwähnt, erscheint die von schädlichem Bot Verhalten ausgehende Gefahr für die Meinungsbildung besonders akut im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen: Es ist anerkannt, dass die Willensbildung vor einem Urnengang einen zeitlich besonders sensiblen Bereich der gesellschaftlichen Meinungsbildung darstellt und aufgrund erhöhter Gefahr in diesem sensiblen Bereich auch ein erhöhtes Interesse an Regulierung besteht, um den entsprechenden Gefahren zu begegnen.

Aktuell erscheint es insbesondere fraglich, ob mit den bestehenden Mechanismen von Art. 34 BV der Dimension und auch der Wirksamkeit von Falschinformationen inkl. Falschinformationskampagnen verbreitet insb. über soziale Netzwerke wirksam begegnet werden kann.

Aufgrund der Gefahren für die gesellschaftliche Willensbildung im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen erscheint ein Regulierungsbedarf in diesem Bereich zu bestehen. Entsprechend wäre zu er-

²⁶⁰ CHENGCHENG SHAO/GIOVANNI LUCA CIAMPAGLIA/ONUR VAROL ET AL., The spread of low-credibility content by social bots, in: *Nature Communications* 9/2018/4787, S. 2 ff. Vgl. zur Bedeutung von automatisierten Twitter-Accounts auch BENCE KOLLANYI/PHILIP N. HOWARD/SAMUEL C. WOOLLEY, Bots and Automation over Twitter during the U.S. Election, *Comprop Data Memo*, 17.11.2016, S. 3

²⁶¹ Vgl. zu dieser Problematik unten Kapitel VII, 5.

²⁶² Dazu SCHEFER, *Kommunikationsgrundrechte* (Fn. 29), Rz. 93 ff.

²⁶³ Vgl. die Hinweise bei HUNT ALLCOTT/MATTHEW GENTZKOW, *Social Media and Fake News in the 2016 Election*, in: *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 31, S. 213 f. (2017).

wägen, gestützt auf Art. 34 BV Massnahmen zu ergreifen, um der Gefahr der Verzerrung der gesellschaftlichen Willensbildung durch gezielte und systematische Falschinformationskampagnen im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen wirksam begegnen zu können.

g. Netzwerkeffekte

Wie oben skizziert wurde, können Netzwerkeffekte massgeblich dazu beitragen, dass eine Tendenz zur Bildung von Monopolen oder Oligopolen verstärkt wird und dadurch die effektive Wahlfreiheit von Benutzern und Anbietern von Werbung insbesondere auf sozialen Netzwerken und Suchmaschinen erheblich eingeschränkt wird. Einschränkungen des Zugangs oder der Vielfalt an zugelassenen Meinungsäusserungen durch die Betreiber solcher Plattformen können dadurch die gesellschaftliche Kommunikation insgesamt erheblich beeinträchtigen. Entsprechend können Netzwerkeffekte von erheblicher Relevanz für die Meinungsbildung sein und Anlass zu staatlicher Regulierung bieten.

h. Chilling Effect ausgehend von Randdatenspeicherung und ähnlichen Massnahmen

Nicht lediglich direkte Einwirkungen auf die gesellschaftliche Kommunikation kann eine Gefahr für die öffentliche Meinungsbildung darstellen, sondern auch auf andere Ziele ausgerichtete Verhaltensweisen, die in ihren praktischen Auswirkungen dazu führen, dass Individuen bestimmte Inhalte nicht mehr diskutieren. So wurde oben darauf hingewiesen, dass die Speicherung etwa von Randdaten der Kommunikation, aber auch eine inhaltliche Auswertung beispielsweise nach bestimmten Stichworten und die Verwendung dieser Daten beispielsweise für Werbezwecke Individuen davor abschrecken kann, bestimmte Inhalte zu diskutieren oder sich mit bestimmten Personen über die elektronische Kommunikationsinfrastruktur auszutauschen.

Entsprechende Praktiken der Auswertung der Kommunikation greifen nicht direkt in die private oder öffentliche Kommunikation ein: Personen können sich weiterhin mit jedem und jeder über alle Themen austauschen. Das Wissen oder die Befürchtung, dass Randdaten etwa eines Gesprächs, persönliche Daten einer Recherche oder Inhalte privater Kommunikation von Anbietern gespeichert und allenfalls aus- und weiterverwertet werden, können jedoch dazu führen, dass Personen von zulässigen Äusserungen, bestimmten Stichwortsuchen oder Kontakten mit anderen Personen absehen, weil sie sich vor den Konsequenzen einer solchen Speicherung von Randdaten der Kommunikation fürchten. Die Gefahr für die Kommunikationsgrundrechte besteht nicht unmittelbar in der Speicherung von Kommunikationsdaten oder ihrer inhaltlichen Auswertung, sondern darin, dass Personen im Wissen um eine solche Praxis ihr Kommunikationsverhalten verändern und namentlich in bestimmten Bereichen anders kommunizieren werden. Deswegen ist eine Abschreckungswirkung schon anzunehmen, wenn Personen sich nicht sicher sein können, ob allenfalls bestimmte Randdaten oder Stichworte gespeichert und weiterverwertet werden. Derartige Abschreckungswirkungen (*Chilling Effect*) stellen Gefahren für die öffentliche Meinungsbildung dar.²⁶⁴

Es kann deshalb erforderlich sein, dass durch entsprechende Massnahmen des Staates sichergestellt wird, dass Intermediäre und andere am Kommunikationsprozess und der Kommunikationsinfrastruktur Beteiligte nicht durch die erwähnten und ähnliche Praktiken zulässige Meinungsäusserungen zwischen Individuen abschrecken.

²⁶⁴ Vgl. zum *Chilling Effect* allgemein die Hinweise oben in Fn. 5.

VII. Staatliche Gewährleistungspflichten

Kapitel VI widmete sich der Frage, unter welchen Voraussetzungen von einem Regulierungsbedarf von Seiten des Staates ausgegangen werden kann. Vor diesem Hintergrund wurden Mechanismen identifiziert, die eine Gefahr für die öffentliche Meinungsbildung darstellen könnten und die allenfalls Gegenstand einer Regulierung sein können.

In diesem Kapitel werden gestützt auf diese Überlegungen staatliche Gewährleistungspflichten formuliert. Diese sollen so gefasst sein, dass dem Regulierungsbedarf Rechnung getragen und gleichzeitig die rechtlichen Positionen der online Intermediäre ebenfalls gewahrt werden.

