



An den
Studienpräses
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
Universität Wien

**Institut für Staats- und Verwal-
tungsrecht**

Univ.-Prof. Dr. Franz Merli
Schottenbastei 10-16 (Juridicum)
A-1010 Wien

T +43-1-4277-35422
F +43-1-4277-835422
franz.merli@univie.ac.at

Wien, 15.3.2022

Gutachten zur Dissertation „Freie und vielfältige Massenmedien. Theorie, Dogmatik und Praxis der Medienfreiheit“ von Mag. Herwig Mitter

I.

Um die Demokratie steht es derzeit in vielen Ländern nicht zum Besten, und die Medien haben daran keinen geringen Anteil. In dieser Situation kann eine Arbeit wie die vorliegende, die den Zusammenhang von Demokratie und Medienfreiheit in den Mittelpunkt stellt und die Medienfreiheit im Lichte demokratischer Notwendigkeiten neu deutet, besonders nützlich sein. Freilich stellt ein solches Vorhaben auch ganz besondere Anforderungen.

II.

Die Dissertation besteht aus 305 Seiten Text, der in fünf Kapitel unterteilt ist, sowie einem Abstract auf Deutsch und Englisch, einem Inhaltsverzeichnis, einem Abkürzungsverzeichnis, einem Literaturverzeichnis und einer Danksagung.

Im einleitenden **ersten Kapitel** (1 ff) schildert der Autor sein Projekt: Er geht davon aus, dass vielfältige Massenmedien für die Demokratie wesentlich sind, die Medien ihrer Aufgabe aber nur unzureichend nachkommen: Sie bieten wenig Vielfalt, sondern unterliegen einem starken Popularisierungs- und Konzentrationsdruck, ua weil sie mit Internetunternehmen wie Google und Facebook um Werbeeinnahmen konkurrieren müssen und zugleich darauf angewiesen sind, dass diese ihnen den Zugang zu ihrem Publikum vermitteln. Das könne auch mit dem Medienrecht zu tun haben, genauer: mit dem Verständnis der Medienfreiheit als bloße Garantie für einen „Marktplatz der Ideen“,



also als unternehmerische Freiheit ohne Rücksicht auf die Inhalte, die Medienunternehmern verbreiten, und die Art und Weise, in der sie das tun. Dieses Verständnis sei unterkomplex, weil zu sehr auf die bloße Abwehr staatlicher Eingriffe konzentriert, und die Marktorientierung führe nicht zu Vielfalt, sondern zu immer mehr Konzentration und Machtakkumulation. Der Verfasser möchte daher zeigen, dass die Medienfreiheit, wie sie in Österreich durch die einschlägigen Grundrechte und das BVG Rundfunk eingeräumt ist, auch anders gedeutet werden kann und muss, um freie, demokratische Massenmedien zu ermöglichen. Dazu will es zunächst aus der Mediengeschichte eine Theorie entwickeln, wie Massenmedien die Demokratie fördern oder behindern können, dann sehen, ob sich die existierende Medienfreiheit im Sinne dieser Theorie deuten lässt, und schließlich an den Beispielen der Netzneutralität, des Medienkartellrechts und der Medienförderung feststellen, ob die Praxis einer so verstandenen Medienfreiheit entspricht.

Diesem Programm folgend, unternimmt der Verfasser im **zweiten Kapitel** (27 ff) einen Streifzug durch die Mediengeschichte von 1500 bis zur Gegenwart. Dabei geht es ihm „nicht um eine stringente Genealogie, also darum, möglichst genau herauszufinden, was einmal war; vielmehr darum, ein Verständnis davon zu entwickeln, was sein sollte, und zwar vor dem Hintergrund einzelner historischer Beobachtungen“ (32). Die folgenden 60 Seiten enthalten eine Vielzahl – für sich interessanter – historischer Informationen zur Entwicklung der Massenmedien, den faktischen Voraussetzungen ihrer Tätigkeit und den verschiedenen Techniken von Staat und Privaten zu ihrer Steuerung; vor allem aber münden sie in eine Liste von Erkenntnissen, die zusammen die Theorie des Verfassers ausmachen:

