

Normative Technologie in sozialen Netzwerkdiensten – Neue Machtstrukturen als Anreiz für einen Paradigmenwechsel der Kommunikationsregulierung?*

Summary

Is the power of social network providers comparable to the omnipotence of the biblical God over paradise? Like God in the Garden of Eden, Facebook also enjoys dominion over the design of all the circumstances of this closed world and therewith a power of regulation with effects resembling setting standards for the inhabitants of its virtual empire. In his essay, the author picks up on this idea of polycentric code regulation by private providers and assesses whether these new structures of communication power can represent the impulse for a paradigm shift within the regulation of communications. In this process, the term "code" is introduced as a methodological tool in order to represent the options for operational management by providers within social networking services. This designates the circumstances created by soft- and hardware which, alongside further factors, subject users to online control. In terms of basic law dogma, the perspective is then focused above all on the paradigms of communication regulations to date so as then to be able to ask whether these do not need to change due to the changed structures in power brought about by normative technology.

Résumé

Le pouvoir des fournisseurs de réseaux sociaux est-il comparable à l'omnipotence du Dieu biblique sur le paradis? À l'instar de Dieu dans le jardin d'Éden, Facebook jouit également d'une autorité supérieure sur tout ce qui se passe dans son monde fermé et, donc, d'un pouvoir de régulation, ayant pour effet d'établir de nouvelles normes, sur les habitants de son empire virtuel. Dans son article, l'auteur reprend cette idée de régulation polycentrique d'un code par des fournisseurs privés et cherche à déterminer si ces nouvelles structures de pouvoir en termes de communication peuvent entraîner un changement de paradigmes au niveau de la régulation de la communication. À cet égard, la notion de « code » est introduite méthodiquement dans le but de présenter les possibilités de contrôle dont dispose le fournisseur de réseaux sociaux. Ce terme désigne les conditions créées au moyen de logiciels ou de matériel informatique et qui, associées à d'autres facteurs, attirent l'utilisateur en ligne. Sur le plan de la dogmatique des droits

* Kevin Dankert ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Hans-Bredow-Institut für Medienforschung an der Universität Hamburg. Seine Dissertation bei Prof. Dr. Wolfgang Schulz beschäftigt sich mit der handlungslenkenden Wirkung von Online-Nutzungsumgebungen und ihrer Regulierung. Dank geht an Markus Oermann sowie Jan-Hinrik Schmidt für ihre hilfreichen Anregungen.

fondamentaux, la perspective est essentiellement axée sur les paradigmes de la régulation actuelle de la communication afin de déterminer si ceux-ci ne devraient pas être modifiés, compte tenu de l'évolution des structures de pouvoir induite par la technologie normative.

I. „Paradiesische“ Verhältnisse in einer neuen Kommunikationswelt?

„[Von] dem Baum der Erkenntnis des Guten und des Bösen sollst du nicht essen; denn welches Tages du davon ißt, wirst du [aus dem Garten Eden verbannt].“¹ – mit diesen Worten hat *Gott Adam* und *Eva* im Garten Eden verboten, die Früchte eines bestimmten Baumes zu essen. Aus einem normativen Blickwinkel betrachtet, gleicht dieser Sollenssatz einem solchen des Strafgesetzbuches: Ein Tatbestand (Essen der Früchte vom Baum der Erkenntnis) wird mit einer negativen Rechtsfolge (Verbannung aus dem Paradies) verknüpft mit dem Zweck, ein bestimmtes Verhalten zu verhindern.

Auf dieser simplen Grundidee der Kopplung von Tatbestand und Rechtsfolge basiert auch die Vorstellung der Regulierung durch kodifizierte Normen im deutschen Recht. Der Fortgang der biblischen Geschichte führt jedoch zu einem Perspektivwechsel: *Eva* hat im Sündenfall letztlich gegen die von *Gott* aufgestellte Verhaltensnorm verstoßen und wurde zusammen mit *Adam* aus dem Paradies verbannt – aber warum? Zum einen versprach die listige Schlange *Eva*, wenn sie vom Baum esse, werde sie „sein wie *Gott* und wissen, was gut und böse ist.“² Zum anderen handelte es sich um einen besonders lieblichen Baum³ und die „verbotene Frucht“ reizt bekanntermaßen per se allein ob des Verbotes. Die Umstände im Garten Eden schufen also tatsächliche Anreize, die diametral der Verbotsnorm widersprachen. Schlussendlich überwogen für *Eva* die Anreize das angedrohte Strafmaß und sie entschloss sich dazu, die gottgegebene Norm zu brechen.

Im Gegensatz zum strafenden Staat besteht eine Sondersituation: Der biblische *Gott* hat als allmächtiger Schöpfer des Menschen, der listigen Schlange und des Baumes der Erkenntnis all jene Faktoren in der Hand, die letztlich zum Bruch der eingangs erwähnten verhaltensregulierenden Norm führten. Er hatte also nicht nur die Gestaltung der Verbotsnorm in der Hand, sondern auch die schöpferische Gestaltungshoheit über alle tatsächlichen Anreize, die den Bruch der Norm begünstigt oder sogar forciert haben. Unweigerlich führt dies zur Frage, ob *Gott* durch die Gestaltung der Umstände im Garten Eden letztlich den Verstoß gegen die Norm und die Verbannung von *Adam* und *Eva* aus dem Garten Eden intendiert hat. Diese theologisch durchaus heikle Frage kann und soll hier nicht beantwortet werden – deutlich wird indes, dass auch tatsächliche Umstände verhaltenslenkende Wirkung entfalten können. Hat jemand Macht über einen bestimmten Raum, wie z.B. *Gott* über den Garten Eden, kann er nicht nur durch Normsetzung, sondern auch durch Gestaltung der tatsächlichen Umstände regulieren.

1 Altes Testament, 1. Mose – Kapitel 2 Vers 17 – zur Illustration durch den Autor verändert. Im Original heißt es „welches Tages du davon ißt, wirst du des Todes sterben.“

2 Altes Testament, 1. Mose – Kapitel 3 Vers 5.

3 Altes Testament, 1. Mose – Kapitel 3 Vers 6.

Transferiert man diese alte biblische Geschichte in das 21. Jahrhundert, ergeben sich erstaunliche Parallelen zu sozialen Netzwerkdiensten wie Facebook: Nutzern des sozialen Netzwerkes werden bestimmte Verhaltensregeln auferlegt, die dank ihrer Formulierung frappierende Ähnlichkeit zu den zehn Geboten aufweisen.⁴ Insbesondere ist auch Facebook ein Schöpfer seiner eigenen, abgeschlossenen Welt und im Rahmen seiner technischen Möglichkeiten ein allmächtiger Herrscher über seine Infrastruktur im Kommunikationsraum. Die beschauliche Zweisamkeit im Garten Eden weicht in diesem virtuellen Raum einem beispiellosen Massenandrang: Weltweit etwa 1,35 Milliarden Nutzer sind mindestens einmal im Monat bei Facebook aktiv, Tendenz steigend.⁵

Facebook ist in einer intermediären Stellung global betrachtet ein Kommunikationsmittel, das zum Sturz von *Regierungen* oder weltweitem Protest gegen die Finanzmärkte beitragen kann.⁶ Eine zentrale Frage drängt sich auf: Können nur die Nutzer die Welt politisch verändern oder kann Facebook auch selbst eine zentrale Rolle in der öffentlichen Meinungsbildung einnehmen durch seine Macht über eine gesellschaftlich relevante Kommunikationsinfrastruktur?⁷ Ist der *Gesetzgeber* gehalten, diese potenzielle Machtstellung einzuschränken?

Geht man von einem normativen Machtpotenzial allein durch die Gestaltung der Infrastruktur aus, das sich ähnlich verhaltenslenkend wie geschriebene Normen auswirken kann, erscheint zweifelhaft, ob der derzeitige Regulierungsansatz von Social Media durch den Staat schon vom Grundansatz her Machtbedingungen und Missbrauchspotenzial sozialer Plattformen erfassen kann. Diese Abhandlung soll klären, inwieweit verfassungsrechtlich betrachtet Handlungspflichten des Staates bestehen. Sind soziale Netzwerkdienste Archetyp für die Beschreibung neuer Machtstrukturen, die einen Paradigmenwechsel der bestehenden Idee von Kommunikationsregulierung bedingen?

4 Bspw. „Du wirst nur ein einziges persönliches Konto anlegen.“ oder „Du wirst keine Viren oder anderen böartigen Code hochladen.“, Facebook Nutzungsbedingungen (Stand: 15.11.13), https://www.facebook.com/legal/terms?locale=de_DE, zuletzt abgerufen am 17.12.14.

5 Facebook Quartalsbericht 3. Quartal 2014, Earnings Slides, Monthly Active Users, <http://investor.fb.com/releasedetail.cfm?ReleaseID=842071>, zuletzt abgerufen am 17.12.14.

6 Härting/Schneider, Das Dilemma der Netzpolitik, ZRP 2011, 233, 233 mit Bezug auf den „arabischen Frühling“ und die „Occupy“-Bewegung.

7 Laut Unternehmensangaben ist es der Auftrag von Facebook den Menschen die „Macht des Teilens“ zu geben, wörtlich „Facebook's mission is to give people the power to share and make the world more open and connected.“, <https://www.facebook.com/facebook/info>, zuletzt abgerufen am 17.12.14.

II. Macht⁸ in Kommunikationsräumen durch normative Technologie⁹

1. „Code is law“

Regulierung ist nicht nur durch Normsetzung möglich, sondern auch durch die intendierte Schaffung bestimmter Umstände.¹⁰ Dies lässt sich an ganz simplen Beispielen verdeutlichen: Man denke z.B. an eine Straße in einem beschaulichen Dorf mit wenig Verkehr. Wird diese Straße aufgrund einer Dauerbaustelle auf einer parallelen Fernverkehrsstraße zur täglichen Route von Schwerlastverkehr, der zu gesundheitsschädlichen Lärmbelastigungen und Rissen in den Häusern der Anwohner führt, so ist der Staat gehalten, diese Störung der öffentlichen Sicherheit zu beseitigen. Regulierend eingreifen könnte er durch die Aufstellung eines Verkehrsschildes „*Verbot für Kraftfahrzeuge über 3,5 t*“ (Vorschriftzeichen 253 der Anlage 2 der StVO). Dies hätte ein Befahrungsverbot für den Schwerlastverkehr zur Folge, § 41 Abs. 1 StVO, das bei Missachtung eine Ordnungswidrigkeit mit entsprechender Geldbuße nach sich zieht. Im Idealfall sorgt die Kopplung eines bestimmten Tatbestandes mit einer belastenden Rechtsfolge dafür, dass die Fahrzeugführer sich dazu entschließen, die Straße zu umfahren.

Alternativ bietet es sich aber auch an, die Straße mittels einer beidseitigen, trichterförmig zulaufenden Absperrung physisch so schmal zu machen, sodass ein Lastkraftwagen unmöglich hindurch passt, normaler Pkw-Verkehr hingegen schon.

Die Gesamtheit solcher intentional geschaffenen verhaltensregulierenden Umstände¹¹ – oft verbunden mit dem besonderen Bezug zu Hard- und Software – wird in der Literatur als „Code“¹² bezeichnet. Dabei erfolgt die Forcierung eines bestimmten Verhaltens nicht über durch Norm bestimmte Negativkonsequenzen für den Adressaten, sondern schlichtweg durch die Schaffung physischer bzw. funktionaler Grenzen. Code hat also eine mit Gesetzen vergleichbare Wirkung – schlagwortartig formuliert: „Code is law“.¹³ Auch mit diesem Ansatz lässt sich das Verhalten regulieren und dies sogar effektiver als durch das Aufstellen eines Verkehrsschildes: Eine Entscheidung, ob sich der Adressat normkonform verhalten möchte oder nicht, entfällt. Der Ansatz „Regulierung durch Code“ schafft vollendete Tatsachen und ist damit unter Umständen zu 100%

8 Macht wird im Sinne von Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriß der verstehenden Soziologie*, S. 28 als „jede Chance, innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel worauf diese Chance beruht“ verstanden.

9 Begriff angelehnt an Koops, *Criteria for Normative Technology*, TILT Law & Technology Working Paper No. 005/2007 und No. 007/2007, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1071745, zuletzt abgerufen am 17.12.14.

