



**Stellungnahme an das Bundesministerium der Justiz und für
Verbraucherschutz zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung
der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (NetzDG-E)**

Die Demokratisierung von Kommunikationsprozessen und die Möglichkeit, dass jeder jederzeit Inhalte mit anderen weltweit austauschen kann, sind große Errungenschaften des Internets. Auch wir sehen mit Sorge, dass Einzelne sich dieser Möglichkeiten in einer Art und Weise bedienen, die unangemessen oder sogar rechtswidrig ist. Zuweilen ist eine Verrohung der Umgangsformen in unserer Gesellschaft zu beobachten, welche sich ebenfalls im Internet widerspiegelt. Für uns steht fest: Illegale Inhalte haben in unseren Diensten keinen Platz.

Als Internetdiensteanbieter stellen wir uns unserer gesamtgesellschaftlichen Verantwortung und unternehmen erhebliche Anstrengungen, um die Ausbreitung von unangemessenen Inhalten, von Hass und Hetze und Fake News aufzuhalten. Wir begrüßen ausdrücklich eine offene Diskussion über diese uns als Gesellschaft betreffenden Themen und werden mit anderen gesellschaftlichen Akteuren an gemeinsamen Lösungen arbeiten.

Wir haben uns daher schon früh in der Task Force „Umgang mit rechtswidrigen Hassbotschaften im Internet“ des Bundesjustizministeriums engagiert und während der Dauer der Task Force zahlreiche sichtbare wie interne Verbesserungen an unseren Produkten vorgenommen. Hierzu gehört vor allem die erfolgreiche Umsetzung der in der Task Force vereinbarten Maßnahmen, aber auch die enge Zusammenarbeit mit gemeinnützigen Organisationen und die Unterstützung von Strafverfolgungsbehörden in ihren Bestrebungen, Straftaten zu verfolgen.

Unsere Unternehmen setzen sich für Meinungs- und Informationsfreiheit im Internet für jedermann ein – selbst dann, wenn nicht alle dieser Meinungen mit unseren Unternehmensgrundsätzen und unserer Firmenkultur übereinstimmen mögen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass damit alle Inhalte auf Diensten wie YouTube gestattet sind. Wir machen umfangreiche Community-Richtlinien zur Grundlage dessen, was wir auf diesen Diensten zulassen und was nicht. Alle Formen von rechtswidrigen Inhalten sind selbstverständlich nicht zugelassen. Wir fördern außerdem Initiativen wie #NichtEgal, die für einen respektvollen Meinungs austausch auf verschiedenen Plattformen im Netz sowie

im Alltag werben. Wir haben für YouTube ein funktionierendes, robustes und effizientes Community-Modell für die Erkennung, Bewertung und gegebenenfalls Entfernung problematischer Inhalte entwickelt, das unlängst durch den Monitoring-Test von jugendschutz.net bestätigt wurde.

Die sorgfältige Abwägung zwischen kontroversen Inhalten und dem Schutz der Meinungsfreiheit bleibt jedoch oberstes Gebot. Unseres Erachtens stellt der Referentenentwurf dieses Gebot nicht in ausreichendem Maße sicher. Das NetzDG würde die Ausübung der Meinungs- und Informationsfreiheit, die für gesellschaftliche Diskurse so wichtig ist, erheblich beeinträchtigen. Folgende Kritikpunkte möchten wir deutlich machen:

1. Der Gesetzentwurf ist nicht erforderlich, da Betreiber sozialer Netzwerke ohnehin verpflichtet sind, rechtswidrige Inhalte ab Kenntnis unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern, zu entfernen. Wie der Test von jugendschutz.net gezeigt hat, werden offensichtlich rechtswidrige Inhalte – wie etwa Volksverhetzungen – von den Diensteanbietern auf rechtliche Beschwerden hin umgehend gelöscht (Löschquoten zwischen 93% und 100%).
2. Der Gesetzentwurf führt zu faktischer Zensur und beschränkt die Kommunikationsfreiheit, da er die Durchsetzung der bestehenden Haftungsregelungen nicht fördert, sondern diese ganz erheblich verschärft. Durch starre, äußerst kurze Löschfristen und durch die Androhung empfindlicher Bußgelder wird ein erheblicher Anreiz gesetzt, jegliche Inhalte im Zweifel sofort auf Beanstandung hin zu löschen.
3. Das NetzDG verstößt gegen europäisches Recht. Die E-Commerce-Richtlinie hat abschließende Regelungen für die Haftung von Hosting-Providern aufgestellt (sog. Vollharmonisierung).
4. Die Forderung des Einsatzes von Filtermaßnahmen zur Sperrung sämtlicher Kopien entfernter Inhalte käme einer allgemeinen Überwachungspflicht gleich und wäre europarechtswidrig.
5. Die vorgesehene Speicherungspflicht bezüglich jedes entfernten Inhalts zum Zwecke der Beweissicherung käme einer anlasslosen Vorratsdatenspeicherung gleich.
6. Die Idee schließlich, einen Auskunftsanspruch für jedermann gegen Anbieter sozialer Netzwerke zu schaffen, der selbst über den von Strafverfolgungsbehörden hinausgeht, ist beängstigend und würde die Möglichkeiten, sich im Internet auch anonym zu äußern, erheblich beschränken.