- 1) Demokratierelevant ist Massenkommunikation; das ist jene Medienkommunikation, die unabhängig von der äußeren Erscheinungsform „weitere Teile einer Gesellschaft angeht, ohne dabei an konkrete Individuen adressiert zu sein“ (88). Um das zu beurteilen, muss auch auf den Inhalt der Kommunikation abgestellt werden.
- 2) Demokratiefördernd ist Massenkommunikation dann, wenn sie sich nicht gegenüber anderen Anschauungen abschließt, sondern eine besondere Verantwortung wahrnimmt, indem sie auch Gegenstandspunkte zu Wort kommen lässt und strukturell für alle denkmöglichen Inhalte offen bleibt.
- 3) Die Medienfreiheitsgewährleistung muss die Haupthindernisse für freie Medien berücksichtigen, also nicht nur staatsfreie Berichterstattung sicherstellen, sondern auch den Zugang zu grundlegenden Infrastrukturen ermöglichen, für demokratiekompatible Marktverhältnisse sorgen, die Unabhängigkeit staatlicher Medien garantieren und staatliche Informationen zugänglich machen; alles das auch im Zusammenwirken mit anderen Staaten.

Das **dritte Kapitel** (95 ff) bildet den Mittelpunkt der Arbeit: Hier will der Verfasser eine Dogmatik der Medienfreiheit entwickeln, die den geschilderten Anforderungen entspricht. Er kommt zu folgenden Ergebnissen:

In Art 10 EMRK (und Art 11 GRC) und der Rechtsprechung des EGMR dazu lässt sich von der allgemeinen Kommunikationsfreiheit eine besondere Medienfreiheit unterscheiden, die nur für be-



stimmte Formen der Kommunikation gilt und diese stärker schützt, sie aber eben auch mit besondere Pflichten verbindet. Art 10 EMRK wird ergänzt des Art 13 StGG und den Beschluss der Provisorischen Nationalversammlung, va durch das Zensurverbot und den Ausschluss von Postverboten, der auch als Zugangsrecht auch für das Internet wirken muss; und das BVG Rundfunk, dessen Objektivitäts-, Vielfalts- und Unabhängigkeitsanforderungen entgegen der herrschenden Auffassung nicht nur für herkömmliche Rundfunkprogramme, sondern (in gesetzlich abzustufender Form und im Einklang mit Art 10 EMRK) generell für elektronische Massenkommunikation gelten.

Ziel der Medienfreiheit ist vielfältige Öffentlichkeit für die Demokratie, geschützt daher nur Massenkommunikation, die Informationen und Ideen über (weit verstandene, aber Privatsachen und Werbung ausschließende) Angelegenheiten von öffentlichem Interesse verbreitet und dies nach journalistischen Eigengesetzlichkeiten und Sorgfaltsstandards, vor allem nach dem Grundsatz „audiatur et altera pars“, tut. Daher muss der Staat Medien nach ihren Inhalten und der Art ihrer Präsentation unterscheiden und auch eine gesetzliche Ausgestaltung der Freiheit vornehmen. Die Medienfreiheit ist deswegen, anders als die allgemeine Kommunikationsfreiheit, ein ausgestaltungsbedürftiges Grundrecht.

Grundrechtsträger sind nicht nur Journalist*innen sowie Eigentümer*innen und Herausgeber*innen von Medien, sondern alle, die journalistische Massenkommunikation im beschriebenen Sinn betreiben, also auch Bürger*innen, NGOs und Nutzer*innen sozialer Netzwerke; derzeit aber nicht die Internet-Intermediäre, weil diese von vornherein keine Diskursräume herstellen oder aber, wo sie das durch Rückkanäle für die Nutzer tun, weder für diskursive Anschlussfähigkeit der Inhalte sorgen noch und journalistische Verantwortung wahrnehmen, sondern aus ökonomischen Gründen durch Bildung von Filterblasen und Eskalation von Meinungsverschiedenheiten eher das Gegenteil befördern.