10 *Brownsword*, *Neither East Nor West, Is Mid-West Best?*, Scripted Ausgabe 3, Heft 1, März 2006, S. 18 f., <http://www2.law.ed.ac.uk/ahrc/script-ed/vol3-1/brownsword.asp>, zuletzt abgerufen am 17.12.14.

11 *Lessig*, *Code Version 2.0*, S. 72.

12 *A.a.O.*, S. 81 f.; mit Code ist also insbesondere nicht Programmiercode oder HTML-Quellcode zur Gestaltung von Internetseiten gemeint.

13 Oder auch „Code is Code“ im Sinne der Gesamtheit von Hard- und Software als kodifiziertes Recht, *Lessig*, *Code Version 2.0*, S. 72.

effektiv,¹⁴ wengleich es auch und gerade innerhalb von (Online-) Software auch schwächere Formen der Code-Regulierung gibt, die Handlungsoptionen für den Nutzer eröffnen.¹⁵

2. „Code is not law“

Code ist trotz der häufigen schlagwortartigen Verwendung der Gleichung „*Code is law*“ gerade kein Äquivalent zum Gesetz,¹⁶ auch wenn seine verhaltenssteuernden Merkmale vergleichbar sind. Wie bereits festgestellt, regelt Code aber nicht das „*Sollen*“ (wie das Gesetz), sondern das „*Können*“.¹⁷ Handlungsoptionen werden also mittels der Steuerung der tatsächlichen Möglichkeiten modifiziert. Dabei kann die Könnens-Dimension verschiedentlich gelagert sein: Die regelnde Wirkung des Codes kann bspw. vom Recht abgekoppelte Regulierungswirkungen entfalten. Wahrscheinlicher ist es jedoch, dass Bezugnahmen oder Überschneidungen bestehen, d.h. die Code-Ebene kann sich mit dem Inhalt kodifizierter Normen decken, sie ergänzen oder gar konterkarieren.

Dies birgt u.U. Gefahren: Es ist kein demokratisch legitimierter *Gesetzgeber*, der über Normierung mittels Code entscheidet, sondern eine intransparente, polyzentrische Regulierung durch Privatanbieter. Historisch gewachsene demokratische Prinzipien der Gesetzgebung finden in der Schaffung normativer Technologie keine Anwendung.¹⁸ In erster Linie werden Wirtschaftsunternehmen (ungeschriebenen) ökonomischen Gesetzen folgen,¹⁹ die sich weder an Grundrechten orientieren noch demokratisch legitimierten Kontrollorganen unterworfen sind.

3. Machtstrukturen in sozialen Netzwerken – die Macht der Intermediäre

Bisher wurde – trotz ihres technisch geprägten Ursprungs – bewusst vermieden, die Idee der regulativen Kraft von Code auf das Internet oder gar soziale Netzwerke zu übertragen. Bevor „*Atome zu Bits werden*“²⁰ und die einleitende biblische Geschichte digitalisiert werden kann, gilt es zunächst, einige gedankliche Hürden zu überwinden.

14 *Brownsword*, Code, control and choice: why East is East and West is West, Legal Studies Vol. 25 Issue 1, S. 3; *Oermann/Lose/Schmidt/Johnsen*, Approaching Social Media Governance, HIIG Discussion Paper Series No. 2014-05, S. 38, <http://ssrn.com/abstract=2498552>, zuletzt abgerufen am 17.12.14.

15 Z.B. durch Bestimmung von „*Defaults*“ oder Einschränkung von Funktionen oder Auswahlmöglichkeiten.

16 *Dommering*, Regulating technology: code is not law, S. 8 ff.

17 *Koops*, Criteria for Normative Technology, TILT Law & Technology Working Paper No. 005/2007 und No. 007/2007, S. 2, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1071745, zuletzt abgerufen am 17.12.14.

18 *Brown/Marsden*, Regulating Code: Towards Prosumer Law?, Working Paper EuroCPR 22, S. 3, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2224263, zuletzt abgerufen am 17.12.14; selbst wenn Staaten Technologie als Regulierungsinstrument nutzen, wird dies in der Literatur kritisch gesehen, vgl. *Reidenberg*, The Rule of Intellectual Property Law in the Internet Economy, Houston Law Review, Vol. 44, No. 4, 2007, S. 1082 ff.

19 *Hagen*, Die Verfassung, der Rundfunk und das Netz. 14 lemmantische Skizzen, S. 276.

20 *Dommering*, Regulating technology: code is not law, S. 1.

a) *Regulative Macht in Kommunikationsräumen vs. Nutzerakzeptanz*

Zunächst muss in diesem Zusammenhang zwischen dem Internet per se und abgeschlossenen Kommunikationsräumen differenziert werden. Das Internet als Basis der Vernetzung ermöglicht eine weltweite Kommunikation zwischen technischen Endgeräten. Die darauf aufsetzenden Angebote gelten bisher – zumindest grundsätzlich²¹ – aufgrund der dezentralen Struktur des Internets, der Abwesenheit von Gatekeepern²² im klassischen Sinne und der Anonymität seiner Nutzer als schwer erreichbar für nationalstaatliche *Gesetzgeber*. Umgekehrt gilt dies auch für Plattformanbieter im Internet: Als kleiner Teil des Netzes, das durch seine Offenheit geprägt ist,²³ können sie nur Macht entwickeln, wenn sie einen geschlossenen Raum (sog. „*Walled Garden*“) bilden. Code kann nur dort Regulationskraft entfalten, wo ein Plattformanbieter auch über alle Umstände seiner Plattform bestimmen kann, also z.B. Design, Interaktionsmöglichkeiten und angezeigte Inhalte. Diese Macht findet grundsätzlich ihre Grenzen in der Nutzerakzeptanz.²⁴

Soziale Netzwerkdienste bilden virtuelle Räume, über deren technische Rahmenbedingungen Privatunternehmen bestimmen. Wenn Änderungen in einem sozialen Netzwerkdienst vorgenommen werden, steht dem Nutzer zu jeder Zeit frei, sein Profil zu löschen. Folglich können Änderungen am Netzwerk auch zu einem Nutzerverlust führen. Nicht zu unterschätzen ist aber die Ausprägung von Netzwerkeffekten: Grundsätzlich wird das Netzwerk mit jedem Nutzer attraktiver. Die Kehrseite dieser Gleichung ist Gruppenzwang²⁵ – sich dem Netzwerk entziehen bedeutet, sich sozialen Kontakten zu entziehen, möglicherweise „*etwas verpassen*“. Zudem investieren Nutzer oft viel Zeit in derartige Dienste: Sie pflegen Profile, laden Bilder hoch, bilden Gruppen oder loggen sich neuerdings bei anderen Internetdiensten mittels ihres Facebook-Accounts ein. Dies sorgt für Lock-In-Effekte²⁶ – niemand gibt gern mit einem Mausklick komplett auf, was er mühevoll aufgebaut hat. Gruppenzwang („*Peer Pressure*“) und Lock-In-Effekte sorgen für eine erhebliche Sogwirkung von Facebook. Dadurch gerät der Nutzer in ein Abhängigkeitsverhältnis und die Akzeptanzschwelle für Änderungen an der Infrastruktur steigt. Trotz einer „*Facebook Müdigkeit*“ aus diversen Gründen beenden die meisten Nutzer ihre Mitgliedschaft nicht, sondern legen stattdessen höchstens Nutzungspausen

21 Mit Ausblick in die Zukunft *Lessig*, Code Version 2.0, S. 31-61, der die Authentifikation im Internet als möglichen Schlüssel für eine Regulation des Staates mittels der Hilfe kommerzieller Anbieter sieht.

22 *Wettstein*, Politische Partizipation über soziale Netzwerkdienste, Medien Journal 3/2010, S. 5.

23 Vgl. § 52 Abs. 1 Nr. 1 RStV, der das Internet aufgrund seiner Offenheit zu den privilegierten Plattformanbietern zählt, dazu *Hahn/Vesting/Wagner*, Rundfunkrecht, § 52 Rn. 18.

24 So auch *Leenes*, Framing Techno-Regulation: an Exploration of State and Non-state Regulation by Technology, Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series No. 10/2012, S. 165.

25 *Newton*, Facebook Nation – Total Information Awareness, S. 20 f.

26 *Schulz/Dreyer/Hagemeier*, Machtverschiebung in der öffentlichen Kommunikation, S. 16.

ein.²⁷ Aufgrund der überragenden gesellschaftlichen Verbreitung von Facebook ist das Netzwerk für die meisten Nutzer alternativlos; dementsprechend groß ist die Gestaltungshoheit von Facebook über seine Infrastruktur.

b) „Weiche“ Code-Regulierung als Schlüssel zu Macht über Infrastruktur

Doch was für eine Gestaltungsmacht hat Facebook? Facebook errichtet keine „virtuellen Straßensperren“, die dem Nutzer den Weg in eine Richtung unumstößlich verwehren. Es ist die Komplexität der technischen Vorgänge, die eine Übertragung der Prinzipien der Code-Regulierung auf soziale Netzwerke und das Wechselspiel mit geschriebenem Recht zuweilen als kontraintuitiv erscheinen lassen.²⁸ Vielmehr gleicht die Nutzung von Facebook der einleitend genutzten Garten Eden Metaphorik. Eine Steuerung der Nutzer in einem sozialen Netzwerk erfolgt subtil über die Gestaltung eines virtuellen Raumes, die der Verlockung durch den lieblichen Baum der Erkenntnis gleicht. Wie im Garten Eden erfolgt die Steuerung der Nutzer nicht mittels zwingender Alternativlosigkeit, sondern im Rahmen scheinbarer Handlungsfreiheit. Es ist eine suggestiv angelegte Steuerung, deren individuelle Wirkung beim Nutzer komplex ist. Die Beispiele für solche Affordanzen²⁹ sind vielfältig:

- Nutzer können „gefällt mir“ klicken, nicht aber „gefällt mir nicht“, um ihr Missgefallen bzgl. bestimmter Inhalte auszudrücken.
- Facebook fragt Nutzer beispielsweise „Kennst du schon?“ und macht Vorschläge, wen man als neuen Kontakt hinzufügen soll.
- Facebook weist darauf hin, wenn ein Nutzerprofil nicht vollständig ist und fordert dazu auf, es mit Informationen aufzufüllen. Zu wenige Informationen deuten auf eine schlechte Auffindbarkeit des eigenen Profils hin.³⁰
- Facebook löscht keine Daten, sondern macht sie nur über die Oberfläche unsichtbar.³¹

27 Vgl. *Rainie/Smith/Duggan*, Coming and Going on Facebook, S. 2, http://www.pewinternet.org/files/old-media/Files/Reports/2013/PIP_Coming_and_going_on_facebook.pdf, zuletzt abgerufen am 17.12.14.; zudem erreicht Facebook im American Consumer Satisfaction Index (ACSI) schon traditionell einen geringen Wert trotz steigender Nutzerzahlen, vgl. ACSI E-Business Report 2014, <http://www.theacsi.org/news-and-resources/customer-satisfaction-reports/reports-2014/acsi-e-business-report-2014>, zuletzt abgerufen am 17.12.14.

28 *Lessig*, Code Version 2.0, S. 155.

29 Affordanzen (engl. „*affordances*“) bezeichnen in neueren soziologischen Konzepten die in einem kulturellen Artefakt implizierten Gebrauchsmöglichkeiten und -Grenzen, die sich im Wechselspiel mit Menschen physisch, logisch oder kulturell ergeben, vgl. *Zillien*, Die (Wieder-)Entdeckung der Medien. Das Affordanzkonzept in der Mediensoziologie, in: *Sociologia Internationalis* Jg. 46, Nr. 2, S. 161 ff.

30 *Horn*, Facebook – Gefahr oder Chance?, S. 153 f.

31 *Schrems*, Soziale Netzwerke – Auf Facebook kannst du nichts löschen, <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/soziale-netzwerke-auf-facebook-kannst-du-nichts-loeschen-11504650.html>, zuletzt abgerufen am 17.12.14.