1. Grundsatz

Die – für die Schweiz verbindliche – Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EGMR zu den Gewährleistungspflichten aus den Kommunikationsgrundrechten ist spärlich. Rechtsvergleichend wird auf die etwas weiter ausdifferenzierte Praxis des deutschen Bundesverfassungsgerichts eingegangen. Wie oben dargelegt, ergibt sich daraus insbesondere dann eine Gewährleistungspflicht des Staates, wenn elementare Voraussetzungen der Wahrnehmung der Kommunikationsgrundrechte in Frage stehen, die Strukturen der Kommunikation als solche betroffen sind, und der gesamtgesellschaftliche Kommunikationsprozess beeinträchtigt wird. Dabei können staatliche Gewährleistungspflichten nur so weit reichen, als die von ihnen geforderten Massnahmen mit den Grundrechtspositionen der betroffenen Intermediäre und weiterer an der öffentlichen Kommunikation Beteiligter vereinbar sind; insbesondere ist diesbezüglich erforderlich, dass jene Gewährleistungsmassnahmen getroffen werden, die möglichst wenig intensiv in die Grundrechte der Intermediäre eingreifen, präzise auf die von ihnen anvisierten Ziele zugeschnitten sind, und die für die Intermediäre zumutbar sind.

Die nachfolgenden Ausführungen nehmen den oben herausgeschälten Regulierungsbedarf auf und beurteilen ihn im Hinblick darauf, ob er Anlass zu Gewährleistungspflichten der Kommunikationsgrundrechte gibt.

2. Wahrnehmung der Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung durch den Staat

a. Verantwortlichkeit der Durchsetzung straf-, zivil- oder wettbewerbsrechtlicher und anderer Normen durch den Staat.

Eine erste in Kapitel VI identifizierte Gefahr für die öffentliche Meinungsbildung rührt daher, dass Intermediäre spezifische Inhalte oder Benutzerkonten löschen. Derartige Löschungen erfolgen nicht lediglich aus eigenem Anlass der Betreiber, sondern können auch Folge einer formellen staatlichen Delegation der Rechtsdurchsetzung (so etwa das NetzDG) oder auch formell komplexeren Anstössen durch Staaten oder die EU sein, entsprechende Löschungen vorzunehmen (so die *Codes of Conduct* der EU²⁶⁵). Diese Praxis führt zur Löschung von Inhalten, welche regelmässig weiter reichen, als es etwa strafrechtliche und straf- respektive zivilprozessrechtliche Regeln verlangen und erlauben würden: Nicht nur werden u.U. auch rechtlich zulässige Inhalte gelöscht, sondern Sanktionsdrohungen an die Intermediäre führen dazu, dass Inhalte präventiv gelöscht werden, ohne dass etwa die in staatlichen

²⁶⁵ EU Code of Conduct on Countering Illegal Hate Speech Online vom 31. Mai 2013; EU Code of Practice on Disinformation vom 26. September 2018.

Verfahren dafür erforderlichen zivilprozessrechtlichen Voraussetzungen gegeben wären.²⁶⁶ Verstärkt wird diese Problematik, da den Betroffenen kaum Verfahren zur Verfügung stehen, um sich gegen Löschungen zu wehren. Von den häufig vagen Formulierungen von unzulässigen Äusserungen geht zuletzt auch ein erheblicher *Chilling Effect* aus.

Vor diesem Hintergrund ist von einer Pflicht des Staates auszugehen, sicherzustellen, dass nicht durch das eigene Regelungsverhalten im Ergebnis die Kommunikationsgrundrechte unverhältnismässig stark eingeschränkt werden. Dabei handelt es sich streng genommen weniger um eine Gewährleistungspflicht als vielmehr um eine Anforderung an die Art und Weise, wie der Staat zum Zwecke des Schutzes von Rechtspositionen Einzelner und gewichtiger öffentlicher Interessen wie Schutz vor Diskriminierung, religiösem Frieden oder öffentlicher Sicherheit in die Kommunikationsgrundrechte eingreifen darf.

Vor diesem Hintergrund ist eine Pflicht des Staates dahingehend zu formulieren, dass die Rechtsdurchsetzung (etwa zur Ahndung von Straftaten, Urheberrechtsverletzungen, u.ä.) grundsätzlich durch den Staat selbst erfolgt. Die erhebliche Relevanz solcher Massnahmen für die Kommunikationsgrundrechte erfordert, dass entsprechende Löschungen erst nach Durchführung rechtsstaatlicher Verfahren angeordnet werden, in denen die Garantien der Verfahrensfairness in umfassendem Masse gewährleistet sind. Entsprechend ist nach hier vertretener Meinung grundsätzlich keine vom Staat angeordnete oder durch ihn angestossene vorgängige Löschung zulässig, sondern es sind die bestehenden zivil- und strafrechtlichen Verfahren durchzuführen, die für den Schutz der entsprechenden Rechtspositionen zur Verfügung stehen. Dies gilt auch in Fällen, wo die Durchsetzung respektive das Führen von Verfahren mühsam und kompliziert ist.

Dies bedeutet auch, dass nicht präventives Löschen im Vordergrund steht darf, sondern soweit möglich klassische rechtliche Verfahren und Sanktionsmöglichkeiten zur Anwendung kommen müssen; wird dabei ein Rechtsverstoss festgestellt, kann als Folge eine Löschung in Frage kommen.

Einer übermässig breiten Löschung von Inhalten kann der Staat weiter auch entgegenwirken, indem auf Abmachungen oder gar rechtliche Vorschriften verzichtet wird, welche Intermediäre dazu anleiten, sie verpflichten oder auch nur Empfehlungen aussprechen, Inhalte zu löschen, welche rechtlich zumindest teilweise zulässig sind. So stehen u.E. etwa die beiden *Codes of Conduct*²⁶⁷ zwischen der EU und unterschiedlichen Intermediären²⁶⁸ zur Bekämpfung von «Illegaler Hassrede» und «Falschinformationen» im direkten Widerspruch zur hier formulierten Gewährleistungspflicht des Staates, bestehende rechtliche Normen selbst durchzusetzen und dafür zu sorgen, dass durch eigenes Regelungsverhalten die Kommunikationsgrundrechte nicht übermässig eingeschränkt werden.

Eine Auslagerung dieser Aufgaben der Rechtsdurchsetzung an Private scheint nicht in jedem Fall ausgeschlossen: Sie ist u.E. jedoch nur zulässig, sofern entsprechende Befugnisse auf dem Weg der for-

²⁶⁶ Siehe etwa die Anwendung des NetzDG in OLG Stuttgart, Beschluss vom 6.9.2018 – 4 W 63/18 (in ZUM 2019, 273 ff.).

²⁶⁷ EU Code of Conduct on Countering Illegal Hate Speech Online vom 31. Mai 2013; EU Code of Practice on Disinformation vom 26. September 2018.

²⁶⁸ Dem Code of Conduct gegen illegale Hassrede haben sich Facebook, Microsoft, Twitter, YouTube, Instagram, Google+, Snapchat, Dailymotion und Jeuxvideo.com angeschlossen. Denjenigen gegen Falschinformation haben Facebook, Google (inkl. YouTube), Twitter, Mozilla, Microsoft sowie nicht näher benannte Vertreter der Werbeindustrie unterschrieben.

mellen Übertragung einer staatlichen Aufgabe erfolgen (Art. 178 Abs. 3 BV). Dabei haben entsprechend beliehene Private insbesondere die Verfahrensgrundrechte einzuhalten und das Verfahren hat unter Einhaltung der anwendbaren Verfahrensgesetze zu erfolgen.

b. Mitwirkungspflicht der Intermediäre bei der Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung

Aufgrund der technologischen und territorialer Gegebenheiten können die Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung etwa von strafrechtlichen Normen auf Online-Plattformen äusserst schwierig sein und sind ohne Mithilfe der Intermediäre faktisch regelmässig nicht möglich.²⁶⁹ Aus diesem Grund ist eine Zuständigkeit in der Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung des Staates praktisch nur denkbar mit einer relativ umfassenden Mitwirkungspflicht der Intermediäre.