Freiheitsinhalt ist zunächst die staatsfreie Berichterstattung, zu der nicht nur die Freiheit von (Vor- und Nach-)Zensur, Weisungen oder körperlichen Repressionen, sondern auch die Freiheit der Recherche und der Schutz vor Propaganda zählen. Deshalb muss der Staat auch akzeptieren, dass die Identität von Informanten geheim bleibt, und deshalb darf er die Medien nicht belügen. Abgesehen von Propaganda, bei der das schwer zu sagen ist, sind Maßnahmen, die diesen Vorgaben widersprechen, Eingriffe, können allerdings nach einer besonders strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung gerechtfertigt werden. Keine Eingriffe in die Medienfreiheit sind dagegen staatliche Maßnahmen, die die Medienfreiheit bloß ausgestalten, vor allem die Prinzipien des verantwortlichen Journalismus, die ja erst präzisieren, was unter die besondere Medienfreiheit fällt (oder Entflechtungen von dominanten Medienunternehmen; dazu unten); Eingriffe sind dagegen wiederum Maßnahmen, mit denen der Staat überprüft, ob Kommunikation diesen Anforderungen gerecht wird, also zum Beispiel die Qualifikation einer Berichterstattung als üble Nachrede.



Zur Medienfreiheit gehören weiters weitreichende positive Verpflichtungen des Staates. Weil er den Staat durchgehend verpflichtet und nicht bloß ermächtigt sieht, weicht der Verfasser hier am stärksten von der herrschenden Meinung ab. Der Staat muss den diskriminierungsfreien Zugang zu staatlichen oder privaten Infrastrukturen gewährleisten, auf die Massenkommunikation zu ihrer Verbreitung angewiesen ist, zB zu Zeitungszustellsystemen, Funkfrequenzen oder Kabelnetzwerken, va aber zu den Plattformen von Internet-Intermediären, die mediengrundrechtlich geschützte Kommunikation unter den Knappheitsbedingungen der Aufmerksamkeitsökonomie sogar bevorzugt gegenüber anderen Inhalten verbreiten müssen.

Der Staat muss auch dafür sorgen, dass sich mediengrundrechtlich geschützte Kommunikation nicht nur für wenige finanzieren lässt und Berichterstattung ohne Marktzwänge möglich ist. Das könnte tun, indem er die Medien ganz dem Markt entzieht und die Medienfreiheit allein öffentlich-rechtlich ausgestaltet; andernfalls muss er demokratiekompatible Marktverhältnisse herstellen, notfalls durch Entflechtung oder Förderungen. Eine Entflechtung ist als Ausgestaltungsmaßnahme kein Eingriff in die Medienfreiheit und auch keine Enteignung, wohl aber ein sonstiger Eingriff in das Eigentum der betroffenen Unternehmen, doch zur Vielfaltsherstellung unter Zahlung einer Entschädigung rechtfertigbar. Förderungen gerade mediengrundrechtlich geschützte Kommunikation, also nach Qualitätsstandards, sind nach dem europäischen Beihilfenrecht und dem Gleichheitsgrundsatz zulässig, Unterscheidungen innerhalb dieses Segments bedürfen einer eigenen Begründung und müssen „meinungsneutral“ ausfallen.

Der Staat muss die Unabhängigkeit der eigenen Medien (auch bei der Finanzierung) und die Unabhängigkeit und die pluralistische Zusammensetzung der Aufsicht auch über private Medien garantieren. Innerhalb der Redaktionen steht die Medienfreiheit der Eigentümer*innen als Recht zur Bestimmung der Blattlinie der Medienfreiheit der einzelnen Journalisten*innen gegenüber und findet dort ihre Grenze, wo sie journalistische Standards nicht respektiert.

Schließlich muss der Staat auch den Zugang zu staatlichen Informationen im öffentlichen Interesse gewähren, auch wenn sie noch nicht öffentlich verfügbar sind.

Diese Freiheitsbedingungen sind grundrechtlich geboten, aber sie bedürfen in den meisten Fällen einer gesetzlichen Ausgestaltung. Eine solche besteht in der Regel, von der Universaldienstverpflichtung der Post und „must carry“-Regelungen für Netzbetreiber über kartellrechtliche Vorschriften und Presseförderungsbestimmungen, das ORF-Gesetz, das KommAustria-Gesetz und mediengesetzliche Vorschriften bis zu den Auskunftspflichtgesetzen. Manchmal hilft auch eine mediengrundrechtliche Interpretation allgemeiner privatrechtlicher Vorschriften, so zum Beispiel durch einen Kontrahierungszwang beim Zugang zu notwendigen Infrastrukturen oder bei der Durchsetzung der inneren Medienfreiheit im Arbeitsrecht. Defizite bestehen aber bei der Durchsetzung einer ausreichenden Präsenz auf den Plattformen der Internet-Intermediäre und bei der Ausgestaltung der Unabhängigkeit des ORF und der Wiener Zeitung sowie der pluralistischen Zusammensetzung der KommAustria als Medienaufsichtsbehörde.