- Was im „News-Feed“ von Facebook angezeigt wird, ist nicht nur Produkt eigener Auswahl, sondern auch ein Produkt der Auslese durch einen Ranking-Algorithmus.³²

Was nach außen als Steigerung der Funktionalität eines sozialen Netzwerkes kommuniziert wird, dient gleichzeitig eigenen Zwecken der Erweiterung der Sammlung von Daten. Dabei reichen die Beispiele von der vielfach diskutierten Gesichtserkennung hin bis zu deutlich subtileren, „weicheren“ Möglichkeiten der Einflussnahme, wie z.B. die farbliche Gestaltung, die Anordnung von Bedienelementen oder die Festlegung der Defaults.³³

Besonders deutlich wird die regulative Wirkung normativer Technologie, wenn sich geschriebene Nutzungsbedingungen und Code-Regulierung in ihren Aussagen widersprechen. So widerspricht die durch die Facebook Nutzungsbedingungen angelegte Wahrung der Rechte Dritter³⁴ grundsätzlich den immerwährenden Aufforderungen von Facebook, möglichst viele Daten preiszugeben (Fotos hochladen, Kontakte markieren etc.). Obwohl es technisch möglich wäre, erfolgen diese Aufforderungen ohne Hinweis darauf, dass z.B. Urheberrechte oder Persönlichkeitsrechte Dritter betroffen sein können. Deutlicher ist aber ein anderes Beispiel: Facebook schreibt in seinen Nutzungsbedingungen fest „Du wirst Facebook nicht verwenden, wenn du unter 13 Jahre alt bist.“³⁵ Gleichzeitig gibt es aber keine wirksame Altersverifikation, sodass Facebook unter den sechs- bis dreizehnjährigen in Deutschland die beliebteste Website überhaupt darstellt³⁶ und sich weltweit in Spitzenzeiten etwa 7,5 Millionen Kinder unter 13 bei Facebook angemeldet³⁷ haben.

Auch inhaltlich werden alle Aktivitäten auf Facebook überprüft und unter Umständen durch intransparente Filter-Mechanismen blockiert („Content Curation“). Was inhaltlich unangebrachtes oder inakzeptables Verhalten ist, definiert Facebook selbst umfas-

-
- 32 Bekannt geworden als Facebook „EdgeRank“, <https://de-de.facebook.com/business/news/News-Feed-FYI-A-Window-Into-News-Feed>, zuletzt abgerufen am 17.12.14; dieser Algorithmus wird regelmäßig verändert, um den Nutzern die aus Facebooks Sicht relevantesten Meldungen anzeigen zu können, vgl. <https://newsroom.fb.com/news/category/news-feed-fyi/>, zuletzt abgerufen am 17.12.14.
- 33 Mit einer systematischen Differenzierung von Code-Merkmalen *Oermann/Lose/Schmidt/Johnsen*, *Approaching Social Media Governance*, HIIG Discussion Paper Series No. 2014-05, S. 11, <http://ssrn.com/abstract=2498552>, zuletzt abgerufen am 17.12.14.
- 34 Facebook Nutzungsbedingungen, Teil 5 Schutz der Rechte anderer Personen, Nr. 1, https://www.facebook.com/legal/terms?locale=de_DE, zuletzt abgerufen am 17.12.14; ergänzt werden die Facebook Nutzungsbedingungen von den „Community Standards“, <https://www.facebook.com/communitystandards>, zuletzt abgerufen am 17.12.14.
- 35 Facebook Nutzungsbedingungen, Teil 4 Registrierung und Sicherheit der Konten, Nr. 5, https://www.facebook.com/legal/terms?locale=de_DE, zuletzt abgerufen am 17.12.14.
- 36 KIM Studie 2012, S. 36, kritisch zur Beliebtheit von Facebook bei Kindern auf S. 41, http://www.mpfs.de/fileadmin/KIM-pdf12/KIM_2012.pdf, zuletzt abgerufen am 17.12.14; weitere Nutzungsdaten mit Bezug auf die EU: EÜ Kids Online Studie 2010: Risiken im Internet, Kapitel 1.4 Zum Kontext der Internetnutzung, http://www.hans-bredow-institut.de/webfm_send/521, zuletzt abgerufen am 17.12.14.
- 37 Unter Bezugnahme auf eine Studie von 2011, *CR Survey*, 7.5 Million Facebook Users are Under the Age of 13, Violating the Site's Terms, <http://pressroom.consumerreports.org/pressroom/2011/05/cr-survey-75-million-facebook-users-are-under-the-age-of-13-violating-the-sites-terms.html>, zuletzt abgerufen am 17.12.14.

send in seinen Community Standards,³⁸ legt aber nicht offen, wann Inhalte als „Spam“ deklariert werden.³⁹ So kann es sein, dass Beiträge nach bestimmten Kriterien gefiltert, einer bestimmten politischen Fassung zugeordnet und blockiert werden oder – nach einem jüngst geschehenen Beispiel⁴⁰ – papstkritische Beiträge scheinbar unwiederbringlich gelöscht werden. Das amerikanisch geprägte Werteverständnis von Facebook führt z.T. zu hierzulande absurd anmutenden Ergebnissen. So durfte z.B. die Brust einer stillenden Mutter nicht auf Facebook gezeigt werden, Videos realer Enthauptungen hingegen schon.⁴¹ Diese Beispiele zeigen, wie viel Steuerungspotenzial allein in der Gestaltung einer Social Media Plattform steckt: Die Regulierungseffekte von Code überlagern unter Umständen sogar die Regulierungseffekte von Nutzungsbedingungen, die sich an üblichen Rechtsnormen orientieren und können erheblichen inhaltlichen Einfluss auf die Aktivitäten auf Facebook haben.

III. Grundrechtsdogmatische Einordnung

Im Gegensatz zu den einleitenden Beispielen herrscht nicht *Gott* über den Garten Eden und seine Bewohner oder der Staat über den Bürger durch die Gestaltung von Infrastruktur – stattdessen haben private Unternehmen eine staatsähnliche Architektur⁴² in der Hand. Grundsätzlich gelten Grundrechte nach klassischer Lesart als Abwehrrechte gegen den Staat.⁴³ Das subordinativ geprägte Verhältnis von Staatsmacht zum Bürger wird durch die Grundrechte ausbalanciert, eine einseitige Machtkonzentration verhin-

38 <https://www.facebook.com/notes/facebook/explaining-facebooks-spam-prevention-systems/403200567130>, zuletzt abgerufen am 17.12.14.

39 Mit der Begründung „Spammer“ könnten dann diese Systeme möglicherweise umgehen, <https://www.facebook.com/notes/facebook/explaining-facebooks-spam-prevention-systems/403200567130>, zuletzt abgerufen am 17.12.14.

40 Zu einem Beitrag des Fernsehseelsorgers Jürgen Domian mit offizieller Entschuldigung von Facebook, bemerkenswert die Aussage von Facebook Mitarbeiterin Tina Kulow: „*Wir glauben fest daran, dass Facebook-Nutzer die Möglichkeit haben, ihre Meinung zu äußern, und dass wir in der Regel diese Inhalte, Gruppen oder Seiten, die sich gegen Länder, Religionen, politischen Organisationen oder Ideen richten, nicht entfernen.*“ [Hervorhebungen durch den Bearbeiter] <https://www.facebook.com/notes/tina-kulow/was-ist-mit-dem-post-von-domian-passiert/625428644149658>, zuletzt abgerufen am 17.12.14.

41 *Jansen*, Enthauptungs-Videos bei Facebook – Nippel: nein, Kopf ab: ja, <http://www.handel.sblatt.com/panorama/aus-aller-welt/enthauptungs-videos-bei-facebook-nippel-nein-kopf-ab-ja/8968790.html>, zuletzt abgerufen am 17.12.14; mittlerweile wurde die Kuratierungspolitik hinsichtlich stillender Mütter allerdings gelockert, <https://www.facebook.com/help/340974655932193/>, zuletzt abgerufen am 17.12.14.

42 Vgl. nur die klassische Drei-Elementen-Lehre von *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 183, „*Als Rechtsbegriff ist der Staat demnach die mit ursprünglicher Herrschermacht ausgerüstete Körperschaft eines seßhaften Volkes [...]*“ – Staatsvolk sind die Nutzer, das Staatsgebiet ist virtueller Raum, die Staatsmacht das virtuelle Hausrecht und darüber hinaus vor allen Dingen normative Technologie.

43 *Maunz/Dürig/Herdegen*, GG Kommentar, Art. 1 Abs. 3, Rn. 1 f.

dert. Folglich soll jeder Bürger seine innere Autonomie in einem gleichwertig garantierten äußeren Freiheitsraum realisieren können.⁴⁴

An diese Grundidee knüpft der Gedanke, Betreiber digitaler Plattformen wie Staaten zu behandeln,⁴⁵ sie also aufgrund ihrer besonderen Machtstellung zu Grundrechtsverpflichteten zu machen.⁴⁶ Nach deutschem Verständnis entbehrt diese Interpretation der Grundrechte jedoch einer dogmatischen Grundlage.

1. Grundrechte als objektive Werteordnung

Wenigstens mittelbar betreffen die Grundrechte Privatrechtssubjekte jedoch aufgrund ihrer Ausstrahlungswirkung: Auch private Rechtsbeziehungen werden durch ein Verständnis der Grundrechte als objektive Werteordnung beeinflusst.⁴⁷ Einfallstore für Grundrechte als gesellschaftliche Werte sind dabei immer unbestimmte Rechtsbegriffe, die von den Zivilgerichten bei der Auslegung berücksichtigt werden müssen.⁴⁸

Bei sozialen Netzwerken, deren Nutzung ein Vertragsverhältnis mit dem jeweiligen Anbieter begründet,⁴⁹ geraten die Nutzungsbedingungen immer wieder in die öffentliche Kritik, weil z.B. die Grundsätze der Meinungsfreiheit, Persönlichkeitsrechte oder Grundsätze des Datenschutzes unterlaufen werden.⁵⁰ Es ist grundsätzlich denkbar, die implizit im Code gestellten Bedingungen im Rahmen einer Kontrolle der expliziten Vertragsbedingungen gerichtlich anzugreifen. Über die der AGB-Kontrolle⁵¹ immanenten unbestimmten Rechtsbegriffe, etwa der unangemessenen Benachteiligung in § 307 Abs. 1 BGB, könnten dann auch Grundrechtspositionen in eine Abwägung einbezogen werden. Unbestimmte Rechtsbegriffe in den Vertragsbedingungen selbst reichen hingegen nicht aus.⁵² Im Ergebnis wären dann die entsprechenden Klauseln un-

44 Hain/Poth, Ausgestaltung und Beschränkung der „dienenden“ Rundfunkfreiheit, JA 2010, 572, 572.

45 Indirekt auch Lessig, Code Version 2.0, S. 224, der eine Regulierung mittels Code auch gesetzgeberischen Werten unterordnen will, „If code is a lawmaker, then it should embrace the values of a particular kind of lawmaking“.

46 Berman, Cyberspace and the State Action Debate: The cultural Value of Applying Constitutional Norms to „Private Regulation“, University of Colorado Law Review 71, S. 1263 ff., http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1008&context=uconn_wps, zuletzt abgerufen am 17.12.14.

47 BVerfGE 7, 198 – Lüth; überblicksartig zur mittelbaren Drittwirkung Guckelsberger, Die Drittwirkung der Grundrechte, in: JuS 2003, 1151.

48 BVerfGE 7, 198, 205 f. – Lüth.

49 Ausführlich zur zivilrechtlichen Einordnung des Nutzungsverhältnisses Bräutigam, Das Nutzungsverhältnis bei sozialen Netzwerken, MMR 2012, 635.

50 Vgl. Reißmann, Interne Kontrolle: So arbeitet die Facebook-Polizei, <http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/netzwerk-polizei-im-griff-von-facebook-a-835432.html>, zuletzt abgerufen am 17.12.14.

51 Für soziale Netzwerkdienste, die von Unternehmen aus dem Ausland betrieben werden, wäre dann jedenfalls noch zu diskutieren, ob diese überhaupt dem deutschen AGB-Recht unterworfen sind. Dies wird hier unterstellt. Im Einzelnen zur Anwendbarkeit des deutschen Rechts vgl. Solmecke/Dam, Wirksamkeit der Nutzungsbedingungen sozialer Netzwerke, MMR 2012, S. 71 f.