So können Intermediäre dazu verpflichtet werden, auf staatliche Aufforderung hin in den einschlägigen Verfahren der Rechtsanwendung Informationen über die jeweiligen Personen zu liefern, die sich mutmasslich widerrechtlich geäussert haben, um so die Durchführung der relevanten Verfahren zu ermöglichen.

Bei diesen Verfahren unter Mitwirkung der Intermediäre stehen präventive Löschungen mutmasslich rechtswidriger Äusserungen nicht im Vordergrund: Grundsätzlich haben Intermediäre den Organen der Rechtsanwendung respektive der Rechtsdurchsetzung jene Informationen zu liefern, die zur Durchführung eines Verfahrens notwendig sind. Führt dieses Verfahren zur Einsicht, dass eine Äusserung oder ein Inhalt widerrechtlich ist, kann dieser in der Folge gelöscht werden. Allerdings können Intermediäre in Ausnahmefällen dazu verpflichtet werden, beim Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 261 f. ZPO Inhalte präventiv zu löschen. Eine solche präventive Löschung ist folglich nicht die Regel im Umgang mit mutmasslich widerrechtlichen Äusserungen, sondern die Ausnahme.

Falls Formen der Co-Regulierung oder Selbstregulierung ins Auge gefasst werden, müssten sie an derartige Mitwirkungspflichten anknüpfen²⁷⁰.

3. Verpflichtung von Intermediären zur Beachtung minimaler verfassungsrechtlicher Standards

a. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Umgang mit Inhalten

Wie mehrfach bemerkt, werden Intermediäre auch ohne staatliche Delegation von «Rechtsanwendungsbefugnissen» weiter aus eigenem Antrieb Meinungsäusserungen respektive Inhalte sortieren und allenfalls auch löschen, etwa zur Einhaltung ihrer Community-Richtlinien.

Diese Eingriffe in die öffentliche Meinungsbildung über ihre Dienste sind als Teil des Geschäftsmodells der einzelnen Anbieter unter dem Aspekt der Wirtschaftsfreiheit grundrechtlich geschützt und nicht per se unzulässig.

Wie jedoch bereits mehrfach festgehalten, verfügen die grossen Dienstanbieter als quasi-Monopole in ihrem Bereich über eine grosse Marktmacht und üben einen beträchtlichen Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung aus. Es ist deshalb von einer Gewährleistungspflicht des Staates dahingehend auszugehen, dass er Intermediäre verpflichten muss, minimale grund- und verfahrensrechtliche Regeln zu gewährleisten, um einen auf einer elementaren Ebene rechtsgleichen Zugang aller Benutzer zu den für

²⁶⁹ WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, *Regelungsstrukturen* (Fn. 82), S. 531 ff.

²⁷⁰ Zu den Grenzen zulässiger Co- und Selbstregulierung siehe oben Kapitel IV, 1b sowie IV, 2.

die gesellschaftliche Meinungsbildung relevanten Kommunikationsforen zu gewährleisten. Solche Garantien müssen sowohl bei der Ausarbeitung der Community-Richtlinien als auch bei ihrer Anwendung zum Tragen kommen.

Zunächst ist der Staat verpflichtet, dafür zu sorgen, dass die marktmächtigen Intermediäre ihre Community-Richtlinien im Licht der Kommunikationsgrundrechte ausgestalten und dabei Anforderungen der Präzision und der Inhaltsneutralität zu wahren. Präzise hat die Anwendung der Richtlinien einerseits dahingehend zu sein, dass von allzu weitgreifenden Katalogen von unzulässigen respektive unerwünschten Äusserungen abzusehen ist. Da ein Netzwerk, welches breite Kategorien von Inhalten verbietet, wirtschaftlich jedoch kaum erfolgreich sein dürfte, handelt es sich hierbei wohl nicht um eine praktisch im Vordergrund stehende Problematik.

Praktisch wichtiger ist deshalb ein Kriterium der *Präzision* in dem Sinne, dass der Katalog der auf einem Netzwerk unzulässigen und deshalb vom Anbieter zu entfernenden Inhalte präzise und für die Nutzer vorhersehbar formuliert ist: Die Aussage, Hate Speech oder «Nacktheit» sei auf einem Netzwerk nicht zulässig, kann je nach Verständnis der Begriffe unterschiedlichste Äusserungen umfassen und sowohl sehr eng als auch sehr weit ausgelegt werden. Um Vorhersehbarkeit zu garantieren und damit einen von den Richtlinien ausgehenden *Chilling Effect* zu verhindern ist es erforderlich, dass die Kategorien unerwünschter Äusserungen präzise gefasst werden. Notwendig ist dies auch, da eine sehr vage Formulierung von unzulässigen Äusserungen eine rechtsungleiche und allenfalls willkürliche respektive selektive Anwendung der Standards ermöglicht.

Darüber ist von marktmächtigen Intermediären bei der Gestaltung der Community-Richtlinien ein gewisses Minimum an *Inhaltsneutralität* zu fordern: So sind die Richtlinien insofern neutral zu fassen, als ein einseitiger Ausschluss etwa regierungskritischer Äusserungen nicht zulässig sein kann. Allerdings ist mit dieser Forderung nach einer minimalen inhaltlichen Neutralität nicht impliziert, dass Einschränkungen von Äusserungen aufgrund ihres Inhalts unzulässig wären. Möchte ein Netzwerk jegliche Formen der Darstellung von Gewalt oder etwa Nacktheit von ihrer Plattform entfernen, so ist dies möglich. Besonders zu berücksichtigen wäre zudem eine allfällige generelle politische, weltanschauliche oder religiöse Ausrichtung von Intermediären; diese würde eine weitergehende inhaltliche Ausrichtung der Plattform erlauben.

Diese Gewährleistungspflicht bezieht sich sowohl auf die Formulierung von Community-Richtlinien als auch auf ihre praktische Anwendung. Sie zielt darauf, eine minimale Chancengleichheit in der Teilhabe an der öffentlichen Kommunikation zu gewährleisten und dadurch die Vielfalt der zu Worte kommenden Meinungen auf einer elementaren Ebene zu sichern. Aus unserer Sicht zu weitgehend wäre ein generelles Verbot der Privilegierung oder des Ausschlusses gewisser Inhalt, wie dies PILLE²⁷¹ formuliert, im Sinne einer Art von «Netzneutralität» auf der Ebene der Inhalte. Zudem erschiene das Verbot der Diskriminierung journalistisch-redaktionell gestalteter Angebote, auf deren Wahrnehmbarkeit die Intermediäre besonders hohen Einfluss haben, wie es in § 94 E-MStV vorgesehen ist, eine allenfalls zulässige staatliche Massnahme, nicht aber als unmittelbarer Ausfluss einer grundrechtlichen Gewährleistungspflicht.²⁷²

²⁷¹ PILLE (Fn. 15), S. 361.