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----------|
| I. Vorbemerkungen | 5 |
| 1. Eine globale Plattform für jedermann | 5 |
| 2. Rechtsbeschwerdeformulare als effektives “Notice and Takedown” Verfahren auf YouTube | 6 |
| 3. Ein freiwilliges, effektives und gemeinwesenorientiertes Regelwerk | 6 |
| 4. EU- und branchenübergreifende Selbstregulierung | 9 |
| a. Code of Conduct | 9 |
| b. Branchenübergreifende Zusammenarbeit | 10 |
| c. Zusammenarbeit mit ausgewählten Organisationen | 11 |
| d. Zusammenarbeit mit unseren Nutzern | 11 |
| 5. Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken: Anmerkungen und Bedenken | 12 |
| | |
| Executive Summary der rechtlichen Argumente gegen den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (NetzDG-E) | 13 |
| | |
| II. Allgemeine Anmerkungen zum Referentenentwurf (NetzDG-E) | 18 |
| 1. Das vorgeschlagene NetzDG ist nicht erforderlich. | 18 |
| a. Rechtlicher Rahmen zur Entfernung rechtswidriger Inhalte besteht bereits | 18 |
| b. Selbstregulierung funktioniert, Test von jugendschutz.net hat Wirksamkeit des Verfahrens nachgewiesen | 18 |
| 2. Das vorgeschlagene NetzDG führt zu faktischer Zensur und beschränkt die Kommunikationsfreiheit. | 19 |
| a. Rechtswidrigkeit in der Regel weder leicht feststellbar noch offensichtlich | 19 |
| b. Referentenentwurf geht weit über “Hate Speech” bzw. Volksverhetzung hinaus | 20 |
| c. Im Zweifel zu Lasten der Meinungsfreiheit | 20 |
| d. Asymmetrische Haftungssituation | 21 |
| 3. Das vorgeschlagene NetzDG wäre auch aus weiteren Gründen verfassungs- und europarechtswidrig. | 21 |
| a. Völkerrechtswidrige Extraterritorialität deutschen Rechts und Errichtung von Zensurmaschinen | 21 |
| b. Fehlende Gesetzgebungskompetenz des Bundes | 22 |
| c. Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz | 22 |
| d. Vorratsdatenspeicherung durch die Hintertür | 22 |
| e. Zivilrechtlicher Auskunftsanspruch | 22 |
| f. Gesetz ist rechtsstaatlich bedenklich | 23 |
| | |
| III. Ausführungen zu den einzelnen Vorschriften | 24 |
| 1. Anwendungsbereich (§ 1 NetzDG-E) | 24 |

| | |
|--|----|
| 2. Berichtspflicht (§ 2 NetzDG-E) | 27 |
| 3. Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte (§ 3 NetzDG-E) | 28 |
| a. Zur Frage der Inkenntnissetzung (§ 3 Abs. 1 NetzDG-E) | 28 |
| b. Zum vorgesehenen Sperrungsverfahren (§ 3 Abs. 2 NetzDG-E) | 29 |
| c. Dokumentationspflicht (§ 3 Abs. 3 NetzDG-E) | 41 |
| 4. Bußgeldvorschriften (§ 4 NetzDG-E) | 41 |
| a. Normadressaten | 41 |
| b. Bußgeldhöhe | 41 |
| c. Verfahren und gerichtliche Entscheidung (§ 4 Abs. 5 NetzDG-E) | 42 |
| 5. Inländischer Zustellungsbevollmächtigter (§ 5 NetzDG-E) | 44 |
| 6. Auskunftsanspruch - Änderung von § 14 Abs. 2 TMG (Artikel 2 NetzDG-E) | 45 |

I. Vorbemerkungen

Am 14. März 2017 hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken vorgestellt. Eine Auswahl von Verbänden und gesellschaftlichen Akteuren wurde mit Veröffentlichung des Entwurfs zur Stellungnahme bis zum 30. März eingeladen. Am 27. März und damit noch vor dem Fristende hat das Bundesjustizministerium eine neue, erheblich veränderte Fassung des Gesetzentwurfs zur Notifizierung bei der EU-Kommission vorgelegt. Da die YouTube LLC, San Bruno, Kalifornien, USA, ein direkt im Referentenentwurf genannter Adressat ist, erlauben wir uns, mit dieser Stellungnahme sowohl im Namen der YouTube LLC, San Bruno, Kalifornien, USA, als auch im Namen der Google Inc., Mountain View, Kalifornien, USA, eine Stellungnahme abzugeben, da Googles derzeitige und künftige Produkte möglicherweise ebenso betroffen sein können. Diese Stellungnahme soll einige technische Missverständnisse ausräumen und auf einige durch den Referentenentwurf drohende offenkundige Verletzungen rechtlich geschützter Güter hinweisen. Aufgrund der extrem kurzen Stellungnahmefrist kann keine erschöpfende Stellungnahme zu sämtlichen Regelungsvorschlägen erfolgen.

1. Eine globale Plattform für jedermann

Das Internet ermöglicht es jedem, überall und augenblicklich mit Milliarden von Menschen aus der ganzen Welt in Verbindung zu treten. Durch eine Vielzahl von Online-Diensten – Suchmaschinen, sozialen Netzwerken, Video-Webseiten, Blogging-Tools, Auktionsdiensten und vielen anderen – sind Internetnutzer in der Lage, Inhalte zu erstellen, Informationen (über- und voneinander) zu finden, zu kommunizieren, Waren und Dienstleistungen einzukaufen und zu verkaufen sowie eigene Geschäftsmodelle zu entwickeln und auszubauen. Die Plattformbetreiber, die diese Dienste bereitstellen, sind heute wesentlicher Treiber für Innovation und Wirtschaftswachstum sowie für die Schaffung von Arbeitsplätzen und kultureller Vielfalt.

Während die Entwicklung des Internets zu einer globalen Plattform Menschen auf der ganzen Welt befähigt hat, sich als Autoren, Künstler und Urheber zu betätigen, gibt es keine absolute Freiheit, alles zu veröffentlichen, was einem gefällt. Die große Mehrheit der Menschen nutzt die angebotenen Kommunikationsplattformen für rechtmäßige Zwecke, jedoch wird es auch immer Personen geben, die sie missbräuchlich verwenden. Wenn wir über einen solchen Missbrauch auf unseren Plattformen informiert werden, ergreifen wir umgehend Maßnahmen, um sicherzustellen, dass Inhalte auf YouTube und in anderen Diensten mit unseren Community-Richtlinien und den bestehenden Gesetzen übereinstimmen. Grundprinzip jeder Sperrung ist immer die Einzelfallprüfung.

Die ergriffenen Maßnahmen orientieren sich sowohl an der Rechtmäßigkeit dieser Inhalte im jeweiligen Land, an unseren eigenen Hausregeln – den Community-Richtlinien – und Verpflichtungen, die wir im Rahmen der Selbstregulierung eingegangen sind.

2. Rechtsbeschwerdeformulare als effektives „Notice and Takedown“ Verfahren auf YouTube

Auf der ganzen Welt gibt es Gesetze, die Inhalte auf unseren Plattformen betreffen und nach denen wir uns richten. Wir erläutern dies im Folgenden exemplarisch an YouTube: Wir haben einen speziellen Prozess entwickelt, damit Nutzer uns darüber informieren können, wenn YouTube-Videos gegen lokale Gesetze verstoßen. Dieser Prozess steht im Einklang mit dem bestehenden Rechtsrahmen des „Notice and Takedown“-Verfahrens aus Art. 14 der E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG und des §10 TMG.