52 BVerfGE 73, 261, 261 f. – Sozialplan.

wirksam. Dieses Vorgehen gegen die auf Code basierende Macht geht jedoch von einer Kongruenz dieses Steuerungsfaktors mit vertraglichen Nutzungsbedingungen aus, wengleich es zweifelhaft ist, ob die Verbindung zwischen diesen beiden Ebenen durchgängig besteht.

Gleichsam ist es denkbar, gegen die Code-Ebene direkt vorzugehen: Wenn sie die tatsächlichen Umstände definiert, in denen sich Nutzer bewegen, dann stellt sich Code als normative Fortsetzung der Regulierung der realen Welt dar. Mithin wäre es theoretisch möglich, in der Nutzungsoberfläche angelegte Benachteiligungsmomente gegenüber Nutzern vor Gericht geltend zu machen. Unterschiede macht die gesetzgeberische Bezugnahme auf reale und virtuelle Sachverhalte in diesem Bereich nicht. Wie im physischen Raum dem Eigentümer wird jedoch auch dem Betreiber virtueller Plattformen rechtlich eine Position eingeräumt, die ihm – im Rahmen des rechtlich zulässigen – weitgehende Spielräume einräumt, über diesen Raum zu bestimmen. Könnte z.B. die Meinungsäußerungsfreiheit eines Einzelnutzers mittels eines Unterlassungsbegehrens geltend gemacht werden, entscheidet im Ergebnis dennoch der Plattformbetreiber, welche Inhalte er gestattet und welche nicht. Sein virtuelles Hausrecht erlaubt ihm eine weitgehende Einschätzungsprärogative, die nicht nur auf haftungsrechtlichen Verpflichtungen fußen kann, sondern schlichtweg auch auf der Wahrung der Diskussionsqualität.⁵³

Selbst wenn man annimmt, dass einzelne Nutzer ihre Grundrechtspositionen gegenüber einem weitgehenden virtuellen Hausrecht⁵⁴ der Betreiber digitaler Plattformen mittelbar privatrechtlich geltend machen können, bleibt die regulative Macht der Plattformbetreiber durch die Gestaltung des Codes weitgehend unangetastet: Insbesondere wenn Nutzungsbedingungen wie ein Feigenblatt ein durch Code konträr intendiertes Nutzerverhalten verdecken – wie man z.B. im Falle der Nutzung durch unter 13-jährige bei Facebook vermuten kann – wird die Macht der Plattformbetreiber nur unzureichend erfasst. Hier zeigt sich, dass die Code-Dimension nicht mit Vereinbarungen der Vertragsparteien gleichzusetzen ist und andere Wirkungen entfalten kann,⁵⁵ die für den einzelnen Nutzer oft unsichtbar⁵⁶ sind. Der von einem Individualschutz geprägte Ansatz der Grundrechtswirkung könnte zwar im individuellen Verhältnis von Nutzer und Facebook geltend gemacht werden, die tatsächliche Dimension der Macht durch normative Technologie bleibt aber bestehen. Funktional geprägte gesamtheitliche Perspektiven sind diesem auf Individualrechtsschutz ausgerichteten Instrument fremd, sodass das Verhältnis von Nutzer und Plattformbetreiber weiterhin durch regulative Allmacht geprägt bleibt. Mithin ist die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte nicht ausreichend,

53 Letztlich ist dies auch für Diskussionsforen und soziale Netzwerke ein ökonomischer Faktor, so *Hartmann*, Unterlassungsansprüche im Internet: Störerhaftung für nutzergenerierte Inhalte, S. 194 f.

54 Beispielhaft: LG München, Urteil v. 25.10.2006 – Az.: 30 O 11973/05.

55 Ausführlich zu Differenzierung von Nutzungsbedingungen und normativer Technologie *Leenes*, Framing Techno-Regulation: an Exploration of State and Non-state Regulation by Technology, Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series No. 10/2012, S. 163 f.

56 *Leenes*, Framing Techno-Regulation: an Exploration of State and Non-state Regulation by Technology, Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series No. 10/2012, S. 162; so auch *Schmidt*, Persönliche Öffentlichkeiten im Social Web, Ästhetik und Kommunikation, Jg. 42, Heft 154/155, 2012, S. 80.

um Machtpotenziale normativer Technologie zu erfassen, ganz gleich ob z.B. das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder das Telekommunikationsgeheimnis als Anknüpfungstatbestand gewählt wird.

2. Objektive Wertegehalte: Funktionales Verständnis der Mediengrundrechte

Die spezielle Einordnung der Mediengrundrechte als Keim für Pflichten des Staates, eine Medienordnung auszugestalten, lebt von einer funktionalen Rückkopplung⁵⁷ der Medien an ihren Zweck: Sie dienen der freien öffentlichen und individuellen Meinungsbildung.⁵⁸ Anknüpfungspunkt für die weitere Untersuchung kann folglich nur Art. 5 GG sein.⁵⁹ Im Gegensatz zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte oder Schutzpflichten des Staates lässt dieser Ansatz Raum für eine eben nicht nur individuelle Betrachtung der Beziehungen von Nutzer und Plattformanbieter, sondern ermöglicht eine Analyse der gesamtgesellschaftlichen Wirkung, um dem Sinn und Zweck von Art. 5 GG weitgehend gerecht zu werden. Daraus folgt, dass die komplexen kommunikativen Wirkungen einer Code-Regulierungsmacht durch Plattformbetreiber mit in die Betrachtung einbezogen werden können.

Besonders deutlich wird dieses Wirkgefüge anhand der umfangreichen Judikatur des *Bundesverfassungsgerichts* zur Rundfunkfreiheit: Dem Rundfunk kommt – nach hinlänglicher Auffassung – ein besonders regulierungsbedürftiger verfassungsrechtlicher Status schon aufgrund seiner potenziell großen Meinungsbildungsrelevanz zu, die ihm durch seine Wirkung – namentlich Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft – angedeiht.⁶⁰ Zum anderen werden ökonomische Besonderheiten im Mediensektor potenziell als vielfaltsmindernde Faktoren angesehen.⁶¹ Folglich soll geprüft werden, ob ein vergleichbarer verfassungsrechtlicher Sonderstatus auch den Social Media Plattformen (speziell Facebook) im Internet zukommen muss.

57 *Schulz*, Staatsfreiheit als Gestaltungsprinzip, AfP 2013, S. 464 f.

58 St. Rspr. BVerfGE 57, 295, 319 f. – 3. Rundfunkentscheidung; 73, 118, 154 – 4. Rundfunkentscheidung; 74, 297, 350 f. – 5. Rundfunkentscheidung; 83, 238, 295 – 6. Rundfunkentscheidung; 87, 181, 197 – 7. Rundfunkentscheidung.

59 Letztlich kommt es auf eine objektiv-rechtliche Dimension an; ob diese auf Art. 5 GG gestützt wird oder andere Freiheitsrechte, ist unerheblich [historisch allerdings indiziert], so *Hachmeister/Vesting*, Rundfunkpolitik und Netzpolitik. Strukturwandel der Medienpolitik in Deutschland, S. 27; eine Handlungspflicht des Staates aus Grundrechten wird nur bei immanen Gefahren für Rechtsgüter von hohem Rang angenommen und wird daher hier nicht weiter herangezogen, überblicksartig dazu *Klein*, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, 1633.

60 St. Rspr. BVerfGE 31, 314, 325 – 2. Rundfunkentscheidung; 90, 60, 87 – 8. Rundfunkentscheidung; 97, 228, 256 – Kurzberichterstattung; 114, 371, 387 – Landesmediengesetz *Bayern*.

61 BVerfGE 119, 181, 215-217 – *Zweite Gebührenentscheidung*; *Schulz/Held/Kops*, Perspektiven der Gewährleistung freier öffentlicher Kommunikation, ZUM Sonderheft 2001, S. 622.

IV. Code-Regulierungsmacht als Anknüpfungspunkt für einen verfassungsrechtlichen Ausgestaltungsauftrag aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG

Kann das Phänomen Social Media per se als Rundfunk im verfassungsrechtlichen Sinne gelten? Technisch basiert Social Media auf dem nutzergesteuerten Einzelabruf von Internetseiten mittels TCP-IP, wohingegen der klassische Rundfunkbegriff auf den zeitgleichen, massenkommunikativen Empfang von Inhalten mittels elektromagnetischer Wellen abzielt. Aufgrund seiner Technologieneutralität⁶² ist der Rundfunkbegriff jedoch nicht an tradierte Übertragungswege gebunden, sodass auch Internetangebote grundsätzlich unter den verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff fallen können. Durch die funktionale Rückkopplung der Massenmedien an einen freien Meinungsbildungsprozess kann ein Festhalten an starre Determinanten (z.B. Linearität) in einer sich dynamisch entwickelnden Mediengesellschaft der verfassungsrechtlichen Intention nicht genügen.⁶³ Vielmehr ist auf die individuelle und gesamtgesellschaftliche Wirkung eines Mediums abzustellen, um eine Meinungsmachtkonzentration auch zukünftig verhindern zu können.

1. Strukturelle Asymmetrie zwischen Nutzer und Plattformbetreiber

Dabei kann als Grund für eine hervorgehobene Regulierung eine strukturelle Asymmetrie zwischen Kommunikator und Rezipient beim klassischen Rundfunk konstatiert werden: Der Nutzer kann bei standardisierten Massenangeboten weder zeitlich noch inhaltlich auf Inhalte Einfluss nehmen.⁶⁴ Dass sich jeder Nutzer eines Netzwerkes bei Social Media Angeboten sein individuelles „*Programm-Bouquet*“ selektiert und auch partizipieren kann, spricht für eine Tendenz zur Anbieter-Nutzer-Symmetrie.⁶⁵ Dieser empirische Befund mag den „*Öffentlichkeitswandel von den traditionellen Massenmedien zum Internet im Kern [...] erfassen*“,⁶⁶ eine bloße Verschiebung hin zu mehr Symmetrie soll aber hier insbesondere für den Fall der sozialen Netzwerkdienste bezweifelt werden. In der Kommunikation via Internet bloß einen Gewinn an Offenheit zu sehen, blendet die weitreichenden technischen Einflussmöglichkeiten der Plattformbetreiber in digitalen Räumen aus. Das Modell der Anbieter-Nutzer-Symmetrie lässt sich nicht 1:1 auf Internetdienste und ihre Besonderheiten übertragen, sondern bedarf einer perspektivischen Modifikation.

62 Schwartmann/Korehnke/Ufer, Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, S. 589.

63 Klaes, Verfassungsrechtlicher Rundfunkbegriff im Internet, ZUM 2009, 135, 137; kommunikationswissenschaftlich dazu Neuberger/Lobigs, Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltssicherung, S. 21, http://www.kek-online.de/fileadmin/Download_KEK/Gutachten/Gutachten_Die_Bedeutung_des_Internets_im_Rahmen_der_Vielfaltssicherung.pdf, zuletzt abgerufen am 17.12.14.

64 A.a.O. S. 41.

65 Neuberger/Lobigs, Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltssicherung, S. 22, http://www.kek-online.de/fileadmin/Download_KEK/Gutachten/Gutachten_Die_Bedeutung_des_Internets_im_Rahmen_der_Vielfaltssicherung.pdf, zuletzt abgerufen am 17.12.14.

