

# Stellungnahme zum NetzDG

## Referentenentwurf des BMJV

Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken  
(Netzwerkdurchsetzungsgesetz - NetzDG)

Stand: 30. März 2017



## **Herausgeber**

**Selbstregulierung Informationswirtschaft e.V.**

Albrechtstraße 10 B

10117 Berlin

<https://sriw.de>

+49 (0)30 30878099-0

[info@sriw.de](mailto:info@sriw.de)

Amtsgericht Berlin Charlottenburg

Registernummer: VR 30983 B

### **Vorstandsvorsitzender**

Harald Lemke

### **Geschäftsführer**

Jörn Wittmann



## Inhalt

Inhalt .....	3
1 Zum Verein Selbstregulierung Informationswirtschaft e.V. (SRIW) .....	4
2 Das Gesetzesvorhaben .....	4
3 Stellungnahme .....	5
3.1 Executive Summary .....	5
3.2 Zu den einzelnen Regelungen .....	6
3.2.1 Berichtspflicht (§ 2 Ref-E) .....	6
3.2.2 Beschwerdeverfahren (§ 3 Ref-E) .....	8

## 1 Zum Verein Selbstregulierung Informationswirtschaft e.V. (SRIW)

Der Verein Selbstregulierung Informationswirtschaft e.V. (SRIW) versteht sich als Think Tank zu Grundsatzfragen digitaler Ordnungspolitik und als organisatorisches Dach für unterschiedliche Selbstregulierungsansätze der digitalen Wirtschaft. Wir setzen uns für innovationsfördernde und der digitalen Transformation angemessene Regulierungsansätze ein und fördern zugleich die gesellschaftliche Verantwortung der Unternehmen insbesondere in Bezug auf einen angemessenen Datenschutz und Verbraucherschutz. Die Instrumente reichen von der Förderung der Transparenz von Angeboten und Datenverarbeitungsprozessen über die Stärkung der Kompetenz von Nutzern zum Selbstschutz bis hin zu verbindlichen und sanktionsbewährten Selbstverpflichtungen von Unternehmen.

Selbst- und Ko-Regulierung innerhalb eines geeigneten gesetzlichen Rahmens ist ein gutes Instrument, um das Vertrauen von Kunden und Nutzern in den Schutz ihrer Persönlichkeitsrechte in einem Geschäftsfeld hoher Heterogenität und Dynamik dauerhaft zu erhalten. Sie sollte an gesetzliche Zielvorgaben anknüpfen, diese konkretisieren und deren Anwendung und Durchsetzung erleichtern. Selbst- und Ko-Regulierung dient damit der Erreichung gesellschafts- und wirtschaftspolitischer Ziele. Eine klare Definition dieser Ziele für die Entwicklung eines gesetzlichen Rahmens ist unabdingbar. Die digitale Transformation vollzieht sich in einem rasanten Tempo. Gesetze, die darauf zielen, neue Technologien, Produkte und Geschäftsmodelle zu regulieren, sind oft nach kurzer Zeit schon wieder veraltet. Durch eine Verknüpfung von gesetzlichen Werteentscheidungen und Zielvorgaben mit Instrumenten der Ko-Regulierung kann schneller und flexibler auf aktuelle Herausforderungen reagiert werden.

## 2 Das Gesetzesvorhaben

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) hat am 14. März 2017 den Referentenentwurf (Ref-E) eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz - NetzDG) veröffentlicht. Das Ministerium bezweckt damit die Verbesserung des Schutzes und der Durchsetzung strafrechtlich geschützter Rechtsgüter auf sozialen Netzwerken. Der SRIW bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Das BMJV hat eine überarbeitete Fassung des Ref-E mit Stand vom 27. März 2017 zur Notifizierung an die EU-Kommission übergeben. Die vorliegende Stellungnahme bezieht sich aufgrund der Kürze des Zeitfensters zwischen Veröffentlichung der notifizierten Fassung und Ablauf der Frist zur Stellungnahme auf die ursprüngliche Fassung des Ref-E. Der SRIW behält sich eine Stellungnahme zum überarbeiteten Entwurf zu einem späteren Zeitpunkt vor.

## 3 Stellungnahme

### 3.1 Executive Summary

Der Entwurf ist in der derzeitigen Fassung nicht in der Lage, eine Balance der widerstreitenden verfassungsrechtlichen Rechtsgüter und Interessen herzustellen. Er läuft im Gegenteil sogar Gefahr, unreflektierte, massenhafte Löschung oder Sperrung von Inhalten zu begünstigen („Chilling Effects“). Denn die wesentlichen „harten“ Vorgaben des Entwurfs setzen die Anbieter unter enormen Zugzwang, setzen aber keinen qualitativen Standard für die Prüfung gemeldeter Inhalte, der den Wert der grundrechtlichen Meinungsfreiheit ausreichend berücksichtigt. Der SRIW erkennt an, dass die Betreiber sozialer Netzwerke einen großen Anteil an der gesamtgesellschaftlichen Verantwortung für ein friedvolles Miteinander im Internet tragen. Das BMJV hat in dem Ref-E des NetzDG jedoch einen Regulierungsansatz gewählt, der die Anbieter nur vordergründig verpflichtet, dieser Verantwortung gerecht zu werden. Denn der strafrechtliche Schutz von Rechtsgütern und der Schutz der Meinungsfreiheit bilden zwei Seiten einer Medaille. Das NetzDG würde in der gewählten Form den Betreibern sozialer Netzwerke allein die Verantwortung für Erstere aufbürden, ohne Spielraum für die Berücksichtigung der Meinungsfreiheit zu schaffen. Insgesamt verpasst der Entwurf die Gelegenheit, ein System der Ko-Regulierung zu schaffen, das eine der Materie angemessene Aufteilung der Verantwortung zwischen Staat und Anbietern vornehmen würde. Potentielle Ansatzpunkte für ein solches System, auf denen sich im weiteren Gesetzgebungsverfahren aufbauen ließe, bietet der Entwurf durchaus.