Hinweise auf mutmaßlich rechtswidrige Videos können über die für rechtliche Beschwerden eigens eingerichteten Formulare¹ eingereicht oder direkt an die in den Kontaktinformationen für den rechtlichen Support² aufgelisteten Kontakte gesendet werden. Durch Nutzung dieser Formulare wird sichergestellt, dass wir alle notwendigen Angaben, wie z.B. den markierten Inhalt und eine Indikation zum Grund der mutmaßlichen Rechtsverletzung erhalten. Diese ausführlichen Informationen sind notwendig, um eine rechtliche Prüfung vornehmen und ggf. entsprechende Maßnahmen einleiten zu können. Nach Eingang der Informationen nehmen wir die rechtliche Prüfung vor. Bei Bedarf holen wir den Rat unserer in Deutschland ansässigen Juristen ein. In schwierigen Fällen ziehen wir externe Anwälte hinzu, um sicherzustellen, dass die Beschwerden gemäß deutschem Recht entsprechend geprüft werden. Wenn wir zu dem Ergebnis kommen, dass der gemeldete Inhalt gegen lokales Recht verstößt, sperren wir das Video für das jeweilige Territorium. Sollten die angegebenen Gründe für das Entfernungsgesuch unklar oder nicht ausreichend sein, bitten wir den Antragsteller in der Regel, uns weitere Informationen zukommen zu lassen. Unsere deutschen Mitarbeiter, die rechtliche Beschwerden bearbeiten, haben alle ein rechtswissenschaftliches Studium absolviert und sind mit den hiesigen gesetzlichen Bestimmungen vertraut.

Über Löschungsersuche von Gerichten, Behörden oder vergleichbaren staatlichen Institutionen gibt unser Transparenzbericht Aufschluss, den wir seit dem Jahr 2010 veröffentlichen.³ Während der letzten Berichtsperiode (Juli-Dezember 2015) sind insgesamt 199 Löschungsersuche von staatlichen Stellen aus Deutschland eingegangen.⁴ Zudem führen wir landesweit regelmäßig Schulungen für Strafverfolgungsbeamte durch.

3. Ein freiwilliges, effektives und gemeinwesenorientiertes Regelwerk

Neben dem oben beschriebenen rechtlichen Beschwerdeverfahren zum Melden rechtswidriger Inhalte, welches sich an die „Notice and Takedown“-Verpflichtungen aus der E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG hält, haben wir zudem sehr klare Hausregeln – sogenannte Community-Richtlinien – bei unseren Hosting-Angeboten aufgestellt. In den öffentlich zugänglichen Richtlinien wird festgelegt, welche Inhalte auf den jeweiligen

¹ <https://www.youtube.com/reportingtool/legal>

² <https://support.google.com/youtube/answer/6154232>

³ <https://www.google.com/transparencyreport>

⁴ <https://www.google.com/transparencyreport/removals/government/DE>

Plattformen zulässig sind und welche Inhalte entfernt werden. Wir haben damit ein eigenes gemeinwesenorientiertes Regelwerk erarbeitet, das den Rahmen für ein respektvolles Miteinander auf der Plattform setzt. So können unsere Nutzer Inhalte melden, die gegen unser Regelwerk verstoßen. Wir erläutern das im Folgenden exemplarisch an YouTube, zu den dortigen Richtlinien gehören⁵:

- **Hassrede:** Wir erlauben keine Inhalte, die Gewalt gegen Einzelpersonen oder Gruppen aufgrund von ethnischer Zugehörigkeit, Religion, Behinderung, Geschlecht, Alter, Nationalität oder sexueller Orientierung/geschlechtlicher Identität fördern bzw. billigen, oder Inhalte, deren Ziel hauptsächlich darin besteht, Hass in Zusammenhang mit diesen Eigenschaften hervorzurufen.
- **Drohungen:** Bedrängendes Verhalten, Stalking, Drohungen, Belästigung, Einschüchterung, Eingriffe in die Privatsphäre, Offenlegung personenbezogener Daten anderer Menschen oder Aufstachelung zur Gewalt sind auf der Plattform nicht erlaubt.
- **Gewalttätige/grausame Inhalte:** Auf YouTube dürfen keine gewalttätigen oder blutigen Inhalte hochgeladen bzw. veröffentlicht werden, die vorrangig in schockierender, respektloser oder effekthascherischer Art und Weise gestaltet sind.
- **Aufrufe zu Gewalt:** Inhalte, in denen Mitglieder für terroristische Organisationen angeworben, terroristische Angriffe gefeiert oder auf sonstige Weise terroristische Handlungen unterstützt werden, sind verboten. Außerdem sind Inhalte, in denen zu Gewalt aufgerufen wird oder illegale Handlungen (wie das Bauen von Bomben) beworben werden, untersagt.
- **Schädliche oder gefährliche Inhalte:** Inhalte, die andere Nutzer – insbesondere Kinder – zu Handlungen ermutigen, die ihnen schweren Schaden zufügen könnten, sind nicht erlaubt. Je nach Schweregrad können Videos, die solche gesundheitsschädlichen bzw. gefährlichen Handlungen darstellen, von uns mit einer Altersbeschränkung versehen bzw. gelöscht werden.

Den Meldeprozess haben wir für unsere Nutzer und unsere Community besonders unkompliziert gestaltet, da so eine schnelle und einfache Meldung von Inhalten mit nur ein paar Mausklicks möglich ist (das sogenannte Flagging-Verfahren). Bei diesem Meldeprozess wird der jeweilige Inhalt nur für unsere eigens dafür zuständigen Prüfteams markiert, ohne dass eine ausführliche Beschreibung wie im oben beschriebenen Web-Formular für rechtliche Beschwerden notwendig wäre – damit aber auch explizit unter dem Schwellenwert des “Notice and Takedown”-Verfahrens bleibt. Diese standardisierten und keineswegs hinreichend konkreten „Meldungen“ sollen dem Diensteanbieter wie ein „Frühwarnsystem“ helfen, selbst und im Vorfeld rechtlicher Verpflichtungen unangemessene Inhalte identifizieren zu können und die Plattform möglichst frei von Inhalten zu halten, die gegen die Community-Richtlinien verstoßen und teilweise u.U. auch rechtswidrig sein können. Unsere Prüfteams überprüfen gemeldete Videos rund um die Uhr, sieben Tage die Woche.