66 Ebd.

Zwar bieten die technischen Möglichkeiten dem Nutzer ein Mehr an Möglichkeiten medialer Teilhabe verglichen mit klassischen Medien,⁶⁷ gleichzeitig unterwirft er aber jede Selektions- und Interaktionshandlung der normativen Technologie eines potenziell mächtigen Plattformanbieters. Während die scheinbaren Freiheiten in der virtuellen Welt wachsen, wächst die Gestaltungsmacht der Betreiber über ein Vielfaches der klassischen Plattformanbieter hinaus. Einfluss genommen werden kann nicht nur auf Inhalte, sondern auch auf alle virtuellen Handlungen der Nutzer. Dabei spielt auch der Faktor Transparenz eine Rolle: Anbieter von Plattformen wie Facebook eröffnen in aller Regel nicht, welche Maximen ihre Code-Regulierung verfolgen und wie weit die Datenanalyse des Nutzers geht. Es sind also nicht nur umfangreiche Steuerungsmöglichkeiten vorhanden, sondern mittels einer umfangreichen Datensammlung und –analyse können diese auch effektiv ausgewertet werden. Dem Nutzer wird nur ein Minimum dieser Informationen preisgegeben. Dies spricht dafür, den Befund zunehmender Symmetrie vor dem Hintergrund zunehmender Konzentration der Kommunikation über mächtige Intermediäre schon vom Grundansatz her kritisch zu hinterfragen. Zwar kann so eine zutreffende Grundidee für das Verhältnis zwischen Inhalteanbieter und Rezipient dargestellt werden, die zunehmend wichtige Position der Plattformanbieter bleibt aber außen vor. In der reinen Entwicklung des Webs zum „*Mitmach-Meta-Medium*“ einen Indikator für kommunikative Symmetrie zu sehen, blendet die besondere Macht normativer Technologie aus. Dies gilt insbesondere in sozialen Netzwerkdiensten, in denen der Betreiber typischerweise nicht als Kommunikator auftritt⁶⁸ und dennoch mittelbar Einfluss auf jedwede Kommunikation nehmen kann.

2. Marktsituation in Social Media

Historisch betrachtet tendiert Rundfunk als Medium schon aufgrund des Frequenzmangels dazu, Monopolstellungen auszubilden.⁶⁹ Diese Grundsituation hat sich auch durch die Digitalisierung und die Konvergenzentwicklungen an den Medienmärkten nicht verändert.⁷⁰ Potenziell vielfaltsmindernd werden die ökonomisch bedingte Abhängigkeit von Massenattraktivität und der Konzentrationsdruck angeführt, sodass neben das Wirkpotenzial des Rundfunks immer noch die Marktsituation als Rechtfertigungsgrund für das Bedürfnis nach einer positiven Rundfunkordnung tritt. Im Internet gibt es diese Situation zumindest auf den ersten Blick nicht: Insbesondere die technischen und finanziellen Voraussetzungen für die Schaffung einer Internetseite sind gering, sodass ein Vergleich mit dem historischen Leitbild der Sondersituation im Rundfunk geradezu paradox erscheint, das mit dem besonderen finanziellen und technischen Aufwand be-

67 Instruktiv zu den Veränderungen der Publikumspartizipation *Jakobs*, Diskutieren für mehr Demokratie?, S. 191 ff., in: Loosen/Dohle (Hrsg.), Journalismus und (sein) Publikum, Wiesbaden 2014.

68 *Neuberger/Lobigs*, Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltssicherung, S. 62, http://www.kek-online.de/fileadmin/Download_KEK/Gutachten/Gutachten_Die_Bedeutung_des_Internets_im_Rahmen_der_Vielfaltssicherung.pdf, zuletzt abgerufen am 17.12.14.

69 Zur sog. „*Sondersituation des Rundfunks*“ BVerfGE 12, 205, 261 f. – 1. *Rundfunkentscheidung*; BVerfGE 57, 295, 322 – 3. *Rundfunkentscheidung*.

70 BVerfGE 119, 181, 215 – 2. *Gebührenentscheidung*.

gründet worden ist.⁷¹ Trotz aller technischen Simplizität Angebote im Internet bereitzustellen, ist es jedoch durch Hierarchisierung und Professionalisierung zunehmend schwer, Aufmerksamkeit der Rezipienten zu erzeugen. Diese Aufmerksamkeit erzeugt Öffentlichkeit und verhilft „allen anderen Medien erst zu ihrer Wirklichkeit“.⁷² Konzentrationstendenzen bei Internetangeboten sind schon seit den späten 90ern deutlich sichtbar.⁷³

Auch bei sozialen Netzwerkdiensten gibt eine Tendenz zur Konzentration. Während Facebook einen Siegeszug bei sozialen Netzwerken angetreten hat, sind die Nutzungszahlen von nationalen Konkurrenznetzwerken wie studiVZ stetig zurückgegangen.⁷⁴ Dem liegen ökonomische Gesetze zu Grunde, denn soziale Netzwerke steigern ihre Attraktivität mit jedem Nutzer überproportional (Netzwerkeffekt),⁷⁵ wohingegen die Kosten pro neuem Nutzer in einem kaum messbaren Bereich liegen (Skaleneffekte). Zudem fördern hohe Nutzerzahlen der Plattformen auch den Zulauf von Entwicklern, die ihre Angebote auf der Plattform bereitstellen und so die Attraktivität steigern (indirekte Netzwerkeffekte).⁷⁶ Ein wechselseitiges Zusammenspiel der Effekte sorgt, sobald eine kritische Masse überschritten ist, für ein exponentielles Wachstum eines sozialen Netzwerkes und die Monopolisierung des Marktes; der sog. „*Winner-takes-it-all-Effekt*“⁷⁷ entfaltet sich.

Dieser Effekt liegt nicht a priori in der Natur sozialer Netzwerke, sondern ist ein bewusst durch Gestaltung des Codes utilisierter Effekt zur Bindung der Nutzer. Offene Standards, die eine Interoperabilität der Social Media Plattformen ermöglichen, sind technisch realisierbar.⁷⁸ So könnten sich alle Nutzer über die Grenzen einer Plattform hinweg verbinden zu einem offenen Meta-Netzwerk unter freier Wahl ihres präferierten Anbieters. Eine Integration in offene Standards würde sogar viel eher dem von Facebook vorgetragenen idealistischen Zweck fördern, „*die Welt zu einem offeneren und verbundeneren Platz zu machen*“.⁷⁹ Eine Quasi-Monopolstellung unter Ausbildung der dargestellten Sogeffekte ist jedoch mit entsprechender Marktmacht verbunden und ermöglicht Facebook weitgehende Strukturmacht über den Nutzer, was wiederum ökonomische

71 BVerfGE 12, 205, 261 f. – 1. Rundfunkentscheidung.

72 Rötzer, Aufmerksamkeit – der Rohstoff der Informationsgesellschaft, S. 88.

73 Rötzer, Das Web wird zum Massenmedium, <http://www.heise.de/tp/artikel/5/5227/1.html>, zuletzt abgerufen am 17.12.14; dies gilt auch für Suchmaschinennutzung, Schulz/Dreyer/Hagemeyer, Machtverschiebung in der öffentlichen Kommunikation, S. 17.

74 Amann, Still stirbt StudiVZ, <http://www.faz.net/sonntagszeitung/hilflos-gegen-facebook-still-stirbt-studivz-11495198.html>, zuletzt abgerufen am 17.12.14; Schröder, Wie Facebook die Konkurrenz auffrisst, <http://blog.zdf.de/hyperland/2011/05/wie-facebook-die-konkurrenz-auffrisst/>, zuletzt abgerufen am 17.12.14.

75 D.h. die Zahl potenzieller sozialer Verbindungen steigt überproportional zur Nutzeranzahl, instruktiv Kolo, Ökonomie sozialer Medien, in: Schmidt/Taddicken (Hrsg.), Handbuch Social Media, Wiesbaden 2015 (im Erscheinen).

76 Dörner, Warum Facebook der Konkurrenz keine Chance lässt, <http://www.handelsblatt.com/technologie/it-tk/it-internet/netzwerkeffekt-warum-facebook-der-konkurrenz-keine-chance-laesst-seite-2/3498904-2.html>, abgerufen am 17.12.14.

77 Kreuzer, Praxisorientiertes Online-Marketing: Konzepte – Instrumente – Checklisten, S. 41.

78 Beispielhaft sei das Google Projekt OpenSocial genannt, http://de.wikipedia.org/wiki/Open_Social, abgerufen am 17.12.14.

79 Facebooks „*Mission*“ laut <https://www.facebook.com/facebook/info>, zuletzt abgerufen am 17.12.14.

Vorteile bedingt. Insofern entsprächen offene, interoperable Standards zwar dem Zweck von Facebook, eine Einführung widerspricht jedoch ökonomischen Handlungsprinzipien.

Am Beispiel Facebook lassen sich besondere Monopolisierungstendenzen nicht nur als Risiko begreifen, sondern als bereits ausgebildetes Quasi-Monopol auf dem Markt der sozialen Netzwerke: 56% der deutschen Internetnutzer nutzen Facebook aktiv, vergleichbare Zahlen kann kein anderes soziales Netzwerk aufweisen.⁸⁰ Facebook hat zwar kein echtes Monopol (z.B. die Herrschaft über einen endlichen Rohstoff), aber die makroökonomischen Effekte entfalten mittlerweile derart starke Wirkung auf den individuellen (auch potenziellen) Kunden, dass eine Wahlfreiheit zwischen verschiedenen sozialen Netzwerken quasi nicht mehr besteht.

Das *Bundesverfassungsgericht* betont, Rundfunkregulierung müsse immer risikoorientiert sein,⁸¹ insbesondere weil sich eine eingetretene Meinungsmachtkonzentration unter Umständen nur unter erheblichen Schwierigkeiten rückgängig machen lassen.⁸² Ausgangspunkt medialer Vielfalt ist auch die Verhinderung ökonomischer Monopolstellungen mittels Konzentrationskontrolle.⁸³ Damit unterscheidet sich die Grundsituation sozialer Netzwerke deutlich von der Marktsituation im Rundfunk: Während der Rundfunk durch die lange Geschichte der Rundfunkregulierung nie einem Unternehmen ausgeliefert war, ist der Markt der sozialen Netzwerke schon heute durch das Quasi-Monopol von Facebook geprägt.

Dies lässt einen Erst-Recht-Schluss zu: Der Markt der sozialen Netzwerke neigt durch die Blockierung offener Standards nicht nur zur Monopolbildung, sondern hat bereits das Monopol eines Anbieters hervorgebracht. Damit liegen die Markt-Grundgegebenheiten vor, die einen Ausgestaltungsauftrag des Gesetzgebers indizieren können.

3. Meinungsbildungsrelevanz normativer Technologie in sozialen Netzwerken

Es muss sich jedoch vor Augen geführt werden, dass Facebook selbst in der Regel nicht als Kommunikator auftritt, sondern diverse mediale Angebote binnenplural vereint. Insofern ist zu prüfen, ob die intermediär-kommunikativen Wirkpotenziale sozialer Netzwerke Meinungsmacht entwickeln können, die mit der des Fernsehens vergleichbar sind.

a) Breitenwirkung

Meinungsbildungsrelevanz wird entscheidend an der Breitenwirkung eines Mediums festgemacht, die klassischerweise dem Rundfunk beigemessen wird. Dabei ist im Be-

80 Abgeschlagen danach die Plattform „Stayfriends“ mit 9% aktiven Nutzern, BITKOM Studie Soziale Netzwerke 2013, http://www.bitkom.org/de/markt_statistik/64018_77778.aspx, zuletzt abgerufen am 17.12.14.

81 St. Rspr. BVerfGE 31, 314, 325 – 2. *Rundfunkentscheidung*; 57, 295, 322 f. – 3. *Rundfunkentscheidung*; 73, 118, 160 – 4. *Rundfunkentscheidung*; 83, 238, 324 – 6. *Rundfunkentscheidung*; 97, 228, 258 – Kurzberichterstattung.

82 BVerfGE 57, 295, 323 – 3. *Rundfunkentscheidung*; 73, 118, 160 – 4. *Rundfunkentscheidung*; 95, 163, 173 – DSF; 121, 30, 52 – *Parteilbeteiligung an Rundfunkunternehmen*.