Im **vierten Kapitel** (243 ff) steht die „Praxis“ der Netzneutralität, der Entflechtung und der Medienförderung im Mittelpunkt; damit ist vor allem die einfachgesetzliche Umsetzung einer demokratiefördernden Medienfreiheit gemeint. Der Verfasser präsentiert jeweils die Rechtslage, schildert den Beitrag, den sie zur Vielfalt leisten kann, und bewertet das Ergebnis aus verfassungsrechtlicher Sicht, bevor er ein Fazit zieht.

Was mit Netzneutralität gemeint ist, erklärt der Verfasser zunächst, bevor sich der einschlägigen Regelungen der TSM-Verordnung der EU zuwendet. Die Vorschriften selbst sind seiner Auffassung weitgehend dazu geeignet, den Anforderungen der Medienfreiheit nachzukommen und gesellschaftliche Vielfalt zu vermitteln. Freilich erfordere dies eine grundrechtssensible Anwendung vor allem jener Ermächtigungen, die „Spezialdienste“ privilegieren.

Bei der Entflechtung fällt die Diagnose ambivalent aus: Traditionell verstanden, eignen sich das österreichische und das Unionskartellrecht nicht, um Medienvielfalt zu fördern, weil sie an den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung anknüpfen. Verstünde man dagegen unter dem Missbrauch nicht nur unfaires Marktverhalten, sondern, jedenfalls im Medienkontext, auch die Marktherrschaft als solche, weil sie genutzt werden kann, um politischen Einfluss zu nehmen oder die öffentliche Wahrnehmung zu einzelnen Themen zu dominieren, sehe die Sache anders aus.

Bei der Medienförderung ist es umgekehrt: Das Instrument als solches eigne sich hervorragend für die Stärkung von Vielfalt, es werde nur falsch genutzt. Wie der Verfasser in einer ausführlichen Analyse der Förderungsvoraussetzungen und Kriterien zeigt, zementiert es bestehende Marktverhältnisse. Zugleich wird die Vielfaltförderung konterkariert durch die öffentlichen Werbeaufträge, die in erster Linie an die Boulevardzeitungen gehen, also gerade nicht an Qualität anknüpfen. Diese Praxis verstoße daher gegen den Gleichheitssatz, das EU-Beihilfenrecht und die Medienfreiheit.

Im **fünften Kapitel** (297 ff) fasst der Autor die Ergebnisse seiner Arbeit noch einmal in Thesenform bündig zusammen.

III.

Um mit dem Ergebnis zu beginnen: Die Arbeit ist ausgezeichnet.

Dem Autor geht es um nichts weniger als eine Neudeutung der gesamten Medienfreiheit, von den grundrechtlichen Vorgaben bis zu den Einzelheiten der einfachgesetzlichen Ausgestaltung und ihrer Anwendung, in Österreich, in der EU und im Geltungsbereich der EMRK, mit Ausstrahlungsanspruch auf alle Demokratien der Welt. Wie schon eingangs angedeutet, stellt dieses Vorhaben besondere Anforderungen an die Auswahl des Materials, die Bündigung des Stoffes, die Konzentration der Gedankenführung und die Überzeugungskraft der Argumentation. Um es zu bewältigen, braucht

es daher Mut, außerordentliche Beharrlichkeit, Selbständigkeit beim Denken und Gestaltungskraft jenseits reiner Dogmatik. Der Verfasser ist allen diesen Anforderungen gerecht geworden, sein Projekt gelungen.