⁵ YouTube Community Richtlinien:

<https://www.youtube.com/yt/policyandsafety/de/communityguidelines.html>

Richtlinien zu Hassrede: <https://support.google.com/youtube/answer/2801939>

Richtlinie zu Drohungen: <https://support.google.com/youtube/answer/2801927>

Gewalttätige/grausame Inhalte: <https://support.google.com/youtube/answer/2802008>

Schädliche oder gefährliche Inhalte: <https://support.google.com/youtube/answer/2801964>

Belästigung und Cybermobbing: <https://support.google.com/youtube/answer/2802268>

Rechtliche Richtlinien: <https://support.google.com/youtube/topic/6154211>

Bei der Entscheidung, ob ein Video gegen unsere Grundsätze verstößt, achtet unser Team nicht nur auf den eigentlichen Inhalt des Videos, sondern auch auf seinen Kontext.

Den Prüfteams stehen unterschiedliche Maßnahmen zur Verfügung:

- den Inhalt global zu entfernen, wenn er gegen die Richtlinien verstößt,
- für Inhalte, die nicht gegen die Richtlinien oder das Gesetz verstoßen, aber für Minderjährige ungeeignet sein könnten, eine Altersbeschränkung auf 18 Jahre oder älter festzulegen,
- den Inhalt unberührt lassen, wenn kein Richtlinienverstoß festgestellt wird.

Wir haben ein belastbares und umfangreiches Rahmenwerk für die Prüfung von Beschwerden erstellt, um sicherzustellen, dass unsere Mitarbeiter weltweit einheitliche und korrekte Entscheidungen bezüglich gemeldeter Inhalte treffen. Unsere Mitarbeiter erhalten zudem regelmäßig Rückmeldung zu ihrer Arbeits- und Vorgehensweise. Die Teams zur Richtlinienumsetzung auf YouTube bestehen aus mehreren Hundert Mitarbeitern, die jeweils mehrere Sprachen sprechen und 24 Stunden am Tag, sieben Tage die Woche, 365 Tage im Jahr in allen Zeitzonen sorgfältig die gemeldeten Inhalte prüfen. Weitere Teams vergleichbarer Größe sind zudem für andere Google-Produkte tätig. Diese Teams sind an zentralen Standorten in Kalifornien/USA, Dublin/Irland und Gurgaon/Indien angesiedelt. Die Zuständigkeit für diese Prüfteams liegt hauptsächlich bei unserer "YouTube Trust & Safety"-Abteilung, die im Falle von abweichenden Einschätzungen, internen Eskalationen, zur Beratung bei schwierigen Entscheidungen oder bei Entscheidungen zu neuen Phänomenen mit den internen Rechts- und Politikabteilungen zusammenarbeitet. Die "YouTube Trust & Safety"-Abteilung ist auch verantwortlich für die Koordination der externen Kooperationspartner, die uns dabei helfen, unser Beschwerdemanagement zu skalieren. Die Kollegen stellen außerdem sicher, dass die Mitarbeiter in den Prüfteams Zugang zu psychologischen Hilfsangeboten und zur persönlichen Weiterentwicklung sowie anderen Leistungen haben.

Allein im Jahr 2015 haben wir auf der Basis von Nutzermeldungen sowie mit Hilfe unserer Technologien zur Identifikation von Spam 92 Millionen Videos wegen Verstößen gegen die Richtlinien entfernt. Dabei sind wir besonders schnell, wenn es um Hassrede oder terroristische Inhalte geht, obwohl auch hervorzuheben ist, dass diese Inhalte nur einen sehr kleinen Anteil aller Verstöße ausmachen – weniger als 1% der Löschungen lassen sich Verstößen in diesen beiden Bereichen zuordnen. 2016 wurden fast 16 Millionen Videos von europäischen Nutzern gemeldet, für etwa 3,5 Millionen davon haben wir entsprechende Maßnahmen eingeleitet.

Sind Nutzer der Auffassung, dass Inhalte nicht nur gegen die Richtlinien, sondern gegen nationales Recht verstoßen, können sie das oben genannte Web-Formular für rechtliche Beschwerden verwenden. Um diesen Prozess einfacher und effizienter zu gestalten, haben wir im September 2015 einen Link zu den Löschformularen für illegale Hassrede zum regulären Meldeprozess hinzugefügt.

Bei wiederholten oder besonders schweren Verstößen gegen unsere Richtlinien können zudem Maßnahmen gegen das Konto des Nutzers eingeleitet werden, zum Beispiel die

Sperrung einzelner Funktionen oder die Kündigung des Kontos. In der Regel werden Nutzerkonten dann gekündigt, wenn innerhalb eines bestimmten Zeitraums drei Verstöße gegen die Richtlinien vorliegen. Besonders schwerwiegende Verstöße wie terrorbezogene Inhalte können bereits beim ersten Verstoß zur Kündigung des Kontos führen.

Im Jahr 2016 haben wir global über 2,8 Millionen YouTube Konten und somit Kanäle gekündigt, die entweder gegen unsere Richtlinien oder gegen geltendes Recht verstoßen haben. Ergänzend verwenden wir Technologien, um das Anzeigen von Werbung im Umfeld bestimmter sensibler Inhalte auszuschließen, auch wenn sie weder gegen die Richtlinien noch gegen geltendes Recht verstoßen.

Zusätzlich zu dem Web-Formular für rechtliche Beschwerden und unseren eigenen, gemeinwesenorientierten Community-Richtlinien haben wir uns für eine branchenübergreifende freiwillige Selbstkontrolle stark gemacht.