Von den bereits öffentlich diskutierten grundsätzlichen Kritikpunkten abgesehen, sind aus Sicht des SRIW die folgenden Aspekte besonders kritisch zu bewerten:

- Das Gesetz hat eine einzige klar erkennbare Zielrichtung: Der zahlenmäßig messbare Erfolg der Löschung und Sperrung rechtswidriger Inhalte. Gerade weil mit dem vorgesehenen Modell aber das Gewaltmonopol des Staates zumindest in Ansätzen in den privaten Bereich verlagert wird, wäre es essentiell, den Ausgleich zwischen den strafrechtlich geschützten Rechtsgütern und dem hohen verfassungsrechtlichen Gut der Meinungsfreiheit zur Maxime zu erheben und entsprechende „checks and balances“ vorzusehen. („Quantitativer Ansatz“ vs. „Qualitativer Ansatz“)
- Kernelement des Entwurfs sind die Lösch- und Sperrfristen für „offensichtlich rechtswidrige“ und „rechtswidrige“ Inhalte. Diese werden von Handlungspflichten für die betroffenen Anbieter begleitet, die nur wenige greifbare Details für das vorzuhaltende Beschwerdeverfahren umfassen. Da der Entwurf als Anknüpfungspunkt für die zentrale Bußgeldvorschrift jedoch nur vage die Vorhaltung eines solchen wirksamen und transparenten Verfahrens wählt, sähen

sich die betroffenen Anbieter großer Rechtsunsicherheit gegenübergestellt. Die Bußgeldvorschriften überschreiten klar die Grenze des Bestimmtheitsgebots.

- Folge ist die Begünstigung von „chilling effects“ durch kaum zu erfüllende Anforderungen an die betroffenen Anbieter, die Masse der Meldungen in kürzester und zudem starrer Zeit zu bearbeiten.
- Es fehlen jegliche Anreize für die betroffenen Anbieter, sich um eine qualitativ hochwertige, grundrechtlich ausgewogene Prüfung gemeldeter Inhalte zu bemühen und die vagen Organisationspflichten im Ref-E, die bestenfalls als Zielvorgaben dienen können, auszufüllen.

## 3.2 Zu den einzelnen Regelungen

### 3.2.1 Berichtspflicht (§ 2 Ref-E)

An der Berichtspflicht ist im Grundsatz nichts auszusetzen, soweit sie der Transparenz und der Information der Nutzer dient. Der Entwurf ist im Verhältnis zwischen der Berichtspflicht nach § 2 Ref-E und dem Beschwerdeverfahren nach § 3 Ref-E jedoch noch unklar. Auffällig ist zunächst, dass die Berichtspflichten nach § 2 Abs. 2 Ref-E teils detaillierte Angaben über das Verfahren und die Verfahrensbeteiligten vorsehen, die in § 3 Ref-E keine Entsprechung finden. Die Entwurfsbegründung erweckt wiederum den Eindruck, dass die Berichtspflichten lediglich die Vorgaben für das Beschwerdesystem widerspiegeln würden. Der Entwurf ist insofern nicht konsequent.

#### 3.2.1.1 § 2 Abs. 2 Nr. 4 Ref-E

§ 2 Abs. 2 Nr. 4 Ref-E verlangt etwa, dass der Bericht einzugehen hat auf „Organisation, personelle Ausstattung, fachliche und sprachliche Kompetenz der für die Bearbeitung von Beschwerden zuständigen Arbeitseinheiten und Schulung und Betreuung der für die Bearbeitung von Beschwerden zuständigen Personen“. Laut Begründung soll dadurch – neben Transparenzeffekten – „sichergestellt werden, dass die Anforderungen an die Qualifikation externer Arbeitseinheiten erfüllt werden“. Tatsächlich sieht das Gesetz aber gar keine Anforderungen dieser Art vor. Allein die Begründung spricht an anderer Stelle im Zusammenhang mit der einwöchigen Lös- und Sperrfrist (§ 3 Abs. 2 Nr. 3 Ref-E) von der generellen Möglichkeit für Netzwerkanbieter, externe Expertise einzuholen. Ob die externe Stelle aber tatsächlich über eine der grundrechtssensiblen Materie angemessene fachliche Expertise – oder überhaupt irgendeine Expertise – verfügt, wird vom Entwurf an keiner Stelle thematisiert. Dies gilt im Übrigen in gleicher Weise für die intern beim Netzwerkanbieter angesiedelten Arbeitseinheiten im Beschwerdeverfahren. Für diese sieht der Entwurf lediglich in § 3 Abs. 4 S. 3 „deutschsprachige Schulungs- und Betreuungsangebote“ durch die Netzwerkanbieter vor. Nicht gesagt wird, wie diese



Angebote auszusehen haben oder gar, ob sie auch von den Mitarbeitern angenommen werden (müssen). Auch die Beschränkung auf deutschsprachige Schulungen ist im Übrigen nicht nachzuvollziehen. Zielführender wäre es, inhaltliche Ziele sowie allgemein die Verständlichkeit und Nutzbarkeit solcher Schulungen für die Mitarbeiter vorzuschreiben.