83 BVerfGE 73, 118, 160 – 4. *Rundfunkentscheidung*.

reich des Rundfunks die Breitenwirkung ein Indikator für eine besondere Meinungsbildungsrelevanz, auf eine rundfunktypische Gleichzeitigkeit des Empfangs kommt es hingegen verfassungsrechtlich nicht an.⁸⁴ Die technischen Grundvoraussetzungen zum Empfang von Fernsehen sind simpel, sodass es als bequemes Massenmedium gilt.⁸⁵ Technische Entwicklungen zu Konvergenz haben diesem nicht geschadet, die durchschnittliche Fernseh-Verweildauer nimmt immer noch stetig zu.⁸⁶ Dabei muss jedoch bemerkt werden, dass der Aufmerksamkeitswettbewerb insbesondere durch sog. „Second Screen“ Nutzung zunehmend härter wird.⁸⁷

Das Internet ist mittlerweile Massenmedium in Deutschland. 79% aller Deutschen nutzen das Internet zumindest gelegentlich.⁸⁸ Ein ganz erheblicher Teil der „Onliner“ nutzt soziale Netzwerke. Facebook wird in Deutschland täglich von etwa 19 Millionen Menschen genutzt.⁸⁹ Übertragen auf Einschaltquoten kann selbst der erfolgreichste Eurovision Song Contest aller Zeiten mit einer Einschaltquote von 17,35 Millionen nicht mithalten und auch die beliebteste Krimi-Serie der Deutschen, der Tatort, kann mit etwa 10 Millionen Zuschauern pro Folge solche Quoten nicht erreichen.⁹⁰ Einzig die Fußball-WM mag bei Spielen der deutschen Nationalmannschaft mehr Massen mobilisieren mit Einschaltquoten von bis zu 31 Millionen Zuschauern.⁹¹ Wohlgermerkt handelt es sich bei der Facebook Nutzung nicht um einmalige Spitzenzahlen, sondern durchschnittliche Nutzungszahlen, die jeden Tag erreicht werden. Damit erreicht Facebook schon jetzt jeden Tag mehr Menschen als die prominentesten Fernsehformate und ist dabei nicht nur Werkzeug zur privaten Kommunikation oder Unterhaltung, sondern zunehmend

-
- 84 *Michael*, Senden als konstitutiver Bestandteil des Rundfunkbegriffs? – Der Rundfunkbegriff im Lichte neuerer europarechtlicher Entwicklungen, ZUM 2009, 453, 454; *Klaes*, Verfassungsrechtlicher Rundfunkbegriff im Internet, ZUM 2009, 135, 138; zumal Linearität auch kommunikationswissenschaftlich nicht zwingend mehr Meinungsbildungsrelevanz bedingt, dazu *Neuberger/Lobigs*, Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltssicherung, S. 21, http://www.kek-online.de/fileadmin/Download_KEK/Gutachten/Gutachten_Die_Bedeutung_des_Internets_im_Rahmen_der_Vielfaltssicherung.pdf, zuletzt abgerufen am 17.12.14.
- 85 BVerfGE 97, 228, 256 – *Kurzberichterstattung*.
- 86 AGF GfK Daten zur Verweildauer 2013, <https://www.agf.de/daten/tvdaten/verweildauer/>, zuletzt abgerufen am 17.12.14.
- 87 Vgl. Presseinformation zur siebten Auflage der Forschungsreihe TNS Convergence Monitor 2013, abrufbar unter: <http://www.tns-infratest.com/presse/presseinformation.asp?prID=3253>, zuletzt abgerufen am 17.12.2014; Dies indiziert auch die Umbenennung der AGF/GfK Daten von „*Sehdauer*“ in „*Verweildauer*“. Es spricht allerdings auch einiges dafür, in ergänzenden *Second-Screen*-Diensten eine Verfestigung der traditionellen Massenmedien zu sehen.
- 88 *Eimeren/Frees*, 79 Prozent der Deutschen online – Zuwachs bei mobiler Internetnutzung und Bewegtbild, *Media Perspektiven* 7-8/2014, S. 378.
- 89 Angaben von Facebook Deutschland, <https://www.facebook.com/notes/tina-kulow/facebook-k-ver%C3%B6ffentlichung-zum-ersten-mal-t%C3%A4gliche-und-t%C3%A4gliche-mobile-nutzerzahlen/724769520882236>, zuletzt abgerufen am 17.12.14.
- 90 Daten aus *Zubayr/Gerhard*, Tendenzen im Zuschauerverhalten, *Media Perspektiven* 3/2011, S. 136 f.
- 91 Datum aus *Zubayr/Gerhard*, Tendenzen im Zuschauerverhalten, *Media Perspektiven* 3/2011, S. 133; dem Autor ist bewusst, dass sich die empirischen Nutzungsdaten qualitativ und systematisch nicht 1:1 vergleichen lassen. Sie dienen der Veranschaulichung der gesellschaftlichen Verbreitung von Facebook, der qualitative Transfer erfolgt in den Folgeabschnitten.

auch politisch relevant.⁹² Einschränkung ist aber anzumerken, dass die Breitenwirkung sich auch über die Zeit definiert,⁹³ die ein Rezipient mit einem Medium verbringt – unangefochten ist das Fernsehen mit einer durchschnittlichen Verweildauer von mehr als 3,5 Std. pro Tag⁹⁴ medial führend. Das soziale Netzwerk Facebook wird im Mittel weit weniger zeitintensiv genutzt. So liegt die durchschnittliche Nutzungszeit sozialer Netzwerke bei etwa 63 Minuten am Tag.⁹⁵ Dennoch lässt sich Facebook heute schon als Massenphänomen mit erheblicher Breitenwirkung begreifen.

Dabei beschränkt sich die Nutzung nicht auf bestimmte Altersgruppen; neben die technikaffinen „*Digital Natives*“ tritt auch zunehmend die ältere Generation.⁹⁶ Auch in den nächsten Jahren werden soziale Netzwerke für immer mehr Menschen einen wichtigen Platz in deren Leben einnehmen, die Verweildauer wird sich erhöhen.⁹⁷ Begründet ist dies nicht nur in der zunehmenden Allgegenwärtigkeit des Internets und der Mediatisierung der Gesellschaft, sondern auch in der Unternehmensstrategie, Facebook durch ein „*Wachstum von innen heraus*“⁹⁸ zum Universalmedium oder gar Synonym für das Internet zu machen.⁹⁹

b) Ubiquität statt Aktualität

Weiterhin wird die Meinungsbildungsrelevanz über die Aktualität des Rundfunks begründet, der in Form von Fernsehen und Hörfunk ein zeitgleiches Übertragen von Inhalten zu den Rezipienten ermöglicht.¹⁰⁰ Technologisch gleichwertig ist dies auch über das Internet zu realisieren mittels Live-Streaming – aufgrund des individuellen Abrufs des Nutzers mangelt es solchen Angeboten jedoch regelmäßig an Meinungsbildungsrelevanz aufgrund fehlender Breitenwirkung. Vielmehr ist dieser Ansatz bei sozialen Netzwerken nicht zielführend, denn die Aktualität von sozialen Netzwerkdiensten generiert sich grundlegend nicht über die Verknüpfung von Bewegtbild und Ton mittels

92 MWn. *Wettstein*, Politische Partizipation über Soziale Netzwerkdienste, *Medien Journal* 3/2010, S. 6.

93 BVerfGE 119, 181, 215 – 2. Gebührenentscheidung.

94 AGF GfK Daten zur Verweildauer 2013, <https://www.agf.de/daten/tvdaten/verweildauer/>, zuletzt abgerufen am 17.12.14.

95 *Busemann*, Wer nutzt das Social Web?, *Media Perspektiven* 7-8, 2013, S. 392.

96 Z.B. nutzen auch immer mehr Senioren Facebook (2012 sind es 41% aller Senioren mit Internetzugang), http://www.bitkom.org/de/markt_statistik/64018_73342.aspx, zuletzt abgerufen am 17.12.14.

97 So auch *Zehe*, Soziale Netzwerke als gesellschaftliches Phänomen – eine Bestandsaufnahme zum Nutzerverhalten und zu den Anbietern, S. 44.

98 D.h. Facebook vereint mediale Dienste wie E-Mail, Instant Messenger, Spiele in einer Plattform und wird damit in seinem Anwendungsbereich immer breiter, so *Zehe*, Soziale Netzwerke als gesellschaftliches Phänomen – eine Bestandsaufnahme zum Nutzerverhalten und zu den Anbietern, S. 48.

99 Zutreffend als „*Konvergenz der Funktionen*“ bezeichnet, *Boie*, Facebook und Google – Die Menschenfischer, <http://www.sueddeutsche.de/digital/facebook-und-google-die-menschenfischer-1.54914>, abgerufen am 17.12.14.

100 BVerfGE 119, 181, 215 – 2. Gebührenentscheidung.

Live-Streaming. Mithin ist es das Prinzip des gemeinsamen Erlebens¹⁰¹ in einem derartigen Netzwerk, das einer Live-Übertragung gleich kommt, wenn die Nachrichten eines Senders an viele Empfänger (z.B. alle „Freunde“ oder alle Abonnenten eines News-Portals) gleichzeitig geschickt werden. Begrifflich entfernt sich damit der Begriff der Aktualität hin zu einem der Ubiquität,¹⁰² also der Allgegenwart von sozialen Netzwerkdiensten wie Facebook.

Gerade die Etablierung von Facebook auf Smartphones sorgt dafür, dass diese Nachrichten zeitnah gelesen werden – manche Stimmen meinen sogar, das Mobiltelefon erwachse für die jüngere Generation schon zum Körperbestandteil.¹⁰³ Damit eröffnet sich für soziale Netzwerke ein Wirkbereich, der dem Fernsehen aufgrund seiner Typizität als Lean-Back Medium zumindest aktuell noch recht fremd bleibt: Während die meisten Zuschauer zur „Prime-Time“ beim Fernsehen einschalten, kennt Social Media kaum räumliche oder zeitliche Grenzen. Morgens nach dem Aufstehen gilt der erste Blick dem Smartphone, über Mittag und Nachmittag dominieren PC und Laptop, während abends häufig zum Tablet gegriffen wird.¹⁰⁴ In jüngerer Zeit lässt sich sogar ein Phänomen beobachten, dass ein öffentlicher Diskurs zuerst in sozialen Netzwerken wie Twitter oder Facebook stattfindet und erst dann journalistisch-redaktionelle Angebote diese Themen aufgreifen.¹⁰⁵ Dies verdeutlicht, welche Veränderungen die Rechnerallgegenwart in der Informationsgesellschaft mit sich bringt. Mit dem zunehmenden Trend, tragbare Alltagsgegenstände mit App-Funktionalität auszustatten (sog. „Wearable Computing“),¹⁰⁶ wird die Vision vom Ubiquitous Computing¹⁰⁷ realitätsnah, sodass die Verbindung von On- und Offline Identität immer stärker wird. Der Aktualitätsgedanke muss also durch Ubiquität ergänzt werden, in Zukunft vielleicht sogar ersetzt.

-
- 101 Zehe, Soziale Netzwerke als gesellschaftliches Phänomen – eine Bestandsaufnahme zum Nutzerverhalten und zu den Anbietern, S. 42.
- 102 Kommunikationswissenschaftlich erscheint es ohnehin zweifelhaft, die gleichzeitige Rezeption von Medieninhalten starr an eine besondere Wirkung zu koppeln, so *Neuberger/Lobigs*, Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltssicherung, S. 22, http://www.w.kek-online.de/fileadmin/Download_KEK/Gutachten/Gutachten_Die_Bedeutung_des_Internets_im_Rahmen_der_Vielfaltssicherung.pdf, zuletzt abgerufen am 17.12.14; auch *Ory* bezeichnet das Merkmal der Aktualität als schwaches Indiz für Meinungsmacht, in: *Gebührenurteil 2.0 – ein Update aus Karlsruhe*, AfP 2007, S. 402.
- 103 Zehe, Soziale Netzwerke als gesellschaftliches Phänomen – eine Bestandsaufnahme zum Nutzerverhalten und zu den Anbietern, S. 41.
- 104 Vgl. *Comscore*, 2013 Future in Focus – Digitales Deutschland, Whitepaper, S. 31, http://www.comscore.com/ger/Insights/Presentations_and_Whitepapers/2013/2013_Future_in_Focus_Digitales_Deutschland, zuletzt abgerufen am 17.12.14.
- 105 Beispielhaft genannt sei die PRISM-Diskussion rund um *Angela Merkels* Satz, das Internet sei Neuland, der im Kurznachrichtendienst Twitter unter dem Hashtag „#neuland“ diskutiert worden ist, *Busemann*, Wer nutzt das Social Web?, *Media Perspektiven* 7-8 2013, S. 391; ähnlich die Sexismus-Debatte mit dem Hashtag „#aufschrei“ auf Twitter.
- 106 Prominent: Google Glasses, Fitness-Armbänder, Smartwatches, http://de.wikipedia.org/wiki/Wearable_Computing, zuletzt abgerufen am 17.12.14.
- 107 *Weiser*, The Computer for the 21st Century, *Scientific American* 1991, S. 94 ff., http://wiki.daimi.au.dk/pca/_files/weiser-orig.pdf, zuletzt abgerufen am 17.12.14.