4. EU- und branchenübergreifende Selbstregulierung

a. Code of Conduct

Gemeinsam mit anderen Technologieunternehmen haben wir im Dezember 2015 das [EU Internet Forum](#) ins Leben gerufen. Im Rahmen unserer Tätigkeiten für das EU Internet Forum haben wir uns einem Verhaltenskodex verpflichtet. Dieser Selbstregulierungskodex beschreibt, wie Diensteanbieter und Politik zusammenarbeiten werden, um gemeinsam gegen Hassrede im Netz vorzugehen. Der Kodex wurde am 31. Mai 2016 von EU-Justizkommissarin Věra Jourová und Vertretern der Informationstechnologieunternehmen in Brüssel unterzeichnet. Der Kodex verpflichtet die Diensteanbieter u.a.:

- I. **Zum Entfernen von illegalen Inhalten:** Nach Erhalt einer ordentlichen Meldung zum Entfernen von illegalen Inhalten werden die Diensteanbieter die Anfrage überprüfen und sie mit ihren eigenen Regeln und Richtlinien abgleichen. Bei Bedarf wird ein weiterer Abgleich mit den nationalen Gesetzen zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/913/JHA stattfinden. Diese Anfragen werden von eigens dafür eingesetzten Teams bearbeitet.
- II. **Zu einer umgehenden Überprüfung:** Die Diensteanbieter werden den Großteil der ordentlichen Meldungen zum Entfernen illegaler Hassrede in weniger als 24 Stunden überprüfen und, wenn notwendig, diese entfernen bzw. den Zugang dazu sperren.
- III. **Zum Fördern von Best Practice:** Die Diensteanbieter werden Informationen zu ihren jeweiligen Prozessen zum Melden von Inhalten bereitstellen. Dies dient dem Ziel, den Austausch zwischen den Behörden der Mitgliedsstaaten und den Diensteanbietern zu beschleunigen und effektiver zu gestalten, insbesondere wenn es um Nutzermeldungen sowie um das Sperren der Zugänge zu und das Löschen von illegaler Hassrede online geht.

b. Branchenübergreifende Zusammenarbeit

Google ist Mitglied in mehreren deutschen Branchenverbänden, darunter eco – Verband der Internetwirtschaft e.V., Deutschland sicher im Netz e.V. sowie Bitkom Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V., zudem ist Google Mitglied in der Freiwilligen Selbstkontrolle Multimedia-Diensteanbieter e.V. (FSM). YouTube wird in diesen Verbänden durch die Google Inc. bzw. die Google Germany GmbH vertreten.

Sowohl die FSM als auch eco betreiben Beschwerdestellen. Diese Verbände erhalten Beschwerden über ihre den Verbrauchern zur Verfügung gestellten Beschwerdhotlines, die dann zur Prüfung an unsere Teams weitergeleitet werden. In jedem einzelnen Fall lassen wir den Beschwerdestellen eine ausführliche Rückmeldung zu unseren Entscheidungen zukommen. Für den Fall, dass wir die Einschätzung der Beschwerdestelle nicht teilen (der Inhalt verstößt nicht gegen unsere Richtlinien, noch ist er unserer Auffassung nach evident rechtswidrig), kooperieren manche Beschwerdestellen mit der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien (BPjM). Im Indizierungsverfahren kann die BPjM entscheiden, ob der in Frage stehende Inhalt aufgrund möglicher Jugendgefährdung indiziert werden muss. Nach Vorlage einer Indizierungsentscheidung der BPjM sperren wir den Inhalt in dem für den deutschen Markt bestimmten Angebot.

Wie in der Beschwerdeordnung der FSM⁶ dargelegt, gibt es ein nachgeordnetes Verfahren für den Fall, dass ein Mitgliedsunternehmen einer von dort übermittelten Beschwerde nicht abhilft. In solchen Fällen kann der Beschwerdeausschuss zusammenkommen und eine Entscheidung gegen das Mitgliedsunternehmen erlassen (§§ 9 ff.); diese Entscheidung ist im Verhältnis zwischen FSM und Mitgliedsunternehmen verbindlich. Abhängig von der Schwere des Verstoßes können bei einer begründeten Beschwerde Vereinsstrafen oder gar ein Vereinsausschluss verhängt werden (§ 11 4.)

Die Mitgliedschaft in diesen Organisationen ist für uns selbstverständlich, da wir davon überzeugt sind, dass die Zusammenarbeit unterschiedlicher Interessenvertreter ein Schlüsselfaktor ist. Wir arbeiten eng mit zivilgesellschaftlichen Organisationen und öffentlichen Institutionen zusammen, um Hass und Diskriminierung zu bekämpfen und unser Verständnis für nationale Besonderheiten und entsprechende Lösungen zu verbessern. Zusammen mit hiesigen Partnern überprüfen wir regelmäßig die Effektivität unserer Prozesse zur Richtliniendurchsetzung. Partnerorganisationen werden regelmäßig zu länderübergreifenden Workshops eingeladen, in denen wir über unsere Richtlinien sowie Veränderungen in den Produkten informieren, Schulungen zur Verwendung unserer Produkte und Sicherheitsmechanismen anbieten sowie aktuelle Herausforderungen und Kernthemen diskutieren. Einige der jüngsten Anpassungen in unseren Produkten sind das Ergebnis der sehr hilfreichen Hinweise, die wir von FSM, jugendschutz.net und anderen Organisationen erhalten haben – zum Beispiel die neue Mitteilung, wenn ein Video aufgrund des Verstoßes gegen die Richtlinie zu Hassrede entfernt wurde, sowie der dazugehörige Hilfeartikel.⁷ Von der FSM und jugendschutz.net haben wir zudem wertvolle Hinweise zu

⁶ http://www.fsm.de/sites/default/files/FSM_Beschwerdeordnung_2014-11-03.pdf

⁷ <https://support.google.com/youtube/answer/2801939>

unserem Meldeprozess erhalten, die uns bei der Optimierung der Benutzerführung geholfen haben.⁸

c. Zusammenarbeit mit ausgewählten Organisationen

Desweiteren haben wir das Trusted Flagger Programm entwickelt, um die Einreichung von Meldungen durch besonders qualifizierte Nutzer und Stellen zu unterstützen. Täglich melden Nutzer insgesamt über 200.000 Inhalte. Das kann zu einer hohen Anzahl von ungenauen, falschen oder unbegründeten Meldungen führen (wir erhalten beispielsweise Hinweise auf Hassrede mit Verweis auf Beethoven, Zeichentrickserien für Kinder oder Fußballspiele). Einige der meldenden Nutzer zeichnen sich jedoch durch eine besonders hohe Genauigkeit und Zuverlässigkeit aus. Um diese Nutzer zu unterstützen, die besonders akkurat Inhalte melden, die gegen unsere Richtlinien verstoßen, haben wir das Trusted Flagger Programm entwickelt. Teilnehmer des Programms (individuelle vertrauenswürdige Nutzer, gemeinnützige Organisationen, nationale Polizeidienststellen, Regierungsinstitutionen) erhalten ein spezielles Training. Zudem haben sie Zugriff auf ein komplexeres Meldetool, mit dem sie schneller und effizienter mehrere gegen die Richtlinien verstoßende Inhalte gleichzeitig melden können. Zusätzlich bekommen sie Rückmeldungen für ihre individuellen Meldungen. Wie auch bei "normalen" Nutzermeldungen trifft das Prüfteam von YouTube die Entscheidung über die Beschwerde auf Basis der Richtlinien. Da wir die Erfahrung haben, dass Meldungen von Trusted Flagger Partnern eine hohe Qualität aufweisen, werden sie priorisiert geprüft.