Gleichzeitig verlangt § 3 Abs. 4 S. 2 Ref-E unter Androhung eines Bußgelds, dass „organisatorische Unzulänglichkeiten im Umgang mit eingegangenen Beschwerden unverzüglich beseitigt werden“ müssen. Durch diese (den Bestimmtheitsgrundsatz klar verletzende, s.u.) Regelung entsteht für die Anbieter erhebliche Rechtsunsicherheit. Denn einerseits macht der Entwurf keine präzisen Vorgaben, verlangt aber andererseits vollständige Offenlegung aller organisatorischen und personellen Umstände durch die Anbieter, denen im Anschluss an jede Berichtsveröffentlichung praktisch nur übrig bleibt, auf das Wohlwollen der Aufsichtsbehörde zu hoffen. Zweck dessen ist laut Begründung, dass die Anbieter „alles Notwendige“ tun, um Hasskriminalität in sozialen Netzwerken zu bekämpfen. Leider erweckt die Begründung durch diese weitgreifende Beschreibung der Berichtspflichten den Anschein, dass sich die Verfasser darunter weitaus mehr vorstellen, als den Anbietern in § 3 Ref-E tatsächlich verbindlich vorgeschrieben wird.

### **3.2.1.2 § 2 Abs. 2 Nr. 5 Ref-E**

§ 2 Abs. 2 Nr. 5 Ref-E verlangt die Offenlegung der Mitgliedschaft der Netzwerkanbieter in Branchenverbänden in den Quartalsberichten mit Hinweis darauf, ob in diesen Verbänden eine Beschwerdestelle existiert. Auch hier fallen Begründung und Gesetzestext wieder deutlich auseinander. Denn ausweislich der Begründung kann der Umstand, dass eine Beschwerdestelle existiert, „im Falle einer Bußgeldbewehrung strafmildernd berücksichtigt werden“. Abgesehen davon, dass es sich bei den Vorschriften des Ref-E ausschließlich um Bußgeld- und nie um Straftatbestände handelt, sodass eine „Strafmilderung“ gar nicht möglich ist, ist eine solche Privilegierung von Anbietern nirgends vom Entwurf ausdrücklich vorgesehen. Dabei würde es sich dabei um ein begrüßenswertes Instrument zur Setzung von Anreizen zur Selbstregulierung handeln.

Da aber wiederum der Ref-E entstehungsgeschichtlich auf bereits erfolgten Selbstregulierungsbemühungen der Netzwerkanbieter aufbaut und diese als unzureichend kritisiert, ist die Bemerkung in der Begründung paradox. Die teilweise mit erheblichen Anstrengungen verbundenen bisherigen Ansätze der Netzwerkanbieter werden einerseits als nicht ausreichend effektiv abgetan, während andererseits die bloße Existenz einer – wohlgernekt irgendwie gearteten und nicht weiter beschriebenen – Beschwerdestelle im Branchenverband Privilegierungen bei der Bußgeldbewehrung auslösen soll.

### 3.2.1.3 § 2 Abs. 2 Nr. 8 Ref-E

§ 2 Abs. 2 Nr. 8 Ref-E beinhaltet schließlich ein handfestes rechtsstaatliches Problem, indem er vorsieht, dass im Quartalsbericht auch eine Aufschlüsselung der Beschwerdefälle erfolgen muss, die ersichtlich macht, wie viele rechtswidrige Inhalte nicht nur nach einem, zwei oder sieben Tagen gelöscht bzw. gesperrt wurden, sondern auch, bei wie vielen dies erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgt ist. Die Möglichkeit der Fristverlängerung ist gem. § 3 Abs. 2 Nr. 2 Ref-E bei offensichtlich rechtswidrigen Inhalten möglich, sofern dies zwischen Netzwerkanbieter und Strafverfolgungsbehörde im Einzelfall vereinbart wurde. Die Berichtspflicht bezieht sich aber ausweislich der Formulierung in § 2 Abs. 2 Nr. 8 Ref-E zwangsläufig auch auf jene Fälle, in denen der Anbieter einen (nicht offensichtlich) rechtswidrigen Inhalt unter Verletzung seiner Pflicht nach § 3 Abs. 2 Nr. 3 Ref-E erst nach mehr als einer Woche gelöscht bzw. gesperrt hat.

Legt man die Auffassung zugrunde, dass das Ordnungswidrigkeitenrecht denselben verfassungsrechtlichen Beschränkungen unterworfen ist wie das Strafrecht, liegt hierin eine unzulässige Pflicht zur Selbstanzeige. Schließlich kann grundsätzlich auch schon ein einzelner Verstoß gegen die Löscho- und Sperrfrist zur Verhängung eines Bußgeldes führen, wie die Begründung hervorhebt. Anbieter müssen also alle drei Monate selbst offenlegen, ob und wie oft sie ihre gesetzliche Pflicht verletzt haben, was schon bei Fahrlässigkeit eine Ordnungswidrigkeit darstellt. Das Opportunitätsprinzip nimmt diesem Problem nicht die Schärfe, weil es erst an die Selbstanzeige anschließt und sie nicht verhindert.