²⁷² Vgl. zur Diskriminierungsfreiheit nach § 94 E-MStV KARL-HEINZ LADEUR/TOBIAS GOSTOMZYK, Das Medienrecht und die Herausforderung technologischer Hybridisierung. Eine Kommentierung der Regelungen zu Medienintermediären im Entwurf des Medienstaatsvertrags der Länder, in: K&R 11/2018, S. 691

Von erheblicher Bedeutung für die Gewährleistung der öffentlichen Kommunikationsgrundrechte sind insbesondere auch verfahrensrechtliche Anforderungen an die Löschung von Inhalten und Benutzerkonten. So ist an marktmächtige Intermediäre die Anforderung zu stellen, dass sie ihre Löschungen mit einer minimalen Begründung versehen. Diese kann auch automatisiert erfolgen, muss aber die tatsächlich tragenden Gründe benennen und genügend präzise sein, damit die betroffene Person nachvollziehen kann, weshalb ihr Inhalt oder ihr Konto gelöscht wurde. Ebenfalls müssen die Intermediäre den Nutzern in gut auffindbarer, klarer und verständlicher Weise Informationen geben über Verfahrens- und Beschwerdemöglichkeiten; sowohl bezüglich Meldungen von unzulässigen Inhalten als auch bezüglich eigener gelöschter Inhalte. Zu diesem Zweck ist die Forderung der Einrichtung einer Kontaktstelle im eigenen Land, bei der sich Nutzer bei mutmasslich unzulässiger Löschung von Inhalten oder Konten melden können, zu unterstützen²⁷³, wenn sie u.E. auch nicht direkt Gegenstand einer staatlichen Gewährleistungspflicht ist. Unabhängig davon muss der Staat dafür sorgen, dass die Intermediäre nicht nur eine Möglichkeit der Meldung vorsehen, sondern ebenfalls Verfahren einrichten, in welchen sich Personen gegen beanstandete Löschungen zur Wehr setzen können. Erforderlich ist dabei, dass eine solche Instanz eine gewisse Unabhängigkeit aufweist, in ihrer Zusammensetzung transparent ist²⁷⁴ und Meldungen in angemessener Frist behandelt. Eine Pflicht zur Veröffentlichung von Ergebnissen in Key Cases, wie sie neu von Facebook vorgeschlagen wird²⁷⁵, erscheint für die Transparenz und Nachvollziehbarkeit der Anwendung von Community-Richtlinien jedenfalls hilfreich.

Zur Wahrnehmung seiner Gewährleistungspflicht hat der Staat insgesamt nicht nur die entsprechenden Anforderungen an die Ausgestaltung und Anwendung der Community-Richtlinien der Intermediäre zu stellen, sondern er muss auch sicherstellen, dass die entsprechenden Anforderungen tatsächlich umgesetzt werden. Die Art und Weise, wie dies erfolgen soll, vermögen die Kommunikationsgrundrechte nicht vorzugeben; dies bleibt den zuständigen Behörden überlassen. Sie wählen jene wirksame Methode, die möglichst geringfügig in die Grundrechte des Intermediärs eingreift. Eine Möglichkeit der Überprüfung der Erfüllung könnte etwa darin bestehen, dass eine Berichterstattungspflicht ähnlich derjenigen in § 2 NetzDG geschaffen wird.

Den Intermediären – insbesondere den sozialen Netzwerken – ist es darüber hinaus überlassen, problematische Inhalte mit Kennzeichnungen zu versehen. So hat beispielsweise Twitter Kennzeichnungen für irreführende Informationen eingeführt; etwa im Zusammenhang mit Falschinformationen über Corona (SARS-CoV-2) und Covid19.²⁷⁶

Verfassungsrechtliche Anforderungen haben die Intermediäre des Weiteren nicht nur bei der Löschung von Inhalten zu erfüllen. Wie oben in Kapitel VI 4c umschrieben, können auch von den Prozessen der Sortierung und Filterung von Inhalten Gefahren für die öffentliche Meinungsbildung ausgehen. Während eine strikte Gleichbehandlung von Inhalten bei der Sortierung von den Kommunikationsgrundrechten nicht gefordert ist, so ist davon auszugehen, dass eine Ungleichbehandlung in der Sor-

²⁷³ Mit der Forderung eines Zustellungsbevollmächtigten etwa § 92 E-MStV.

²⁷⁴ Vgl. etwa die Instanz, die Facebook einsetzt: NY Times vom 6. Mai 2020, "We are a New Board at Facebook. Here's What We'll Decide (verfügbar unter: <https://www.nytimes.com/2020/05/06/opinion/facebook-oversight-board.html>).

²⁷⁵ NY Times vom 6. Mai 2020, "We are a New Board at Facebook. Here's What We'll Decide (verfügbar unter: <https://www.nytimes.com/2020/05/06/opinion/facebook-oversight-board.html>).

²⁷⁶ VOX vom 11. Mai 2020, «Twitter now labels misleading coronavirus tweets with a misleading label» (<https://www.vox.com/recode/2020/5/11/21254889/twitter-coronavirus-covid-misinformation-warnings-labels>).

tierung von Inhalten durch marktmächtige Intermediäre ohne legitime sachliche Gründe oder gar gestützt auf diskriminierende Merkmale eine Gefahr für die öffentliche Meinungsbildung darstellen kann, die der von diskriminierenden Löschungen ausgehenden Gefahren in ihren Auswirkungen ähnlich sein kann. Entsprechend ist von einer staatlichen Gewährleistungspflicht einer minimalen Inhaltsneutralität für marktmächtige Internetintermediäre ohne spezifische politische, weltanschauliche oder religiöse Ausrichtung nicht nur bezüglich der Gestaltung und Anwendung der Community-Richtlinien, sondern auch bei der Festsetzung von Filter- und Sortierungskriterien auszugehen.

b. Verfassungsrechtliche Anforderungen an den Zugang zur Kommunikationsinfrastruktur und geschaffenen Kommunikationsräumen

Grundrechtliche Gewährleistungspflichten des Staates zur Regulierung von Intermediären, sowohl der Internetinhalteanbieter als auch der Internetzugangsanbieter, bestehen auch im Bereich des Zugangs zur Kommunikationsinfrastruktur sowie zu geschaffenen öffentlichen Kommunikationsräumen.