Er formt aus verstreuten Vorschriften unterschiedlicher Provenienz ein umfassendes System nach einem einheitlichen Wertungsgesichtspunkt. Er integriert eine kaum überblickbare Vielzahl von Gerichtsentscheidungen, einzelgesetzlichen Regelungen, fachliterarischen Meinungen und empirischen Erkenntnissen in ein Gesamtmodell. Und er macht sein System plausibel, obwohl es vielerlei Hinsicht und zT ganz grundsätzlich von den herrschenden Ansichten abweicht.

Die Arbeit weist ihr Ziel und ihren Gedankengang von Anfang an deutlich aus. Sie ist folgerichtig aufgebaut und klar geschrieben. Sie beeindruckt mit der Vielfalt der einbezogenen Information, auch historischer, technischer und faktischer Art, etwa bei der Mediengeschichte, der Doppelrolle der Internetdienste als Medien und Transportmittel, der Netzneutralität oder der Presseförderung. Die Arbeit besticht durch die Sorgfalt, mit der diese Information aufgearbeitet wird. Das gilt für die zentralen grundrechtlichen Fragen, etwa die Rechtsprechung von EGMR und EuGH zur Medienfreiheit, die breite Palette der verwendeten dogmatischen Figuren und die differenzierten gleichheitsrechtlichen Überlegungen. Das gilt aber auch für die bloß damit verbundenen Themen wie das europäische Kartell- und Beihilfenrecht. Die Arbeit referiert jeweils die herrschende Meinung, auch und gerade dort, wo sie von ihr abweicht. Damit macht sie ihren Mehrwert deutlich und stellt sich der Kritik. Schließlich führt sie zu relevanten Ergebnissen: Das vorletzte Kapitel über die Praxis von Netzneutralität, Medienkartellrecht und Medienförderung zeigt, dass die Neudeutung der Grundrechte kein Glasperlenspiel ist, sondern einen bedeutenden Unterschied für die Wirklichkeit ausmacht.

Die Arbeit stellt offensichtlich auch einen ästhetischen Anspruch: Sie ist äußerlich ansprechend gestaltet (vermutlich mit LaTeX), es finden sich keine Interpunktions- und Tippfehler (ich bin nur über das „triple C“ im Abkürzungsverzeichnis gestolpert), der Autor schreibt bunter und anschaulicher, als dies in juristischen Texten üblich ist, seine Untersuchung nennt er eine „Expedition“ (297) oder „Reise“ (299), vor einzelne Kapitel stellt er Motti, und er entfaltet seine Überlegungen zwischen einem „Vorspann“ und einem „Abspann“, die mit einem Höhlengleichnis beginnen und enden. Auch wenn nicht alles davon den Erkenntniswert erhöht, fördert es jedenfalls die Lesefreude.

Selbstverständlich lässt sich manches auch kritisch sehen. Das betrifft zunächst Einzelheiten: Man kann dem Verfasser vorwerfen, dass er – ganz untypisch – seine Diagnose mangelnder Vielfalt der Medienöffentlichkeit spärlich belegt (13 f). Das ist angesichts der des unbegrenzten Internetangebots auf den ersten Blick überraschend; erst später wird deutlich, dass es vor allem um integrative Vielfalt im einzelnen Medium geht, die viele Internetdienste aus kommerziellen Gründen nicht leisten (vgl 63, 142 ff). Auch bei der Behandlung des Marktplatzes der Ideen berücksichtigt der Autor dessen Ergänzung durch den öffentlichen Rundfunk kaum. Man muss die Unterscheidung von Meinungsvielfalt, Außenpluralismus und Binnenpluralismus nicht gleich „Begriffsverwirrung“ (29)



nennen. Dass die gesamte Medienlandschaft auch allein öffentlich-rechtlich ausgestaltet werden könne (198), dürfte doch dem Konzessionsverbot des Art 13 Abs 2 StGG widersprechen; auch Art 10 EMRK erlaubt eine Genehmigungspflicht nur für Rundfunk-, Lichtspiel- oder Fernsehunternehmen (aA wohl 119). Das Postausschlussverbot des 13 Abs 2 StGG auf Internet-Intermediäre zu erstrecken (104) oder unter „Auskünften“ im Sinne der Auskunftspflichtgesetze auch den Zutritt zu öffentlichen Einrichtungen oder Amtsräumen zu verstehen (230), wirkt etwas angestrengt. Selbst angesichts von 45 Seiten Literaturverzeichnis kann man noch Werke vermissen: etwa zur Wahrheitspflicht des Staates Storr, Darf der Staat lügen? JRP 2019, 75, oder allgemein (weil es so einschlägig ist, sei das Buch trotz meiner Mitwirkung erwähnt) Hofmann/Marko/Merli/Wiederin (Hrsg), Information, Medien und Demokratie. Ein europäischer Rechtsvergleich (1997).