### 3.2.1.4 § 2 Abs. 2 Nr. 9 Ref-E

§ 2 Abs. 2 Nr. 9 Ref-E verlangt schließlich, in den Quartalsberichten einzugehen auf „Maßnahmen zur Unterrichtung des Beschwerdeführers sowie des Nutzers ... über die Entscheidung über die Beschwerde“. Dies soll ausweislich der Begründung auch im Interesse der „Güte der Argumente für die Löschung oder Sperrung“ erfolgen. Inwiefern der vierteljährliche Bericht über Maßnahmen zur Unterrichtung Einblick in die argumentative Auseinandersetzung mit inhaltlichen Fragen in Einzelfällen geben können soll, ist nicht nachzuvollziehen.

## 3.2.2 Beschwerdeverfahren (§ 3 Ref-E)

Ambivalent bleibt der Entwurf auch in Bezug auf nahezu alle Fragen, die mit dem Verfahren der Prüfung gemeldeter Inhalte zu tun haben. Ausnahmen bilden die zeitlichen Vorgaben des § 3 Abs. 2 Nr. 1 bis 3, die jedoch EU-rechtlich problematisch sein könnten, soweit starre Fristen vorgesehen sind. Ebenfalls klar sind zumindest dem Grunde nach die Pflichten zur Inhaltsspeicherung (Nr. 4), Information (Nr. 5), Kopienlöschung (Nr. 6) und Vorsorge gegen erneute Speicherung (Nr. 7). Es finden sich im Kriterienkatalog des § 3 Abs. 2 Ref-E dagegen keinerlei Vorgaben, die darauf abzielen, die Qualität



der Prüfung zu sichern. Dies ist umso problematischer, als sich der Entwurf bereits jetzt dem grundsätzlichen Vorwurf ausgesetzt sieht, den Wert der grundrechtlichen Meinungsfreiheit nicht ausreichend zu berücksichtigen und sogar zu übermäßiger Löschung von Inhalten zu führen. Zur einzigen Qualitätsmaxime erhebt der Entwurf in § 3 Abs. 1 S. 1 neben der Transparenz für den Nutzer nur die „Wirksamkeit“ – und diese bemisst sich in erster Linie nach der Lösch- und Sperrquote innerhalb der vorgegebenen Zeit. Von Vorgaben etwa zur Abwägung widerstreitender grundrechtlicher Belange ist an keiner Stelle die Rede. Dort, wo der Entwurf doch einmal ein Bewusstsein für diese Problematik offenbart, bleibt er Details schuldig oder ist in sich widersprüchlich.

### 3.2.2.1 § 3 Abs. 1 S. 1 Ref-E

Gem. § 3 Abs. 1 S. 1 Ref-E muss der Anbieter eines sozialen Netzwerks ein „wirksames und transparentes Verfahren nach Absatz 2 und 3 für den Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte vorhalten“. Der Verweis auf die Folgeabsätze begründet sich dadurch, dass diese – so die Begründung – „separat mangels Vorliegen von Handlungsgeboten oder Handlungsverboten nicht bewehrbar wären“. So aber werde über den ordnungswidrigen Verstoß gegen § 3 Abs. 1 S. 1 Ref-E gem. § 4 Abs. 1 Nr. 2 Ref-E eine Bußgeldbewehrung auch für die Fälle erzeugt, in denen etwa keine Löschung oder Sperrung offensichtlich rechtswidriger Inhalte innerhalb von 24 Stunden erfolgt.

Das erscheint zunächst fraglich. Das Handlungsgebot des § 3 Abs. 1 S. 1 Ref-E liegt auf „vorhalten“, wobei der Handlungsgegenstand das „Verfahren“ ist. Sprachlich kann damit nur gemeint sein, dass ein Verfahren einerseits entwickelt und andererseits als verbindlich festgeschrieben wird. Seiner Rechtspflicht entspricht der Anbieter in diesem Fall dann aber bereits, wenn die niedergelegten Verfahrensvorschriften die in Abs. 2 und 3 genannten Punkte berücksichtigt. Ein **verfahrenswidriges** Verhalten des Netzwerkanbieters oder einer seiner Angestellten kann dann streng genommen keine Ordnungswidrigkeit darstellen. Daran ändert auch nichts, dass § 3 Abs. 2 einleitend verlangt, dass das Verfahren „gewährleisten“ muss, dass der Kriterienkatalog der Nrn. 1 bis 7 eingehalten wird. Ein Verfahren kann seiner Natur als theoretisches Konstrukt nach lediglich Vorgaben machen, niemals aber gewährleisten, dass die Vorgaben eingehalten werden. Bestenfalls kann es so ausgestaltet sein, dass das Risiko des Verfahrensverstößes minimiert wird.