Zunächst ist von einer Gewährleistungspflicht auszugehen im Bereich der Vermittlung von Inhalten über ISPs und somit dem Zugang zur Kommunikationsinfrastruktur. Art. 12e FMG verankert unter dem Titel «offenes Internet» die Grundsätze auf einfach-rechtlicher Ebene. So hält die Bestimmung in Absatz 1 fest, dass Anbieterinnen von Internetzugängen Informationen übertragen, «ohne dabei zwischen Sendern, Empfängern, Inhalten, Diensten, Dienstklassen, Protokollen, Anwendungen, Programmen oder Endgeräten technisch oder wirtschaftlich zu unterscheiden. Dieses Gebot der Netzneutralität wird ergänzt durch einen abschliessenden Katalog von Gründen, gestützt auf welche eine unterschiedliche Behandlung bei Notwendigkeit zulässig sein kann. Ebenfalls hält die Bestimmung fest, dass bei solchen Ungleichbehandlungen die Öffentlichkeit zu informieren ist. Hier braucht nicht näher darauf eingegangen zu werden, in welchem Masse die Bestimmungen von Art. 12e FMG grundrechtlich erforderlich sind und wo sie über das verfassungsrechtlich erforderliche Minimum hinausgehen.

Sodann ist von einer Pflicht des Staates auszugehen, gewisse Rahmenbedingungen für eine minimale Chancengleichheit mit Bezug auf den Zugang zu Kommunikationsforen zu formulieren.

An marktmächtige Intermediäre ist die Anforderung zu stellen, dass sie bei der Ausgestaltung des Angebots ihrer Dienste dort einen rechtsgleichen Zugang gewähren, wo die Nutzer durch eine Verweigerung in ihren Kommunikationsgrundrechten und insbesondere auch in ihrer Persönlichkeit schwerwiegend beeinträchtigen würden. Letzteres kann insbesondere dort der Fall sein, wo Diskriminierungsverbote betroffen sind. Zudem sind die Auswirkungen von Zugangsbeschränkungen auf die öffentliche Kommunikation insgesamt mit zu berücksichtigen. Diese Anforderungen gelten jedenfalls insoweit, als keine generelle ideelle Ausrichtung des Intermediärs vorliegt.

Damit bleibt eine Verweigerung des Zugangs zulässig, wenn die Eingriffe in die Kommunikationsgrundrechte und den verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz mit der daraus folgenden Rechtungleichheit gerechtfertigt erscheinen und die Auswirkungen auf die öffentliche Kommunikation insgesamt von geringer Intensität sind. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auch der Grundsatz der Verhältnismässigkeit von Bedeutung. Dies erscheint insbesondere relevant bei Kontosperrungen. Wie oben in Kapitel VI, 4b erwähnt, stellen Konto- oder Nutzersperren schwerwiegende Eingriffe in die Grundrechte der betroffenen Nutzer aber auch in die öffentliche Meinungsbildung insgesamt dar. Die Sperrung eines Kontos oder eines Nutzers von einem Dienst darf deshalb nur in Frage kommen, wenn

andere, weniger intensive Massnahmen (etwa die Löschung von widerrechtlichen oder gegen die Community Richtlinien verstossenden Äusserungen) nicht erfolgreich sind und eine Konto- oder Nutzer-sperre für die betroffene Person auch zumutbar erscheint.

4. Verpflichtung zur Transparenz respektive Information über eingesetzte Algorithmen

Intermediäre filtern und aggregieren Informationen und andere Kommunikationsinhalte mit Hilfe von Algorithmen. Die einzelnen Nutzer wissen dabei in der Regel nicht oder nur ansatzweise, wie respektive gestützt auf welche Kriterien die ihnen präsentierten Informationen sortiert, gefiltert und ihnen auf Suchmaschinen, sozialen Netzwerken u.a. zugänglich gemacht werden. Zudem zeigen Studien, dass einer grossen Zahl von Nutzern nicht bewusst ist, dass nicht nur Werbung, sondern auch Inhalte ideeller Art über Algorithmen sortiert werden.²⁷⁷ Wie oben dargelegt, kann Unwissen über den Einsatz und die Ausgestaltung von Algorithmen dazu führen, dass Informationen ohne diesen Kontext anders wahrgenommen werden und insbesondere zu wenig berücksichtigt wird, dass über Intermediäre vermittelte Informationen in der Art und Reihenfolge ihrer Präsentation das Ergebnis von mehr oder weniger personalisierten Filterprozessen sind. Damit wird ein notwendiger Teil der gesellschaftlichen Kommunikationsstruktur (Einordnung von Informationen in einen grösseren Kontext) möglicherweise beeinträchtigt.

Eine minimale Transparenz über die Tatsache der Filterung und die Präsentation auch ideeller Inhalte gestützt auf die Filterung erscheint für die öffentliche Kommunikation unabdingbar; ohne eine gewisse Möglichkeit der Kontextualisierung von Informationen fehlen elementare Voraussetzungen der individuellen Meinungsbildung und -äusserung; der Einzelne sieht sich Möglichkeiten seiner eigenen Manipulation ausgesetzt, von denen er unter Umständen nicht einmal Kenntnis hat.

Entsprechend erachten wir es als unabdingbare Voraussetzung einer wirksamen Gewährleistung der Meinungsfreiheit, dass der Staat eine minimale Transparenz über den Einsatz von Algorithmen zur individuellen Steuerung ideeller Inhalte sicherstellt.

Der Einsatz von Algorithmen zur Filterung und Sortierung von Informationen sowie deren genaue Ausgestaltung sind als Aspekte der Ausgestaltung einer Dienstleistung unter der Wirtschaftsfreiheit der Intermediäre geschützt. Die Intermediäre sind entsprechend grundsätzlich frei darin zu entscheiden, wie sie Algorithmen einsetzen und wie ihre Algorithmen ausgestaltet sind. Eine mögliche Vorschrift zur Transparenz bezüglich des Einsatzes von Algorithmen und den verwendeten Sortierungskriterien hat deshalb den Interessen der Betreiber am Schutz insbesondere der genauen Ausgestaltung der Algorithmen angemessenen Rechnung zu tragen.

Eine Gewährleistungspflicht des Staates dahingehend, von Intermediären mehr Transparenz und Information über den Einsatz und die Ausgestaltung von Algorithmen zu fordern, kann den dargelegten Gefahren für die öffentliche Meinungsbildung begegnen. Um sicherzustellen, dass dabei nicht unverhältnismässig in die grundrechtlichen Positionen der Intermediäre eingegriffen wird, ist insbesondere darzulegen, was Transparenz in diesem Kontext bedeutet.

²⁷⁷ Vgl. oben Kapitel VI, 4e. Mit Verweis auf die Umfrage DREYER/SCHULZ, KI, Intermediäre und Öffentlichkeit (Fn. 24), S. 19 ff. Vgl. auch BIRGIT STARK, «Don't be evil». Die Macht von Google und die Ohnmacht der Nutzer und Regulierer, in: Birgit Stark/Dieter Dörr/Stefan Aufenanger (Hrsg.), Die Googleisierung der Informationssuche. Suchmaschinen zwischen Nutzung und Regulierung, Berlin/Boston 2014, S. 6 ff.; LIESEM (Fn. 14), S. 687.