Auch der Grundzugang des Autors zu seinem Thema wird nicht allen gefallen. Immerhin geht er nicht von den bestehenden Verfassungsvorschriften, sondern von einer selbstentwickelten „normativen“ Theorie (32) aus, in deren Licht er die Vorschriften dann deutet. Deshalb spielt bei ihm auch gar keine Rolle, was sich der jeweilige Verfassungsgesetzgeber dazu jeweils gedacht hat. Recht hat der Autor allerdings zunächst damit, dass auch andere Grundrechtsinterpretationen mit Vorverständnissen arbeiten, die keineswegs immer historisch begründet sind. In seinem Fall kommt noch hinzu, dass er das bewusst tut und auch offenlegt (zB 22, 24, 31, 87, 97), dass er mit der Demokratie ein Auslegungsziel wählt, das ganz zentral für die europäischen Verfassungsordnungen ist und auch von der Medienrechtsprechung grundsätzlich geteilt wird, und dass er seine Ergebnisse erkennbar nicht als einzig richtige Lösung, sondern nur als einen Deutungsvorschlag präsentiert (zB 22, 298, 305). Mehr an Wissenschaftlichkeit kann man in unserer Disziplin kaum verlangen.

Inhaltlich mag man sich fragen, ob das vorgeschlagene Modell überhaupt mit unserem Verständnis von Grundrechten vereinbar ist. Immerhin macht der Verfasser aus der gesamten Medienfreiheit eine „dienende“ Freiheit nach dem Muster des öffentlichen Rundfunks, für die letztlich auch eine Vorschrift wie Art I Abs 2 BVG Rundfunk als Grundlage ausreichen würde (vgl 105 ff, 111 ff). Damit fehlt der Medienfreiheit gerade das, was andere grundrechtliche Freiheiten auszeichnet: dass man sie ohne Begründung oder Rechtfertigung durch ein besonderes Ziel ausüben kann. Dass sie nicht nur im Rahmen der Verhältnismäßigkeit beschränkbar, sondern schon auf verfassungsrechtlicher Ebene, also quasi tatbestandlich, mit besonderen Pflichten verbunden ist, deren Ausgestaltung gar kein Eingriff ist, erinnert an das sozialistische Konzept der „Einheit von Rechten und Pflichten“ und seine Missbrauchsgefahr. Auch heute werden Medien verboten, weil sie angeblich die Gesellschaft spalten, statt integrativ zu wirken.

Der Autor würde vermutlich entgegnen, dass dies ja nur für die besonders geschützte Medienfreiheit gelte und als klassisches „ziellooses“ Grundrecht immer noch die allgemeine Kommunikationsfreiheit bleibe (zu dieser Unterscheidung zB 101, 127, 147, 155, 175 f, 181, 206 f, 221, 288). Dann aber fragt sich, ob sein Konzept sein Ziel auch erreicht: Vielleicht brauchen mächtige Medienkonzerne den besonderen Schutz der Medienfreiheit gar nicht und leben sehr gut gerade ohne die besonderen Pflichten, die mit ihr verbunden sind (vgl zu den Internet-Intermediären 149 f, 156).



Das sind viele Einwände, doch im Grunde beweisen sie nur, wie produktiv der Ansatz des Verfassers ist. An der außerordentlich hohen Qualität seiner Arbeit ändern sie nichts. Und auch wer ihren Zugang nicht teilt, wird nach der Lektüre zumindest verstehen, dass es auch grundrechtlich zulässig und manchmal notwendig ist, zwischen demokratiefördernden und demokratieschädlichen Medien zu unterscheiden.

Daher bewerte ich die Arbeit mit einem mehr als verdienten „**Sehr gut**“.

F. Merli

(F. Merli)