Dies scheint jedoch auch den Verfassern des Entwurfs bewusst gewesen zu sein, da § 3 Abs. 1 S. 1 Ref-E nicht allein ein transparentes, sondern eben auch ein „wirksames“ Verfahren verlangt. „Wirksam“ ist ein Verfahren somit nur, soweit die Vorgaben des Abs. 2 und 3 in jedem einzelnen Beschwerdefall eingehalten werden. Umgekehrt ist ein Verfahren also dann nicht mehr „wirksam“, wenn etwa der Lösch- und Sperrpflicht bereits einmalig nicht in der vorgeschriebenen Weise nachgekommen

wird. Auf diesem Wege lässt sich aus der Formulierung des § 3 Abs. 1 S. 1 Ref-E eine indirekte Handlungspflicht doch ableiten.

Es fragt sich allerdings, ob dies eine saubere Lösung ist, geschweige denn, ob diese Auslegung auch von den Verwaltungsgerichten geteilt würde. Die Formulierung, die von den Verfassern des Ref-E in § 3 Abs. 1 und 2 gewählt wurde, zeigt zumindest – womöglich unfreiwillig – auf, auf welchem Wege eine Regulierung tatsächlich optimalerweise erfolgen sollte. Denn der Anknüpfungspunkt „Verfahren“ ist letztlich angesichts der Vielgestaltigkeit der in Frage kommenden Straftatbestände und der Komplexität der damit verbundenen Rechtsfragen am ehesten geeignet, den Interessen aller Beteiligten hinreichend Rechnung zu tragen.

Die Verfahrensvorgaben des § 3 Abs. 2 und 3 Ref-E verdienen einerseits Kritik, da sie keine Ausgewogenheit von Meinungsfreiheit und strafrechtlich geschützten Rechtsgütern garantieren können. Die Kritik muss aber tatsächlich bereits im Vorfeld dessen ansetzen. Es ist zweifelhaft, ob die Verletzung jeder einzelnen als Zielvorgabe formulierten Verfahrensspezifikation Anknüpfungspunkt für die Bußgeldbewehrung sein sollte. Es erscheint zielführender, einen klassischen koregulativen Ansatz zu verfolgen. Dabei würde man es standardmäßig bei der Pflicht zur „Vorhaltung“ eines Verfahrens belassen, sofern das gewählte Verfahren dem gesetzlichen Kriterienkatalog genügt und dies durch einen Anerkennungsakt bestätigt wurde. Dem Anbieter, der sich einem anerkannten Verfahren unterwirft, käme dann eine Haftungsprivilegierung dergestalt zugute, dass das Erfüllen aller Einzelpunkte aus dem Pflichtenkatalog vermutet wird. Nur wenn ein Anbieter sich keinem anerkannten Verfahren unterwirft, greifen die Bußgeldtatbestände, die sich am Pflichtenkatalog festmachen, unmittelbar und ohne Vermutungswirkung zu seinen Gunsten.

Dass den Verfassern des Entwurfs selbst tatsächlich gar nicht daran lag, jeden einzelnen Verstoß zu sanktionieren, sondern eher auf die Errichtung einiger tragender Eckpfeiler eines Verfahrens aus waren, zeigt sich im Übrigen an Folgendem: Zwar wird in der Begründung zu § 4 Abs. 1 Nr. 2 Ref-E klargestellt, dass ein Bußgeld wegen Verletzung der Pflicht zur Vorhaltung eines wirksamen Verfahrens bereits etwa bei einmaligem Verstoß gegen die Lösch- und Sperrpflicht verhängt werden könne. Zugleich heißt es: „Bei nur vereinzelt Verstößen, die nicht auf systemische Fehler im Umgang mit Beschwerden hindeuten, ist aber auf das in § 47 Absatz 1 OWiG verankerte Opportunitätsprinzip hinzuweisen. Näheres kann in Bußgeldleitlinien geregelt werden (siehe unten zu Absatz 4).“ Hier zeigt sich doch, dass auch den Verfassern des Entwurfs die Problematik bewusst war, dass es nicht zweckmäßig sein kann, jedes einzelne Fehlverhalten eines Netzwerkanbieters zu sanktionieren. Zumal gerade bei unterschiedlicher Bewertung eines Tatbestands durch Anbieter und Aufsichtsbehörde erhebliche Rechtsunsicherheit für die Anbieter besteht (s. dazu unten). Diese wird aber durch den Hinweis

auf das Opportunitätsprinzip nicht beseitigt. Es ist nicht zumutbar, sich auf das Wohlwollen der Aufsichtsbehörde verlassen zu müssen.

Die Bußgeldleitlinien haben freilich das Potential, mehr Rechtssicherheit zu schaffen. Deren Verbindlichkeit ist allerdings fraglich, so dass dieser Effekt marginal sein dürfte. Auch ist fraglich, weshalb Bußgeldleitlinien überhaupt nötig sein sollten. Verwaltungsinterne Leitlinien können sich insbesondere dann als sinnvoll erweisen, wenn sie dazu bestimmt sind, ein einheitliches Vorgehen einer Vielzahl von Behörden zu koordinieren (s. etwa die RiStBV). Das ist hier nicht der Fall, da allein das Bundesamt für Justiz verantwortlich für die Aufsicht ist. Insofern muss die Frage gestellt werden, weshalb eine Privilegierung nicht-systemischer Fehler im Umgang mit Beschwerden – die scheinbar grundsätzlich gewollt ist – nicht bereits im Gesetzentwurf verankert wurde. Da man in § 3 Abs. 1 S. 1 bereits das „Vorhalten“ eines „Verfahrens“ als Anknüpfungspunkt gewählt hat (und nur über die umständliche Verknüpfung durch „wirksam“ mit konkreten Handlungsgeboten verbunden hat), wäre es ein Leichtes, eine solche Privilegierung nicht-systemischer Fehler verbindlich zu formulieren. Dadurch würde sowohl Rechtssicherheit geschaffen als auch dem Gesetzgeber ermöglicht, seine Zielvorgaben durchzusetzen.