Eine staatliche Verpflichtung der Intermediäre, mehr Transparenz über Einsatz und Ausgestaltung von Algorithmen zu gewährleisten, hat sich in ihrer Art und ihrem Umfang am Zweck einer solchen Pflicht zu orientieren. Sie soll sicherstellen, dass Nutzer von Diensten wie etwa Suchmaschinen oder sozialen Netzwerken wissen, wo Algorithmen eingesetzt werden und welche Kriterien für eine erfolgte Sortierung primär relevant sind. Eine Vorschrift zu Transparenz ist zu verstehen als die Verpflichtung zur Bereitstellung von Informationen an die Nutzer zunächst über die Tatsache, dass Beiträge durch Algorithmen sortiert werden. Im Einzelnen wäre zudem näher festzulegen, wie weitgehend die Intermediäre die zur Sortierung verwendeten Kriterien und deren Gewichtung bekannt geben müssen, sodass die Ergebnisse z.B. einer Stichwortsuche oder auch die Anzeigen im Newsfeed eines sozialen Netzwerks für die Nutzer nachvollziehbar sind.²⁷⁸ So verlangt etwa der neu geschaffene § 93 E-MStV von Medienintermediären u.a. eine Information über die «zentralen Kriterien einer Aggregation, Selektion und Präsentation von Inhalten und ihre Gewichtung einschliesslich Informationen über die Funktionsweise der eingesetzten Algorithmen in verständlicher Sprache».²⁷⁹

Damit unterscheidet sich eine derartige Transparenzverpflichtung von einer eigentlichen Offenlegung der Algorithmen oder gar der dahinterstehenden Programmcodes: Eine Verpflichtung zu Transparenz über Einsatz und Ausgestaltung von Algorithmen bedeutet nicht, dass Details der Ausgestaltung oder gar ein Programmcode offengelegt werden müssten. Die Offenlegung solch sensibler Geschäftsgeheimnisse würde einen erheblichen Eingriff in die Rechtspositionen der Intermediäre darstellen und wäre zudem kaum geeignet, den Zweck einer Transparenzvorschrift zu erreichen: Denn die Publikation des hinter einem Suchalgorithmus stehenden Codes verschafft dem allgemeinen Publikum keine Information und kein Wissen über relevante Sortierungskriterien.²⁸⁰

5. Rahmenbedingungen für Bot-Äusserungen

Wie in Kapitel VI, 4f dargelegt, werden Bots zu vielfältigen Zwecken in der öffentlichen Kommunikation über Intermediäre eingesetzt. Mit ihrer Verwendung sind zahlreiche Gefahren für die gesellschaftliche Meinungsbildung verbunden, die eine Regulierung notwendig machen. Dabei zeigt sich insbesondere, dass eine Art von Bot-Verhalten, das aus Sicht der Meinungsfreiheit besonders problematisch erscheint, in der Täuschung über die menschliche Eigenschaft liegt; darin liegt zudem ein wichtiger Teil des «Erfolgs» der Äusserungen von Bots.

Der Einsatz von Bots in der Kommunikation kann als Aspekt der Meinungsfreiheit der Nutzer und auch der Wirtschaftsfreiheit der Plattformen geschützt sein. Bei der Frage, ob Bot-Äusserungen als Meinungen im Rahmen der Kommunikationsgrundrechte grundrechtlich geschützt sind, ist zu differenzieren: Ist die Bot-Äusserung inhaltlich vom Menschen dahinter gesteuert (wird etwa ein Tweet von einem Menschen geschrieben und durch den Bot vervielfacht und an passenden Stellen platziert), so stellt diese Äusserung eine klassische Form der Meinungsäusserung dar; nur das Mittel respektive das Werkzeug der Äusserung ist neu. Diese Äusserungen sind vom Schutzbereich der Kommunikationsgrundrechte erfasst. Zu differenzieren ist bei komplexen Bot-Äusserungen, welche durch «lernende» Algorithmen gesteuert werden. Während die dahinterstehenden Programme durch Menschen geschrieben wurden, ist die einzelne Äusserung nicht mehr einem Menschen zurechenbar, sondern ergibt sich aus der Summe von Inputs einer Vielzahl von Nutzer. So sind einzelne Antworten von Amazon Echo oder Tweets eines «lernenden» Chatbots nicht mehr auf einen Menschen zurückzuführen. Analoges gilt für

²⁷⁸ Vgl. PILLE (Fn. 15), S. 362 f.

²⁷⁹ § 93 (1) E-MStV.

²⁸⁰ Vgl. PILLE (Fn. 15), S. 362 f.

Ergebnis-Listen von Suchmaschinen²⁸¹ oder die Autocomplete-Funktion einer Suchmaschine²⁸². Bei diesen von einer menschlichen Urheberschaft entfernten Äusserungen ist ein umfassender Schutz durch die Kommunikationsgrundrechte gleich dem von menschlichen Äusserungen nicht gerechtfertigt. Da die demokratische Dimension der Kommunikationsgrundrechte jedoch auch in diesem Bereich zum Tragen kommt, sind Bot-Äusserungen trotzdem soweit geschützt, als eine Einschränkung den Zweck verfolgt oder die Auswirkung hat, die gesellschaftliche Meinungsbildung zu beeinflussen.²⁸³

Es erschiene deshalb mit der Wirtschafts- und allenfalls Meinungsfreiheit jener, die Bots einsetzen, nur schwer vereinbar, den Einsatz von Bots generell zu verbieten: Äusserungen von Bots sind zudem nicht per se gefährlich, sodass ein umfassendes Verbot auch nicht erforderlich erschiene.

Präziser auf die Problematik (Täuschung über menschliche Eigenschaft) ausgerichtet und zudem weniger intensiv in die rechtlichen Positionen der Anbieter eingreifend ist eine Verpflichtung gegenüber den Nutzern von Bots, Bot-Äusserungen für alle erkennbar zu kennzeichnen. Bereits vorgeschlagen ist eine derartige Kennzeichnung von Bots beispielsweise im Bot Disclosure Law in Kalifornien²⁸⁴; ebenfalls vorgeschlagen wird eine ähnliche Kennzeichnungspflicht im neuen Medienstaatsvertrag. So verpflichtet § 18 (3) E-MStV Anbieter von Telemedien in sozialen Netzwerken bei «mittels eines Computerprogramms automatisiert erstellten Inhalten oder Mitteilungen den Umstand der Automatisierung kenntlich zu machen, sofern das hierfür verwandte Nutzerkonto seinem äußeren Erscheinungsbild nach für die Nutzung durch natürliche Personen bereitgestellt wurde. (...)».²⁸⁵

Verpflichtungen zur Offenlegung des Einsatzes von Bots berühren zwar die Verwender solcher Bots im Allgemeinen in einem Aspekt ihren Kommunikationsgrundrechte respektive die Plattformen in ihrer Wirtschaftsfreiheit, denn grundrechtlich geschützt sind insbesondere auch die Mittel der Kommunikation respektive die Gestaltungsmittel des wirtschaftlichen Angebots. Allerdings erscheint der durch eine Kennzeichnung erfolgende Eingriff (wenn überhaupt ein solcher anzunehmen ist) jedenfalls nicht schwerwiegend: Die durch Bots getätigten Äusserungen blieben dadurch im gleichen Umfang möglich; es würde dadurch keine Äusserung verboten. Die Regelung ist zudem inhaltsneutral und verzerrt so