Deutsche Teilnehmer am Trusted Flagger Programm sind unter anderem die Freiwillige Selbstkontrolle Multimedia-Diensteanbieter e.V. (FSM), eco – Verband der deutschen Internetwirtschaft), jugendschutz.net, die Amadeu Antonio Stiftung, das Bundeskriminalamt und mehrere Landeskriminalämter. 85 Prozent der von jugendschutz.net über das Trusted Flagger Programm gemeldeten Fälle haben wir wegen tatsächlicher Verstöße gegen die Richtlinien entfernt – das bedeutet, die Meldungen von jugendschutz.net sind im Durchschnitt wesentlich genauer und zutreffender als andere Nutzermeldungen. Dabei wurden die Meldungen von jugendschutz.net im Durchschnitt binnen weniger Minuten von unserem Team geprüft.

Für ausgewählte deutsche Partner im Bereich Jugendschutz haben wir eine direkte Kontaktmöglichkeit für rechtliche Beschwerden eingerichtet: de-youthprotection@google.com. Wenn Anträge direkt an diese Adresse gesendet werden, ermöglicht das eine rasche Bearbeitung auf unserer Seite. Über diese Adresse können Inhalte gemeldet werden, die jugendgefährdend sind oder gegen geltende Jugendschutzgesetze verstoßen.

d. Zusammenarbeit mit unseren Nutzern

Wir glauben, dass alle Teile der Gesellschaft zusammenarbeiten müssen, um Hassrede zu bekämpfen und gegenseitigen Respekt und Toleranz zu fördern. Wir haben uns intensiv damit befasst und festgestellt, dass die große Mehrheit der Internetnutzer entweder nicht weiß, wie man Hassrede entgegnetreten kann oder nicht den Mut dazu hat. Aus dem Grund

⁸ <https://youtube.com/reportingtool/legal>

unterstützen wir bereits seit 2009 unterschiedliche Initiativen und Kampagnen. 2009 haben wir, gemeinsam mit führenden Organisationen gegen Rechtsextremismus wie „Laut gegen Nazis“, und unter der Schirmherrschaft von Bundeskanzlerin Angela Merkel, den Wettbewerb „361 Grad Toleranz“ ins Leben gerufen. Weitere Initiativen und Kampagnen, die entweder von uns selbst ausgingen oder die wir aktiv unterstützt haben folgten im Laufe der Jahre.

Zuletzt starteten wir im September 2016 die Initiative #NichtEgal. Diese Initiative besteht aus Videos von bekannten deutschen YouTubern, einer 360°-YouTube Challenge, einer Reihe von Workshops mit Schülern in ganz Deutschland sowie der Bereitstellung von Lehrmaterial für die Vermittlung von Medienkompetenz. Das Ziel von #NichtEgal ist es, die ganz überwiegende Mehrheit an Nutzern, die sich an die Richtlinien halten und respektvoll kommunizieren, anzusprechen und ihnen zu helfen, positive Inhalte zu erstellen, sich online gegen Hassrede zu engagieren und für ein besseres Miteinander einzutreten.

Wir sind überzeugt, dass Technologie und Plattformen wie YouTube positive Beiträge für das gesellschaftliche Miteinander leisten können. Initiativen wie #NichtEgal sind vielversprechende Strategien, da sie darauf ausgerichtet sind, Inhalte zu fördern, die Wahrheit und Verständnis stärken und Inhalte zu verdrängen, die Gewalt, Hass und Angst verherrlichen. Wir wollen, dass Menschen in der Lage sind, Gemeinnsinn stiftende Inhalte im Netz zu finden.

5. Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken: Anmerkungen und Bedenken

Pro Minute werden mehr als 400 Stunden Videoinhalt auf YouTube hochgeladen. Für die Beurteilung von umstrittenen Inhalten braucht es klare Beurteilungen. Nicht in allen Fällen gibt es eine solche eindeutige Antwort, aber wir versuchen, die richtige Balance zu finden und illegale Hassrede rechtzeitig und zuverlässig zu entfernen.

Gerade weil wir die Zielsetzung des Gesetzentwurfes unterstützen und uns dafür einsetzen, Hassrede im Netz effektiv zu bekämpfen und einzudämmen, sind wir äußerst besorgt über die Norminhalte des vorliegenden Referentenentwurf des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG-E), da diese einen völlig verfehlten Ansatz bedeuten.

Executive Summary der rechtlichen Argumente gegen den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (NetzDG-E)

Der Einführung des NetzDG bedarf es nicht. Offensichtlich rechtswidrige Inhalte, wie volksverhetzende oder kinderpornographische Inhalte, sind strafbar und müssen bereits nach heutiger Rechtslage von Internetdiensten unverzüglich gesperrt bzw. entfernt werden. Der Entwurf schießt weit über das legitime Ziel einer Eindämmung der Verbreitung rechtswidriger Inhalte in sozialen Netzwerken hinaus, würde die Kommunikationsfreiheit im Netz ganz erheblich beeinträchtigen und die Möglichkeiten anonymer Nutzung des Netzes aushebeln. Der vorgelegte Entwurf wäre aber auch aus zahlreichen weiteren Gründen verfassungs- und europarechtswidrig.

Das vorgeschlagene NetzDG ist nicht erforderlich.

Ein rechtlicher Rahmen zur Entfernung rechtswidriger Inhalte besteht bereits und ist ausreichend. Die Betreiber von sozialen Netzwerken sind nach geltendem Recht als Hosting-Provider verpflichtet, rechtswidrige Inhalte ab Kenntnis unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern, zu entfernen. Wie der aktuelle Test von jugendschutz.net gezeigt hat, werden offensichtlich rechtswidrige Inhalte - wie etwa Volksverhetzungen - von den Diensteanbietern auf rechtliche Beschwerden hin umgehend entfernt (Löschquoten zwischen 93% bei Facebook und 100% bei Twitter und YouTube). Verbesserungsbedarf wurde aufgezeigt bei einfachen Beanstandungen durch Nutzer; hier haben die drei getesteten Anbieter Verbesserungen vorgeschlagen, die zu einer weiteren Optimierung der Prozesse führen werden.