### **3.2.2.2 § 3 Abs. 2 Nr. 1 Ref-E**

§ 3 Abs. 2 Nr. 1 Ref-E besagt, dass das Verfahren gewährleisten muss, dass der Anbieter des sozialen Netzwerks „unverzüglich von der Beschwerde Kenntnis nimmt und prüft, ob der Inhalt rechtswidrig und zu entfernen oder der Zugang zu ihm zu sperren ist“. Es fehlen jedoch verbindliche Angaben darüber, wie eine Prüfung zu erfolgen hat. Der Hinweis in der Begründung, die „Community Standards“ müssten mindestens so streng sein wie die Straftatbestände, offenbart eine erstaunlich geringe Wertschätzung von strafrechtlich nicht relevanten und daher grundrechtlich geschützten Meinungsäußerungen auf Seiten der Entwurfsverfasser. Die Betreiber sozialer Netzwerke sollten vielmehr dazu animiert werden, die Meinungsfreiheit zu schützen und für einen angemessenen Ausgleich widerstreitender Rechtsgüter zu sorgen. Entsprechende Anreize und Verpflichtungen sollten zudem im Gesetzestext selbst verankert werden.

### **3.2.2.3 § 3 Abs. 2 Nr. 2 Ref-E**

Gem. § 3 Abs. 2 Nr. 2 Ref-E muss das Verfahren gewährleisten, dass der Anbieter „einen offensichtlich rechtswidrigen Inhalt innerhalb von 24 Stunden nach Eingang der Beschwerde entfernt oder den Zugang zu ihm sperrt“, es sei denn eine längere Frist ist mit der Strafverfolgungsbehörde im Einzelfall vereinbart. Diese Vorgabe ist in mehrfacher Hinsicht problematisch. Wann ist etwa Offensichtlichkeit gegeben? Die Begründung sagt dazu: „Ein Inhalt ist offensichtlich rechtswidrig, wenn zur Feststellung der Rechtswidrigkeit im Sinne von § 1 Absatz 3 keine vertiefte Prüfung erforderlich ist.“ Dies ist die



Standardaussage zum Kriterium der Offensichtlichkeit im Medieninhaltsrecht. Es handelt sich dabei jedoch um nichts anderes als eine Fiktion bzw. rhetorische Figur, die deshalb erfolgversprechend ist, weil sie intuitiv und subjektiv nachvollziehbar wirkt. Sie appelliert an das Vorstellungsvermögen eines jeden Rechtsanwenders, der im Stile eines Figur-Grund-Schemas von der prinzipiellen Schwierigkeit inhaltlicher Prüfung ausgeht, von der sich sodann die besonders „krassen“ Fälle in „eindeutiger Weise“ oder eben „offensichtlich“ abheben. Eine solche intuitive Bewertung lässt sich aber kaum verobjektivieren. Selbst wenn sich empirisch darlegen ließe, dass die (große) Mehrheit einen bestimmten Beschwerdefall auf Anhieb als rechtswidrig bewertete, würde dies nichts daran ändern, dass sich die Minderheit dennoch vehement gegen diese Einschätzung wenden könnte. Es liegt gerade in der Natur der Sache vieler der § 1 Abs. 3 Ref-E aufgezählten Straftatbestände, dass die Einschätzung der Rechtswidrigkeit sehr polarisierende Ergebnisse produziert. Es sei exemplarisch nur – wie bereits häufig geschehen – auf den Fall Böhmermann verwiesen. Der Schutz der Meinungsfreiheit ist schließlich stets der Schutz von Minderheiten.

Der Fall Böhmermann entlarvt im Übrigen auch eine andere vorgeschlagene Methode, das Kriterium der Offensichtlichkeit greifbarer zu gestalten, als unbrauchbar. So verwies Bundesjustizminister Maas am 20. März 2017 im 360grad-Forum des BMJV darauf, dass es zahlreiche Urteile zu den in § 1 Abs. 3 Ref-E genannten Straftatbeständen gebe, aus denen hervorgehe, dass bestimmte Wortlaute strafbar seien. Gerade im Bereich des geschriebenen Wortes ist dieser Verweis jedoch von vornherein problematisch, da der jeweilige Kontext ein und dieselbe Aussage in gänzlich unterschiedlichem Licht erscheinen lassen kann. **Im Endeffekt würde die Regelung des § 3 Abs. 2 Nr. 2 Ref-E zwangsläufig dazu führen, dass Netzwerkanbieter im Zweifel Inhalte löschen oder sperren, weil sie selbst dann ein Bußgeld riskieren, wenn sie die Rechtswidrigkeit für wahrscheinlich, aber nicht offensichtlich halten und sich die vollen sieben Tage Zeit nehmen möchten.** Daran würde auch die Einstellung von mehr Personal nichts ändern, wie dies von Seiten der Politik häufig vorgetragen wird.