²⁸¹ V.a. in den Vereinigten Staaten wird teilweise die Ansicht vertreten, die Auswahl und Reihenfolge der Suchergebnisse lasse eine publizistische Wertung erblicken, wie sie auch in traditionellen Medien erfolgen. So etwa EUGENE VOLOKH/RICHARD M. FALK, Google First Amendment Protection for Search Engine Results, *The Journal of Law, Economics & Policy* 2012, Vol. 8, S. 883 ff.; ANDRAS KOLTAY, *New Media and Freedom of Expression*, Oxford 2019, S. 117 ff. Andere weisen darauf hin, dass eine Suchmaschine den Zweck hat, in der Menge von verfügbaren Informationen relevante Inhalte zu finden, ohne dabei einen eigenen Beitrag zu diesen Inhalten zu leisten. So WU, *Machine Speech* (Fn. 110), S. 1529 f.

²⁸² Vgl. MEG LETA JONES, *Silencing Bad Bots: Global, Legal and Political Questions for Mean Machine Communication*, in: *Communication Law & Policy* 23/2018, S. 159 ff. Zur Frage der Ehrverletzung durch Google Autocomplete Urteil BGH, 14.05.2013, VI ZR 269/12.

²⁸³ Umfassend dazu SCHEFER, *Kommunikationsgrundrechte* (Fn. 29), Rz. 60 ff. Vgl. ähnlich BERKA, *The Free Speech Debate* (Fn. 7), S. 4 f.; KEVIN DANKERT/STEPHAN DREYER, *Social Bots – Grenzenloser Einfluss auf den Meinungsbildungsprozess?*, in: *K&R* 2/2017, S. 74 f.; MADELINE LAMO/RYAN CALO, *Regulating Bot Speech*, *UCLA Law Review* 2019, Vol. 66, S. 998 ff.

²⁸⁴ Gesetz vom 28. September 2018, i.K. 1. Juli 2019: CAL BUS. & PROF. CODE, § 1749 ff. (West 2019). Dieses Gesetz verbietet den Einsatz von Bots zur Kommunikation in einer Weise, welche über die künstliche Urheberschaft der Äusserung täuscht, um damit Dritte bewusst über den Inhalt der Kommunikation irrezuführen und sie so zu einer wirtschaftlichen Transaktion zu bewegen oder die freie Willensbildung vor Wahlen und Abstimmungen zu manipulieren.

²⁸⁵ § 18 (3) E-MStV.

auch nicht die öffentliche Meinungsbildung. Eine Kennzeichnung verdeutlicht lediglich, dass hinter einer bestimmten Äusserung nicht direkt ein Mensch steht.²⁸⁶ Der Einwand, dass mit einer Kennzeichnungspflicht auch «gute» Bots getroffen werden, verkennt den Zweck einer Kennzeichnung zumindest teilweise²⁸⁷: Eine Verpflichtung zur Kennzeichnung von Bots soll nicht «böse» Bots bestrafen oder Äusserungen von Bots pauschal abwerten. Die Kennzeichnung dient dazu offen zu legen, welche Äusserungen automatisiert erfolgen und lediglich indirekt von Menschen stammen, sodass die Empfängerinnen und Empfänger diese Inhalte entsprechend einschätzen und bewerten können. Dass damit auch der automatische Post oder die automatische Antwort der berühmten Sängerin als von einem Bot stammend gekennzeichnet wird, ist gerade Zweck der Regelung und nicht eine nicht-intendierte Nebenfolge.²⁸⁸

Wie oben in Kapitel VI ausgeführt besteht ein Regulierungsbedarf im Bereich von Bot-Äusserungen auch dahingehend, der öffentlichen Kommunikation abträglichem Bot-Verhalten wie *Flooding* oder *Trolling*, das zum Erfolg wesentlich auf Bot-Äusserungen angewiesen ist, zu begegnen. Wirksam minimiert werden könnten *Flooding*- und *Trolling*-Kampagnen u.U. dadurch, dass eine Obergrenze von Tweets respektive Posts pro Tag von einem Account festgelegt wird. Eine solche Obergrenze könnte verhindern, dass von einem Account die Masse an Tweets oder Posts versendet wird, welche für das genannte abträgliche Bot-Verhalten notwendig ist. Wie bereits geschildert, sind Bots u.a. daran erkennbar, dass sie deutlich mehr Posts oder Tweets pro Tag absetzen als ein Mensch. Entsprechend wäre es denkbar, die Zahl von Tweets oder Posts pro Tag und pro Konto auf einem Netzwerk auf eine gewisse Zahl zu beschränken: Damit würden praktisch wohl beinahe ausschliesslich Bot-Äusserungen beschränkt und zugleich könnte der für *Flooding* und *Trolling* notwendige Bot-Einsatz stark beschränkt und so auch die entsprechenden Phänomene allenfalls reduziert werden. Allerdings sind solche Einschränkungen durch Obergrenzen nicht unproblematisch: Zwar erfolgen sie inhaltsneutral und weder mit dem Zweck noch der wahrscheinlichen Auswirkung, die gesellschaftliche Debatte einseitig zu beeinflussen. Jedoch kann insbesondere nicht ausgeschlossen werden, dass z.B. sehr aktive Tweeter deutlich mehr als die festgelegte Obergrenze an Tweets pro Tag absenden; in solchen Konstellationen stellt eine Obergrenze einen u.U. empfindlichen Eingriff dar.

Vor diesem Hintergrund erscheint es unabdingbar für die Gewährleistung einer öffentlichen Kommunikation, den Einsatz von Bots als solchen öffentlich kenntlich zu machen. Obergrenzen festzulegen, kann ein wirksames Mittel zum Schutz der öffentlichen Kommunikation darstellen; eine entsprechende grundrechtliche Pflicht besteht u.E. jedenfalls heute jedoch nicht.

²⁸⁶ Z.T. wird vorgebracht, analog zum Schutz von anonymen Äusserungen müssten auch Bot Äusserungen ungekennzeichnet möglich sein. Mit diesem Argument etwa MADELINE LAMO/Ryan Calo, *Regulating Bot Speech*, *UCLA Law Review* 2019, Vol. 66, S. 1008 f. Diese Analogie hinkt u.E.: Anonymität bleibt auch mit einer Kennzeichnung weiter möglich; ausgeschlossen ist lediglich das Vortäuschen einer menschlichen Eigenschaft.

²⁸⁷ Facebook, Positionspapier zum Diskussionsentwurf für einen „Medienstaatsvertrag“, S. 2, 6 f. (verfügbar unter: https://www.rlp.de/fileadmin/rlp-stk/pdf-Dateien/Medienpolitik/Eingaben_Medienstaatsvertrag_2019/Facebook_MStV_2019.pdf).