c) *Suggestivkraft durch Strukturmacht*

Wichtigster Ausgangspunkt für eine besonders ausgeprägte Regulierungsbedürftigkeit des Rundfunks ist die Suggestivkraft, die eine besondere Meinungsbildungsrelevanz indiziert. Lag hier zunächst als Begründung vor allen Dingen die Kombination von (Bewegt-) Bild und Ton aufgrund seiner dramaturgischen Möglichkeiten und Authentizitätswirkung auf den Zuschauer im Vordergrund,¹⁰⁸ hat das Bundesverfassungsgericht diese Ansicht gelockert: Bilder sind nunmehr nicht mehr zwingend erforderlich, um spezielle Suggestivkraft zu begründen,¹⁰⁹ was den Anwendungsbereich dieses Begründungsmodells insbesondere auf Online-Angebote aller Art ausweitet.¹¹⁰ Kommunikationswissenschaftlich besteht keine abschließende Klarheit darüber, was genau Suggestivkraft meint.¹¹¹ Es wird aber davon ausgegangen, dass die Verbindung von Bild, Text und Ton besonders im Kontext des Fernsehens eine rationale Verarbeitung dieser Informationsflut kaum ermöglicht.¹¹²

Umso schwieriger ist es, die komplexen kommunikativen Wirkungen sozialer Netzwerke zu beschreiben, zumal hier auf Wirkung normativer Technologie, nicht aber auf das Verhältnis Inhalteanbieter-Nutzer direkt, abgestellt werden soll. Das Phänomen der Beeinflussung von Kommunikation durch die (auch intendierte) Gestaltung des Kommunikates oder ist nicht neu und selbst auf basale Kommunikationsformen rückführbar:¹¹³ So wird etwa vertreten, die in einer Gesellschaft genutzten Kommunikationsmittel seien konstituierend für die Entwicklung einer Gesellschaftsform. Papyrus ließ als Medium durch seine Transportabilität beispielsweise im Gegensatz zu Steintafeln die Ausbreitung von Wissen und Macht zu und konnte so die Ausweitung der Landesgrenzen begünstigen.¹¹⁴ Auch massenmediale Produkte im Fernsehen werden maßgeblich durch intendiert geschaffene Umstände beeinflusst: Die Wahrnehmung der Inhalte von Nachrichten kann sich bei männlichen Zuschauern z.B. stark verändern, wenn die

108 BVerfGE 90, 60, 87 – 8. *Rundfunkentscheidung*; die Direktorenkonferenz (DLM) der Landesmedienanstalten betont vor allen Dingen die Wirkung der Kombination von Bewegtbild und Ton, insbesondere auch bei Live-Berichterstattung, Drittes Strukturpapier zur Unterscheidung von Rundfunk und Mediendiensten, S. 7, www.lpr-hessen.de/files/3Strukturpapier.pdf, zuletzt abgerufen am 17.12.14.

109 Wobei zumindest noch die Verknüpfung von Text und Ton als Mindestanforderung genannt ist, BVerfGE 119, 181, 215 – Zweite Gebührenentscheidung.

110 Wandtke/Ory, Medienrecht: Praxishandbuch, Band 4: Rundfunk- und Presserecht/Veranstaltungsrecht/Schutz von Persönlichkeitsrechten, Kapitel 1 Rn. 18.

111 MwN. *Neuberger/Lobigs*, Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltssicherung, S. 19, http://www.kek-online.de/fileadmin/Download_KEK/Gutachten/Gutachten_Die_Bedeutung_des_Internets_im_Rahmen_der_Vielfaltssicherung.pdf, zuletzt abgerufen am 17.12.14.

112 Ebd.

113 So auch *Leenes*, Framing Techno-Regulation: an Exploration of State and Non-state Regulation by Technology, Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series No. 10/2012, S. 160 f.

114 Mit weiteren Nachweisen *Zillien*, Die (Wieder-)Entdeckung der Medien – Das Affordanzkonzept in der Mediensoziologie, in: *Sociologia Internationalis* 2008, Vol. 46, No. 2, S. 161.

Nachrichtensprecherin durch figurbetonte Kleidung ablenkt.¹¹⁵ Insofern erscheint fraglich, ob die Machtdimension der Beherrschung einer digitalen Kommunikationsplattform mit den althergebrachten Erscheinungsformen vergleichbar ist. Zuweilen wird angenommen, der selektiv und partizipativ geprägte Charakter des Internets fördere eine Reflektion und sei daher grundsätzlich weniger suggestiv geprägt als lineares Fernsehen.¹¹⁶ Im Verhältnis von Inhabitanten zum Nutzer kann diese Art der Nutzung Rationalität im Umgang mit Inhalten fördern, die Asymmetrie zwischen Plattformanbieter und Nutzern wird aber nicht hinreichend beschrieben. Um dieses Verhältnis erfassen zu können, darf mediale Suggestivkraft nicht zentral aus dem Verhältnis von Kommunikator zum Rezipienten begriffen werden, sondern muss perspektivisch vom gesamtgesellschaftlichen Wirkpotenzial her bewertet werden, das starke Intermediäre besitzen – kurzum: Die klassische Vorstellung von direkter Inhaltsmacht muss perspektivisch durch mittelbare Strukturmacht ergänzt werden.¹¹⁷

Zwar ist ein soziales Netzwerk durch eine many-to-many Kommunikation geprägt,¹¹⁸ diese wird jedoch auf einer Meta-Ebene gespeichert, analysiert, überwacht und kann beeinflusst, sogar gefiltert werden. Die Sichtbarkeit von Inhalten hängt nicht nur von der Selektion der Nutzer ab, sondern ein intransparentes Ranking entscheidet, welche Inhalte überhaupt individuell sichtbar werden.¹¹⁹ Die Möglichkeiten der Einflussnahme finden ihre Grenzen nicht in Werbung und Marketing und führen nicht bloß zur „Sozialisierung jeglicher Kaufprozesse“,¹²⁰ sondern können auch im Rahmen der individuellen und gesellschaftlichen Willensbildung Relevanz entfalten. Gerade in digitalen Räumen wird Kommunikation ein Vertrauensvorschuss gegeben, in denen Nutzer ihre Neuigkeiten aus eigenen Quellen selbst wählen – sind Nutzern soziale Kontakte aus der Offline-Welt bekannt oder es wird genau die Zeitung bei Facebook abonniert, die auch gedruckt gelesen wird, gewährt dies besondere Authentizität.¹²¹

Ein Bewusstsein für eine Einflussnahme von Facebook selbst durch normativ wirkende Technologie besteht kaum, vielmehr noch: Soziale Netzwerke sind keine virtuelle Parallelwelt, sondern immer mehr „selbstverständliche Fortsetzung des realen Lebens,

115 Vgl. *Grabel/Samson*, Sexual cues emanating from the anchoress chair: Implications for perceived professionalism, fitness for beat, and memory for news, *Communication Research* 38, 4/2011, S. 471 ff.

116 *Neuberger/Lobigs*, Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltssicherung, S. 20, http://www.kek-online.de/fileadmin/Download_KEK/Gutachten/Gutachten_Die_Bedeutung_des_Internets_im_Rahmen_der_Vielfaltssicherung.pdf, zuletzt abgerufen am 17.12.14.

117 Vgl. *Hagen*, Die Verfassung, der Rundfunk und das Netz. 14 lemmantische Skizzen, S. 274, der das maschinelle Ranking von Suchmaschinen in den Vordergrund stellt.

118 *Horn*, Facebook – Gefahr oder Chance?, S. 159 f.

119 <https://de-de.facebook.com/business/news/News-Feed-FYI-A-Window-Into-News-Feed>, zuletzt abgerufen am 17.12.14; <https://www.facebook.com/business/news/News-Feed-FYI-Showing-More-High-Quality-Content>, zuletzt abgerufen am 17.12.14.

120 „Märkte sind ‚Gespräche‘ unter Menschen, in denen Unternehmen gern vorkommen möchten“, *Skibicki*, Internet 2020 – Wohin geht die Reise?, S. 12.

121 Die Authentizität von Quellen steigt grundsätzlich mit der Identifikationsmöglichkeit und einem positiven Markenimage („brand equity“), ARD Forschungsdienst/*Gleich*, Informationsqualität von Medienangeboten aus Nutzersicht, S. 107; zur Rolle von Facebook bei der Information Jugendlicher *Marchi*, With Facebook, Blogs, and Fake News, Teens Reject Journalistic „Objectivity“, *Journal of Communication Inquiry* 2012 36 (3), S. 251 – 253.

*nur in einem anderen Zimmer der Wohnung.*¹²² Suggestivkraft entfaltet Facebook daher – diametral zum klassischen Fernsehen oder Hörfunk – vor allen Dingen aufgrund der spezifischen Wahl des Nutzers und der Möglichkeit der Partizipation, die den Inhalten besondere Authentizität verleiht. Welche intendierte regulative Wirkung von Änderungen an der Nutzeroberfläche oder von Filter- und Selektionsmechanismen ausgeht und wie weit die Steuerungspotenziale gehen, dürfte ohne eine Auswertung des Plattformbetreibers insbesondere für Einzelnutzer, weder ersichtlich noch nachvollziehbar sein. Gleichwohl hat ein Forschungsprojekt mit knapp 700.000 Facebook Nutzern schon zeigen können, wie stark allein die strukturelle Macht ist, die vom News-Feed ausgeht: Mittels einer Manipulation des zugrunde liegenden Algorithmus konnte nachgewiesen werden, dass die Rezeption positiver oder negativer Nachrichten erheblich auf das eigene emotionale Interaktionsverhalten der Nutzer rückspiegelt (sog. „emotional contagion“).¹²³ Insoweit zeigt die Studie zwei Dinge: Zum einen, dass es so etwas wie eine Gefühlsansteckung¹²⁴ auch virtuell gibt. Zum anderen zeigt die Studie aber auch, dass in der Manipulation von Ranking-Algorithmen ein erhebliches Potenzial zur Steuerung von Emotionen, u.U. aber auch Meinungen, liegt. Auch wenn derartige Manipulationen politischer oder weltanschaulicher Art aus Sicht der Betreiber sozialer Netzwerkdienste ökonomisch nicht rational erscheinen mögen,¹²⁵ so ist dennoch ein deutliches Missbrauchspotenzial vorhanden.

Es ist die scheinbare Freiheit innerhalb der digitalen Plattformen, die eine Gefahr darstellt: So suggerieren Wahlfreiheit und partizipative Möglichkeiten eine freie Kommunikation im sozialen Netzwerk, wengleich der Plattformanbieter mittels normativer Technologie mittelbar auf alle Informationsquellen Einfluss nehmen kann.

Je weiter sich alle gesellschaftliche Kommunikation in solche Kommunikationsräume verlagert, desto stärker prägen die normativen Ideen hinter Ranking-Algorithmen und Filtermechanismen die gesellschaftliche Kommunikation. Suggestivkraft muss aufgrund dieser starken Machtposition im kommunikativen Prozess um den Gedanken der Strukturmacht ergänzt werden.

d) Zwischenergebnis

Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff ist ein zu enges Korsett für das Phänomen der sozialen Netzwerkdienste.¹²⁶ Angelehnt an alte Kategorien kann zwar versucht wer-

122 Zehe, Soziale Netzwerke als gesellschaftliches Phänomen – eine Bestandsaufnahme zum Nutzerverhalten und zu den Anbietern, S. 42.

123 Daher auch die Bezeichnung als „emotional contagion“, Kramer/Guillory/Hancock, Experimental evidence of massive-scale emotional contagion through social networks, in: PNAS vol. 111, no. 24, <http://www.pnas.org/content/111/24/8788.full>, zuletzt abgerufen am 17.12.14.

124 Zum Begriff bereits Hatfield/Carciopo/Rapson, Emotional Contagion, in: Current Directions in Psychological Sciences, Vol. 2, 1993, S. 96-99.

125 Kluth/Schulz, Konvergenz und regulatorische Folgen, Gutachten im Auftrag der Rundfunkkommission der Länder 2014, S. 42, <http://www.rlp.de/ministerpraesidentin/staatskanzlei/medien/>, zuletzt abgerufen am 17.12.14.