Weiterhin ist an § 3 Abs. 2 Nr. 2 Ref-E problematisch, dass die Frist von 24 Stunden im Widerspruch zu den EU-rechtlichen Vorgaben steht, weil dort allein von der „unverzüglichen“ Sperrung bzw. Löschung die Rede ist und es sich um einen vollharmonisierten Bereich handelt. Starre Fristen sind damit nicht zu vereinbaren.

Ein dritter Kritikpunkt bezieht sich auf den Passus über die Fristverlängerung nach Absprache mit der Strafverfolgungsbehörde. Dies soll, ausweislich der Begründung, dann in Betracht kommen, wenn der jeweilige Inhalt nicht nur über das Beschwerdesystem des Netzwerks gemeldet wird, sondern zugleich bei der Strafverfolgungsbehörde angezeigt wird. Wie die Anbieter von einer solchen paralle-

len Anzeige erfahren sollen, ist nicht erkennbar. Soll es etwa eine implizite Meldepflicht der Strafverfolgungsbehörden an die Netzwerkanbieter geben? Oder umgekehrt eine Anfragepflicht der Netzwerkanbieter bei Eingehen einer jeden (!) Beschwerde? Welche Auswirkungen hat es zudem, wenn allein eine Anzeige bei den Strafverfolgungsbehörden erfolgt, nicht aber über das Beschwerdesystem des Netzwerks? Selbst wenn man keine Erkundigungspflicht der Netzwerkanbieter annimmt, wäre doch zu erwarten, dass standardmäßig – und damit in großem Umfange – Anfragen seitens der Netzwerke an die Strafverfolgungsbehörden erfolgen würden, um zumindest die Möglichkeit einer Fristverlängerung zu evaluieren. Ob dies im Sinne der Strafverfolgungsbehörden ist, ist zweifelhaft.

#### **3.2.2.4 § 3 Abs. 2 Nr. 3 Ref-E**

Gem. § 3 Abs. 2 Nr. 3 Ref-E muss das Verfahren gewährleisten, dass der Anbieter „jeden rechtswidrigen Inhalt innerhalb von 7 Tagen nach Eingang der Beschwerde entfernt oder den Zugang zu ihm sperrt“. Das Gesetz meint dabei eindeutig rechtsverbindlich festgestellte, objektive Rechtswidrigkeit. Das Problem hierbei ist, dass sich die objektive Rechtswidrigkeit nicht kraft Prüfung durch die Netzwerke ergeben kann, sondern allein durch gerichtliche Entscheidung festgestellt wird. Das folgt nicht allein aus dem Rechtsstaatsprinzip, sondern auch aus den Regelungen, die der Ref-E selbst in § 4 Abs. 5 für den Fall einer unterschiedlichen Einschätzung der Rechtswidrigkeit eines Inhalts durch das Netzwerk auf der einen und die Aufsichtsbehörde auf der anderen Seite vorsieht.

Daraus folgt, dass § 3 Abs. 2 Nr. 3 NetzDG von den Prüfern der Netzwerkbetreiber in unzulässiger Weise verlangt, mindestens so fachkompetent zu sein, wie die Gerichte. Wenn das Gericht die Rechtswidrigkeit feststellt, liegt eine Ordnungswidrigkeit zwar nur bei Fahrlässigkeit oder Vorsatz des Netzwerkbetreibers vor. Wann aber liegt Fahrlässigkeit vor, wenn tatsächlich sieben Tage lang geprüft und abgewogen wurde? Das Gesetz enthält kaum Vorgaben bezüglich des Verfahrens im Hintergrund. Fahrlässigkeit kann sich aber theoretisch aus einer ganzen Reihe von Faktoren ergeben, seien sie organisatorischer oder individueller Natur. § 3 Abs. 4 spricht lediglich von monatlichen Kontrollen des Umgangs mit Beschwerden durch die Netzwerkleitung und Schulungsangeboten für die Prüfer. Daneben heißt es nur, dass „organisatorische Unzulänglichkeiten“ im Umgang mit Beschwerden unverzüglich beseitigt werden müssen. Es kann jedenfalls nicht erforderlich sein, in jedem Fall „externe Expertise“ einzuholen (von der die Begründung spricht), um dem Vorwurf der Fahrlässigkeit zu entgehen. Das würde die Zweiteilung in „offensichtlich rechtswidrige“ und „rechtswidrige“ Inhalte konterkarieren. Die Prüfer der Netzwerke müssen in der Lage und befugt sein, auch eine kontroverse Entscheidung zu treffen, ohne auf externe Expertise zurückzugreifen. Paradoxerweise finden sich, wie oben bereits angemerkt, die detailliertesten Hinweise auf organisatorische, fachliche und personelle Ausgestaltung ausgerechnet in den Vorgaben zur Berichtspflicht, ohne dass sie aber als Handlungspflichten ausgestaltet wären.



Die Hinzuziehung externer Expertise birgt zudem noch eine weitere Problematik in sich. Der Entwurf ist bereits jetzt dem Vorwurf ausgesetzt, ureigene Aufgaben des Staates zu privatisieren. Die Öffnung des Beschwerdeverfahrens für externe Prüfer ohne jegliche Vorgaben bezüglich derer organisatorischen Einbindung, Verantwortlichkeit etc. würde diesen Vorwurf nur noch verstärken – im Sinne einer Privatisierung innerhalb der Privatisierung. Anstelle verbindlich bei Unwägbarkeiten auf staatliche, das Gewaltmonopol innehabende Institutionen zu rekurrieren, scheint hier der private Unterauftragnehmer bevorzugt zu werden – der wiederum Unteraufträge vergeben kann usw.