²⁸⁸ Facebook, Positionspapier zum Diskussionsentwurf für einen „Medienstaatsvertrag“, S. 6 f. (verfügbar unter: https://www.rlp.de/fileadmin/rlp-stk/pdf-Dateien/Medienpolitik/Eingaben_Medienstaatsvertrag_2019/Facebook_MStV_2019.pdf).

6. Gewährleistung der freien Willensbildung und unverfälschten Willenskundgabe (Art. 34 BV)

Wie oben ausgeführt, bewirken falsche und irreführende Informationen ganz besonders vor Wahlen und Abstimmungen eine Gefahr für den demokratischen Meinungsbildungsprozess. So könnte die Verbreitung von falschen und irreführenden Informationen dazu führen, dass eine unverzerrte Willensbildung i.S.v. Art. 34 BV gefährdet ist und der Gefahr durch die aktuellen Handlungsmöglichkeiten auch nicht ausreichend begegnet werden kann.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Wahl- und Abstimmungsfreiheit nach Art. 34 BV anerkennt in gewissen Situationen eine Pflicht der Behörden, die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger aktiv zu informieren, um einer Verzerrung der gesellschaftlichen Willensbildung entgegen zu wirken.²⁸⁹ Diese Rechtsprechung bezieht sich insbesondere auf Verzerrungen durch fehlende oder falsche Informationen von Seiten Privater.²⁹⁰ Vor diesem Hintergrund ist aus Art. 34 BV auch eine Verpflichtung des Staates zu erkennen, Massnahmen zu treffen, um eine Verzerrung der Willensbildung durch Internet-Intermediäre zu verhindern.

Die oben formulierten Gewährleistungspflichten, die im Rahmen der öffentlichen Kommunikation ausserhalb des Kontexts von Wahlen und Abstimmungen gelten, müssen im Geltungsbereich von Art. 34 BV in besonderem Masse gelten. Dies bedeutet insbesondere, dass die dabei gestellten Anforderungen im Allgemeinen die gegenläufigen Grundrechte in weiterem Masse beschränken dürfen, als dies ausserhalb von Art. 34 BV zulässig wäre.

Der Problematik von Einwirkungen auf die politische Willensbildung durch falsche und irreführende Informationen hat sich der Gesetzgeber in Frankreich bereits angenommen.²⁹¹ So sehen die im Jahr 2019 in Kraft getretenen Bestimmungen für den Zeitraum von 30 Tagen vor den allgemeinen Wahlen insbesondere vor, dass marktmächtige Online-Plattformen ihren Nutzern zu Transparenz in Bezug auf politische Werbung und die dahinterstehenden Personen, Verbände und eingesetzten finanziellen Mittel verpflichtet sind.²⁹² Ebenso ist vorgesehen, dass jedermann das Gericht anrufen kann, um gegen falsche oder irreführende Informationen vorzugehen, die das Wahlergebnis in unzulässiger Weise beeinflussen könnten (wobei das Gericht jede angemessene Massnahme anordnen kann).²⁹³

Im Rahmen der vorliegenden Studie können diese Fragestellungen nicht weiter ausgeführt werden. Sie wären spezifisch vor dem Hintergrund der besonderen Bedeutung und Dogmatik von Art. 34 BV zu vertiefen.

7. Randdatenspeicherung und Kommunikationsauswertung

In Kapitel VI, 4h wurde dargelegt, wie das Speichern von Randdaten der Kommunikation und die Auswertung von Kommunikationsinhalten auf Meinungsäusserungen abschreckend wirken kann. Die

²⁸⁹ Etwa BGE 140 I 338 S. 343 (E. 5.3); Urteil BGer 1C_472/2010 (20. Januar 2011), E. 4.; MICHEL BESSON, Behördliche Information vor Volksabstimmungen. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die freie Willensbildung der Stimmberechtigten in Bund und Kantonen, Bern 2003, S. 355 ff.; GEROLD STEINMANN, in: Bundesverfassung St. Galler Kommentar, Art. 34 N 24.

²⁹⁰ Etwa BGE 140 I 338 S. 343 (E. 5.3); BGE 135 I 292 S. 295 (E. 4.1); Urteil BGer 1C_472/2010 (20. Januar 2011), E. 4.

²⁹¹ Loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information.

²⁹² Article 1 Loi n° 2018-1202 (disposition modifiant le Code électoral, Art. L. 163-1).

²⁹³ Article 1 Loi n° 2018-1202 (disposition modifiant le Code électoral, Art. L. 163-2).

Problematik der Speicherung von Randdaten und Auswertung von Kommunikationsinhalten besteht aus Sicht der Kommunikationsgrundrechte im *Chilling Effect* der Praktiken respektive im Unwissen der kommunizierenden Personen darüber, welche Informationen von wem wie lange und zu welchen Zwecken gespeichert und allenfalls ausgewertet werden.

Eine Gewährleistungspflicht des Staates zum Schutz der Kommunikationsgrundrechte ist auch im Hinblick auf die von abschreckenden Effekten ausgehenden Gefahren für die gesellschaftliche Meinungsbildung zu konzipieren; allfällige Beeinträchtigungen der Grundrechte von Art. 13 Abs. 1 und 2 BV werden nur indirekt insofern berücksichtigt, als diese aufgrund der Abschreckungseffekte zu verändertem Kommunikationsverhalten führen.

Um den vom *Chilling Effect* der erwähnten Praktiken ausgehenden Gefahren zu begegnen, ist eine Gewährleistungspflicht auf der Ebene der Gesetzgebung zu formulieren: Die gesellschaftliche Meinungsbildung wird insbesondere beeinträchtigt, wenn für die Betroffenen unklar ist, wer, wo, wann und worüber und zu welchen weiteren Zwecken Daten speichert. Die Kommunikationsgrundrechte überantworten dem Gesetzgeber vor diesem Hintergrund die Pflicht, auf der Ebene der Gesetzgebung Klarheit zu verschaffen, wozu die Speicherung von Randdaten der Kommunikation sowie deren Verwendung und weitere Auswertungen der Kommunikation etwa nach Stichworten oder Kontakten erlaubt ist. Um gesamtgesellschaftliche negative Auswirkungen auf die Meinungsbildung zu minimieren, sind auf gesetzlicher Ebene ebenfalls Regelungen zu erlassen, die Lösungsfristen für gespeicherte Daten vorsehen und Prozesse sowie allfällige Verfahren auf Einsicht regeln.

Derartige Gewährleistungspflichten aus den Kommunikationsgrundrechten fallen in Teilbereichen mit jenen Anforderungen zusammen, die sich aus dem Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung für den Umgang mit persönlichkeitsnahen Informationen über eine Person ergeben. Diese berücksichtigen ihrerseits stets auch die entgegenstehenden grundrechtlichen Interessen etwa der Wirtschaftsfreiheit des von ihnen betroffenen Unternehmens. Die entsprechenden Anforderungen werden hier nicht weiter ausgeführt.