Das vorgeschlagene NetzDG führt zu faktischer Zensur und beschränkt die Kommunikationsfreiheit.

Entgegen seiner Bezeichnung als "Netzwerkdurchsetzungsgesetz" regelt der Entwurf nicht nur eine (bessere) Durchsetzung bestehender Haftungsregelungen, sondern verschärft sie ganz erheblich, sanktioniert Fehlentscheidungen und führt zwingend zu gravierenden Kollateralschäden im Hinblick auf die Meinungs- und Informationsfreiheit.

Die betroffenen Internetdienste würden veranlasst, jeden beanstandeten Inhalt, der nicht eindeutig rechtmäßig ist, zu entfernen. Durch starre, äußerst kurze Löschfristen (max. 24 Stunden bzw. 7 Tage) und durch die Androhung empfindlicher Bußgelder für Unternehmen (bis zu 50 Mio EUR) und selbst einzelne Mitarbeiter (bis zu 5 Mio EUR) wird ein erheblicher Anreiz gesetzt, jegliche Inhalte im Zweifel sofort auf Beanstandung hin zu entfernen. Da sich die Rechtswidrigkeit von Inhalten in der Regel weder leicht feststellen lässt, noch offensichtlich ist, bleibt den Betreibern letztlich nur die - quasi prüfungslose - Entfernung solcher Inhalte. Eine solche "Entfernung auf Zuruf" zur Vermeidung eigener Haftung führt nicht nur zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Meinungs-, Informations-

und Kunstfreiheit, sondern auch zu einer Beeinträchtigung des demokratischen Willensbildungsprozesses.

Diese Folge des Gesetzes wird verstärkt durch die Einbeziehung von Straftatbeständen außerhalb des Kernbereiches von "Hate Speech", vor allem durch die Strafnormen der Äußerungsdelikte (§§ 185-187 StGB). Die richtige Einordnung solcher Äußerungsdelikte ist rechtlich komplex und erfordert oftmals genaue Kenntnis des zugrundeliegenden Sachverhalts. Es mag einzelne Fälle geben, in denen die Wahrheit oder Unwahrheit einer bestimmten Äußerung (etwa eines falschen Politikerzitats) für den Diensteanbieter nachprüfbar ist. Wie aber sollten Diensteanbieter mit Beschwerden von Personen, beispielsweise Politikern, umgehen, über die - zutreffend oder unzutreffend - behauptet wird, sie hätten Doktorarbeiten plagiiert, Drogen konsumiert, seien im Besitz kinderpornographischer Schriften, oder, banaler, hätten sich ihre ergrauten Haare gefärbt? Da Diensteanbieter keine eigenen Erkenntnismöglichkeiten haben, müssten sie mangels Kenntnis der Richtigkeit der behaupteten Tatsachen (und somit der Rechtmäßigkeit der Äußerung) solche Inhalte sperren. Gerade im Hinblick auf die bevorstehenden Wahlen sei daran erinnert, dass eine in der Praxis häufig auftretende Fallkonstellation Beschwerden von Politikern betrifft, die eine Sperrung von Inhalten erreichen wollen, die etwa Aufschluss über ihre früheren, radikaleren Aktivitäten geben könnten.

Jeder Zweifelsfall würde zu Lasten der Kommunikationsfreiheiten ausschlagen. Es droht die Gefahr, dass beanstandete Inhalte wie politische Reden, Satire, Kommentare in Bewertungsportalen u.Ä. mangels eindeutiger Rechtmäßigkeit zukünftig sofort gesperrt und somit der öffentlichen Debatte in den entsprechenden Diensten entzogen wären.

Der Referentenentwurf führt zu einer weiteren "Privatisierung der Rechtsdurchsetzung". Doch gerade in dem Bereich, in dem die genaue Grenzziehung zwischen erlaubter und verbotener Äußerung unklar ist und eine sorgfältige Abwägung verfassungsrechtlicher Interessen geboten ist, sollte die rechtliche Bewertung nicht durch private Unternehmen erfolgen, sondern Richtern vorbehalten bleiben. In Zukunft würden gerade die Grenzfälle der ordentlichen Gerichtsbarkeit (mit Ermittlungsverfahren, Beweisaufnahme und Anhörung der Beschuldigten) entzogen, da Diensteanbieter schon aufgrund des angedrohten Bußgeldes einen erheblichen Anreiz hätten, in Zweifelsfällen rigoros zu sperren.

Der Entwurf fordert von Diensteanbietern zudem auch die Entfernung von sämtlichen Kopien der gesperrten Inhalte, also die Einführung von Filtern. Der Einsatz von Filtertechnologien würde das dargestellte Problem einer faktischen Zensur noch potenzieren und unweigerlich dazu führen, dass noch mehr rechtmäßige Inhalte gesperrt würden. Dies liegt auch daran, dass Filter "blind" sind und den jeweiligen Kontext eines Inhaltes (z.B. einer Äußerung) nicht trennscharf erfassen und bewerten können.

Dass der NetzDG-E im Hinblick auf den Ausgleich zwischen den zu schützenden Rechtsgütern und der Meinungs- und Informationsfreiheit eine starke Asymmetrie zu Lasten letzterer innewohnt, zeigt sich auch darin, dass dem Diensteanbieter bei

Nichtsperrung beanstandeter Inhalte scharfe Sanktionen drohen, dem Autor eines gesperrten Inhalts seinerseits jedoch keine Rechte gegen eine Sperrung zustehen. Es zeigt sich aber auch daran, dass die im NetzDG-E geregelten Sperr- und Entfernungspflichten nicht unter dem Vorbehalt der Zumutbarkeit stehen, einem Kriterium, das der BGH in Entscheidungen zur sog. Störerhaftung von Diensteanbietern grundsätzlich berücksichtigt hat. Denn angesichts der hohen Bußgeldbewehrung und dem Fehlen einer Regelung für Zweifelsfälle werden die Entscheidungen der Diensteanbieter zur Vermeidung des enormen Haftungsrisikos regelmäßig zu Lasten der Kommunikationsgrundrechte ausfallen.

Das vorgeschlagene NetzDG wäre auch aus weiteren Gründen verfassungs- und europarechtswidrig.