Unbeschadet der Mangelhaftigkeit der im Entwurf enthaltenen Vorgaben wurde hier die Gelegenheit verpasst, eine Exkulpationsklausel einzubauen, die den Netzwerkanbieter dann von Fahrlässigkeit freispricht, wenn er die organisatorischen Vorgaben nachweislich erfüllt. Stattdessen enthält § 4 Abs. 5 S. 1 Ref-E ein Verfahren für den Streitfall zwischen Netzwerkanbieter und Aufsichtsbehörde, dass die Widersprüchlichkeit des Entwurfs auf den Punkt bringt: „Will die Verwaltungsbehörde ihre Entscheidung [über ein Bußgeld] darauf stützen, dass ein nicht entfernter oder nicht gesperrter Inhalt rechtswidrig im Sinne des § 1 Absatz 3 ist, so hat sie über die Rechtswidrigkeit vorab eine gerichtliche Entscheidung herbeizuführen.“ Die Begründung spricht damit aus, was an sich eine Selbstverständlichkeit ist, aber vom übrigen Ref-E gänzlich missachtet wird: „Nach der Kompetenzverteilung des Grundgesetzes sind allein die Gerichte dazu berufen, über die Strafbarkeit einer Handlung zu entscheiden.“ Dadurch, dass im Falle der Entscheidung des Gerichts für die Rechtswidrigkeit eines Inhalts der Netzwerkanbieter bußgeldpflichtig wird, wird ihm letztendlich abverlangt, „besser“ zu sein als die Gerichte – ein Standard, den kein Privater erfüllen kann und angesichts des Gewaltmonopols des Staates auch nicht erfüllen muss. Vonnöten wäre hier daher statt der vorgesehenen Regelung eine Vertretbarkeitskontrolle als „Gatekeeper“ für die Bußgeldbewehrung vorzusehen – oder eine ko-regulative Vermutungswirkung, wie sie hier vorgeschlagen wird.

Überdies hält das Gesetz in den Bußgeldtatbeständen des § 4 Abs. 1 Nr. 4 und 5 Ref-E weitere Quellen für Rechtsunsicherheit bereit, wenn bereits dann eine Ordnungswidrigkeit vorliegen soll, wenn die Überwachung des Umgangs mit Beschwerden oder die Beseitigung von organisatorischen Unzulänglichkeiten „nicht richtig“ erfolgt. Was das bedeutet, bleibt völlig im Unklaren und verstößt damit gegen das Bestimmtheitsgebot. Das gilt umso mehr, als der Entwurf die Ausfüllung des Begriffs der „organisatorischen Unzulänglichkeit“ mangels jeglicher konkreter Vorgaben vollends der Beurteilung der Verwaltungsbehörde überlässt. Dass durch die 7-Tage-Frist „chilling effects“ sogar verhindert werden, wie es die Begründung zum Ref-E optimistisch formuliert, ist angesichts der Unbestimmtheit der Ordnungswidrigkeitentatbestände sehr fraglich.

### 3.2.2.5 § 3 Abs. 5 Ref-E

Gem. § 3 Abs. 5 Ref-E kann das Beschwerdeverfahren durch eine vom Bundesamt für Justiz beauftragte Stelle überwacht werden. Auch diese Vorschrift bietet sich für die Implementierung eines gesetzlichen Systems der Ko-Regulierung an. Die Institution der beauftragten Stelle ist etwa aus den Art. 40 ff. der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) bekannt („monitoring bodies“). Diese dienen als Mittler zwischen den staatlichen Aufsichtsbehörden und den Unternehmen, die sich zur Einhaltung eines Verhaltenskodex verpflichtet haben. Die Ausgangslage ist dem Grunde nach mit der des NetzDG vergleichbar. Der Grund für diese Zwischenebene liegt in der inhaltlichen Komplexität des Überwachungsgegenstandes und dem Bedürfnis nach einer Sanktionierung von eher systemischem als einzelfallbezogenem Fehlverhalten. Im Bereich der DS-GVO sind in erster Linie technische Aspekte Gegenstand der Regelung, für die ein hohes Maß an Sachverstand und Prüfaufwand erforderlich ist. Die Sachmaterie des vorliegenden Referentenentwurfs eines NetzDG ist jedoch, wie bereits mehrfach betont, nicht minder komplex und insbesondere aus grundrechtlicher Sicht sogar noch sensibler.

Es wäre daher daran zu denken, ein System der Ko-Regulierung zu implementieren, in dem sich die Betreiber sozialer Netzwerke Verhaltenskodizes unterwerfen, die auf systemischer Ebene bestimmte Mindeststandards garantieren. Im Gegenzug können sie sich auf eine Vermutungswirkung zu ihren Gunsten berufen, dass sie die gesetzlich festgelegten Mindeststandards einhalten. Damit die Zielvorgaben des Gesetzgebers auch tatsächlich eingehalten werden, ließe sich ein Anerkennungsverfahren für die Verhaltenskodizes implementieren. Durch die zwischengeschaltete, ebenfalls hoheitlich anerkannte Aufsichtsstelle würden sodann Verwaltung und Gerichte entlastet.