126 Vgl. Hagen, Die Verfassung, der Rundfunk und das Netz. 14 lemmantische Skizzen, S. 271 f.

den, meinungsbildende Faktoren herauszustellen – begriffen werden müssen neue Machtstrukturen jedoch als Zäsur in der Mediengeschichte,¹²⁷ trotz dessen der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff als Aufhänger dienen kann für einen Ausgestaltungsauftrag des Staates. Soziale Netzwerkdienste zeigen, wie sich global eine Art virtueller Staat mit eigenen Verhaltensregeln und eigenen gesellschaftlichen Werten herausbildet, die nicht Produkt gesellschaftlichen Konsenses oder eines Berufsethos sind, sondern von Internetriesen wie Facebook vorgegeben werden. So erwächst die eigentliche Stärke des Internets, seine Offenheit, mit der zunehmenden Konzentration aller Online-Aktivitäten des Internets in sozialen Netzwerken spiegelbildlich zu einer Gefahr für die Meinungsvielfalt.

Zwar treten Betreiber sozialer Netzwerkdienste i.d.R. nicht selbst als Kommunikator auf, haben aber weitgehende Strukturmacht, die es erlaubt zu entscheiden, wie kommuniziert wird, wer teilnimmt und was inhaltlich noch akzeptabel ist. Neu sind dabei im Unterschied zum klassischen Rundfunk vor allen Dingen zwei Aspekte: Zum einen eröffnen die Datenanalyseverfahren in sozialen Netzwerkdiensten weitreichende Analysemöglichkeiten der Nutzer und damit eine effiziente Steuerung des kommunikativen Verhaltens. Meinungsmachtpotenzial wird hier nicht durch eine Multiplikation von Individualkommunikation erreicht, sondern durch subtile Steuerung des „*Staates Facebook*“. Das Widerstreiten individueller Freiheitsinteressen mit der Unterordnung unter solche staatsähnlichen Steuerungsmechanismen gewinnt hier eine neue Qualität: Ein Maximum an Auswertbarkeit steht einem Minimum an Transparenz gegenüber. Eine Individualreflektion dieser Regeln in einer Sollens-Kategorie¹²⁸ entfällt praktisch völlig, die Unterordnung durch normative Technologie gleicht einer Reduktion der Möglichkeiten des Einzelnen auf eine Müssens-Dimension. Die Grenzen der Steuerung dieser Müssens-Dimension sind aufgrund der weitreichenden Marktmacht von Facebook so weit gefasst, dass nahezu von einer Allmacht gesprochen werden muss, die sich – drastisch dargestellt – kaum vom einleitend beschriebenen biblischen Szenario unterscheidet.

Zum Zweiten sorgt das zunehmende Verwässern der Unterschiede von Off- und Online-Identität in Kombination mit der Verbreiterung der Facebook-Angebote für Möglichkeiten der Einflussnahme, die nicht nur professionelle Medienangebote betrifft, sondern auch weitreichend private Kommunikation. Je weiter sich die Facebook-Nutzung habitualisiert und Zeiteinheiten des Tages prägt, mehr Internet-fähige Geräte sich im Alltag etablieren (insbesondere „*Wearable Computing*“) und sich jedwede Kommunikation von anderen Diensten im Netzwerk zentralisiert, desto größer wird das Meinungsmachtpotenzial des Netzwerkes.

127 So auch [allerdings mit Bezug auf das Internet insgesamt] *Hachmeister/Vesting*, Rundfunkpolitik und Netzpolitik. Strukturwandel der Medienpolitik in Deutschland, S. 25.

128 So noch *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 184 in Bezug auf real-existierende Staaten: „*Dem Einzelbewußtsein stellt sich das soziale Handeln und Leiden niemals bloß unter der Kategorie des Müssens, sondern stets auch unter der des Sollens dar.*“.

V. Paradigmenwechsel in der Kommunikationsregulierung

Es gibt mehrere Möglichkeiten, dieser Gefahr für die freie individuelle und öffentliche Meinungsbildung zu begegnen: Man kann darauf hoffen, dass Unternehmen wie Facebook sich ihrer Verantwortung bewusst sind und diese der Selbstregulierung überlassen. Im Hinblick auf die geradezu konstituierende demokratische Relevanz der Meinungsfreiheit erscheint diese an ökonomische Interessen rückgekoppelte Verantwortungsverlagerung allerdings idealistisch. Früh erkannte Axel Springer: „*Ein Verlag ist kein reines Erwerbsunternehmen wie eine Mantelfabrik oder eine Großmetzgerei.*“¹²⁹ Muss ein ähnlicher Befund nicht heute auch für soziale Netzwerkdienste gelten, die bisher medienrechtlich kaum umhert getrieben sind?

Darüber hinaus kann Facebook auch – soweit dies dem deutschen Gesetzgeber überhaupt möglich wäre¹³⁰ – einer staatlichen Regulierung unterworfen werden. Es gilt die besondere Meinungsbildungsrelevanz sozialer Netzwerke als Intermediäre zu begreifen und daraus die richtigen Folgen für eine Regulierung zu ziehen. Dies sollte zu einem Paradigmenwechsel bei der Medienregulierung führen, denn das bisherige Konzept wird einseitig von einer überkommenen Zentrierung auf das Fernsehen abgeleitet.¹³¹ Auch wenn kommunikationswissenschaftlich kaum sicher festgestellt werden kann, wann tatsächlich eine besondere Meinungsbildungsrelevanz eines Intermediäres vorliegt, so kann doch die beschriebene Strukturmacht nicht allein in der Hand eines Wirtschaftsunternehmens bleiben im guten Vertrauen an dessen Verantwortungsbewusstsein.¹³² Verfassungsrechtlich ist ein Ausgestaltungsauftrag des Gesetzgebers aus Art. 5 Abs. 2 S. 1 GG indiziert.

Dass dieser Ausgestaltungsauftrag sich nicht an den bisherigen Gestaltungsmaximale¹³³ orientieren kann, dürfte anhand der beschriebenen Phänomene, die sich nur schwer in die tradierten Begründungsmodelle einordnen lassen, einleuchten. Ziel dieser Abhandlung kann es nicht sein, abschließend Antwort darauf zu geben, wie diese Ausgestaltung in concreto aussieht: Es erscheint jedoch angezeigt, die Abstraktionsebene normativer Technologie auch in klassischer Normgebung aufzugreifen, um die Asymmetrie zwischen Plattformbetreiber und Nutzer zu reduzieren. Dafür müssen wir zunächst einen Prozess vorantreiben, der noch in den Kinderschuhen steckt; nämlich ver-

129 Zehe, Soziale Netzwerke als gesellschaftliches Phänomen – eine Bestandsaufnahme zum Nutzerverhalten und zu den Anbietern, S. 52.

130 Die „Google Spain“-Entscheidung zeigt zumindest in gewissen Grenzen eine Einschränkung des Sitzlandprinzips hin zu einem Marktortprinzip, vgl. EuGH, Urteil in der Rechtsache C-131/12, Rn. 42 ff.

131 Schulz/Held, Die Zukunft der Kontrolle der Meinungsmacht, S. 91, schon 2001: „*Derzeit hat er sich für eine Konzeption entschieden, bei der Fernsehen der Ausgangspunkt der medienkonzentrationsrechtlichen Beurteilung ist. [...] Dies mag gegenwärtig noch adäquat sein, im Falle weiterer Verschiebungen der Nutzung etwa im Hinblick auf Internet-Kommunikation gerät diese Konzeption allerdings an verfassungsrechtliche Grenzen.*“

132 Dies ist auch der besonderen Risikoorientierung der Kommunikationsregulierung geschuldet, vgl. st. Rspr. BVerfGE 31, 314, 325 – 2. Rundfunkentscheidung; 57, 295, 322 f. – 3. Rundfunkentscheidung; 73, 118, 160 – 4. Rundfunkentscheidung; 83, 238, 324 – 6. Rundfunkentscheidung; 97, 228, 258 – Kurzberichterstattung.

133 Im Kern Vielfaltsrepräsentanz und Staatsferne, dazu Hain/Poth, Ausgestaltung und Beschränkung der „dienenden“ Rundfunkfreiheit, JA 2010, 572, 572 f.

stehen wie die Logik von Code und den dahinterstehenden Algorithmen funktioniert. Es wird z.T. angezweifelt, ob diese Ebene überhaupt dem menschlichen Verstand zugänglich ist.¹³⁴ Ein optimistischer Ansatz spricht dennoch dafür, mittels der Verzahnung verschiedener Wissenschaftsdisziplinen der Entschlüsselung näher zu kommen.¹³⁵

Ein genauer pathologischer Befund war jedoch aufgrund der Risikoorientierung und des Prognose- und Bewertungsspielraumes des *Gesetzgebers* nie erforderlich,¹³⁶ andernfalls würde die Komplexität der derzeitigen technischen Entwicklungen zum Erstarren normativer Entwicklungen führen. Der *Gesetzgeber* ist gehalten, zu reagieren und insbesondere die Offenlegung der Maximen normativer Technologie zu fordern, um eine Individualreflektion der Nutzersteuerung zu ermöglichen. Greift man diese Ebene nicht auf, läuft der *Gesetzgeber* stetig Gefahr, dass die Macht durch Steuerung des Codes regulative Maßnahmen durch Weiterentwicklung überwindet und damit letztlich überstrahlt.¹³⁷ Ein normativer Rahmen muss in Zukunft also nicht für austauschbare Technologie selbst geschaffen werden oder gar Sondermaßnahmen für einzelne marktstarke Unternehmen vorsehen.¹³⁸ Stattdessen sollte ein Rahmen geschaffen werden für die übergeordneten Wertvorstellungen und Maximen, die hinter der Code-Gestaltung stecken¹³⁹ und damit eine Art Code-Ethik bedingen, z.B. mit dem Ziel der Transparenz, fairen Standardeinstellungen („*User-Defaults*“) und Offenheit.¹⁴⁰ Zumindest Dienste, die sich als neutral gerieren, sollten sich auf der Basis des entstehenden Nutzervertrauens auch zu politischer und weltanschaulicher Neutralität verpflichten lassen.

Ob der derzeitige internationale Regulierungsrahmen praktisch einen solchen normativen Zugriff für den deutschen *Gesetzgeber* ermöglicht, kann nicht seine Voraussetzung sein. Ein verfassungsrechtlicher Gestaltungsauftrag entsteht aufgrund einer Gefahrenlage, die hier mit Blick auf Art. 5 Abs. 2 S. 1 GG tentativ beschrieben worden ist. Die neuen Machtstrukturen in digitalen Kommunikationsräumen sollten als Anreiz für eine Abkehr von fernsehzentrierter Regulierung und damit als Grundlage für einen Paradigmenwechsel in der Kommunikationsregulierung aufgefasst werden.

134 „[...] algorithms' logic may not be available to us – not because it's concealed, but it's entirely beyond our view.“, *Barocas/Hood/Ziewitz*, *Governing Algorithms: A Provocation Piece*, „*Governing Algorithms*“ conference paper, S. 3, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2245322, zuletzt abgerufen am 17.12.14.

135 *A.a.O.*, S. 3 f.;

136 *Schulz/Held/Kops*, *Perspektiven der Gewährleistung freier öffentlicher Kommunikation*, ZUM Sonderheft 2001, S. 622.

137 Mit einer zeitlichen Argumentation *Brown/Marsden*, *Regulating Code: Towards Prosumer Law?*, Working Paper EuroCPR 22, S. 10, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2224263, zuletzt abgerufen am 17.12.14.

138 Vgl. Europäisches Parlament, Entschließungsantrag 2014/2973(RSP) vom 24.11.14, Rn. 10, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+B8-2014-0286+0+DOC+XML+V0//DE>, zuletzt abgerufen am 17.12.14.

139 *Brown/Marsden*, *Regulating Code: Towards Prosumer Law?*, Working Paper EuroCPR 22, S. 9, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2224263, zuletzt abgerufen am 17.12.14.

140 *Meckel*, *Vielfalt im digitalen Medienensemble. Medienpolitische Herausforderungen und Ansätze*, S. 308-310.