Der Entwurf begegnet auch weiteren erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken. Schon die Kompetenz des Bundes erscheint fragwürdig. Kern der vorgeschlagenen Regelung ist nicht die Einheitlichkeit der Belange der Wirtschaft, die in der Kompetenz des Bundes läge (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG), sondern die Verhinderung der Verbreitung rechtswidriger Inhalte durch soziale Netzwerke. Es geht letztlich um Kommunikationsprozesse, die der Länderkompetenz unterfallen (Art. 70 Abs. 1 GG). Der Bund kann das vorliegende Gesetz daher nicht ordnungsgemäß beschließen.

Der Entwurf verstößt auch gegen den grundgesetzlichen Bestimmtheitsgrundsatz. Während die Definition des "sozialen Netzwerks" denkbar weit gefasst ist und Sharing Plattformen, SMS-Dienste, Chats, Online-Auktionshäuser, E-Commerce Angebote, Online-Versandhäuser, Portale, Rubrikenseiten, berufliche Netzwerke u.v.m. erfasst ("Plattformen im Internet", die es ermöglichen "beliebige Inhalte mit anderen Nutzern austauschen" oder "der Öffentlichkeit" zugänglich machen), soll sich die Anwendbarkeit des Gesetzes ausweislich der Begründung auf "höchstens zehn soziale Netzwerke" beziehen. Diensteanbieter wissen daher nicht einmal, ob sie in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen oder nicht. Eine Vielzahl weiterer Regelungen bleibt vollständig unklar, so insbesondere die Frage wie Informationen öffentlich zugänglich gemacht werden müssen, wie lange sie zeitlich vorgehalten werden sollen, ob die Transparenzverpflichtung gegenüber Beschwerdeführern und Autoren auch bei jeder abwegigen Beschwerde greift - die meisten bei sozialen Netzwerken eingehenden Beschwerden sind keine rechtlichen Beschwerden, sondern bloße Unmutsäußerungen oder Spam.

Die Beschränkung auf Anbieter mit über 2 Millionen Nutzern (das Erfordernis der Registrierung ist offenbar im notifizierten Entwurf fallengelassen worden, so dass möglicherweise bereits jeder Leser als Nutzer gilt) ist bereits unklar und stellt einen Verstoß gegen das Gleichheitsgebot dar (Art. 3 GG), da diese Ungleichbehandlung nicht sachlich zu rechtfertigen ist.

Die Beschränkung der Anwendbarkeit des NetzDG-E auf bestimmte soziale Netzwerke verstößt gegen Europarecht. Die Richtlinie zur Regelung des elektronischen

Geschäftsverkehrs hat abschließende Regelungen für die Haftung von Hosting-Providern aufgestellt (sog. Vollharmonisierung). Einzelne Mitgliedstaaten dürfen für soziale Netzwerke keine Regelungen einführen, die von denen für andere Hosting-Dienste abweichen.

Die Forderung des Einsatzes von Filtern zur Sperrung von rechtswidrigen Äußerungen käme einer allgemeinen Überwachungspflicht gleich. Diese wäre mit den europarechtlichen Vorgaben nicht vereinbar und nach unserer Kenntnis in dieser Form weltweit einmalig.

Die in § 3 Abs. 2 Nr. 4 NetzDG-E vorgesehene Speicherungspflicht jedes entfernten Inhalts zum Zwecke der Beweissicherung erinnert an verdachtsunabhängige Vorratsdatenspeicherung. Die Speicherung eines Inhalts zum Zwecke der Beweissicherung würde erfordern, dass die hiermit verbundenen Daten der Beteiligten mitgespeichert werden. Dies beträfe auch entfernte Inhalte, die rechtmäßig erstellt und veröffentlicht worden sind. Die Verpflichtung, dass diese Inhalte im Inland gespeichert werden, führt nicht zu einer effektiveren Rechtsdurchsetzung, da ein Herausgabeanspruch nicht durch das Recht des Landes bestimmt wird, in dem die Inhalte gespeichert werden, sondern durch das Land, in dem das betroffene Unternehmen seinen Sitz hat sowie durch völkerrechtliche Übereinkommen.

Eine völlig überraschend am Ende des Stellungnahmeprozesses eingeführte Erweiterung des § 14 Abs. 2 TMG um ein Recht aller Anbieter von Telemedien (nicht nur sozialer Netzwerke!) Bestandsdaten (z.B. Name und Anschrift von Nutzern) an Dritte zu beauskunften, wenn dies zur Verfolgung absolut geschützter Rechte erforderlich ist, würde massiv die Kommunikationsfreiheit einschränken, da das Recht auf die anonyme Äußerung einer Meinung im Internet nicht mehr gewährleistet werden könnte. Autoren müssten immer befürchten, dass ihre anonym verfassten Äußerungen zukünftig nicht mehr anonym blieben, denn die Anbieter sollen laut Begründung des NetzDG-E dazu befugt werden bei Auskunftersuchen Privater, die hinterlegten Uploader-Daten zu offenbaren. Private hätten insoweit plötzlich umfangreichere Ermittlungsmöglichkeiten als Strafverfolgungsbehörden, die auf Basis des derzeit geltenden Rechts bei Straftaten und im Rahmen der präventiven Terrorismusabwehr Nutzerdaten abfragen dürfen.

Auch die Regelung des § 4 Abs. 5 NetzDG-E ist rechtsstaatlich äußerst bedenklich. Ordnungswidrigkeiten können vom Bundesamt für Justiz geahndet werden. Ahndungen setzen die Rechtswidrigkeit eines (nicht) gesperrten Inhalts voraus, die allein vom Amtsgericht Bonn festgestellt wird. Die Gewährung rechtlichen Gehörs erscheint zweifelhaft: Einzelrichter, einseitiges Verfahren ohne Anhörung des sozialen Netzwerks, geschweige denn des Autors des entfernten Inhalts, keine Beweisaufnahme, keine mündliche Verhandlung, Entscheidung nicht anfechtbar, aber bindend. Die Grundsätze der Mündlichkeit und Öffentlichkeit werden verletzt, da das Verfahren unter Ausschluss der Öffentlichkeit abschließend geführt werden kann, eine öffentlichkeitswirksame Auseinandersetzung mit den Inhalten allenfalls in Einzelfällen denkbar ist. Während das Gericht dem Legalitätsgrundsatz folgt, ermöglicht es der Opportunitätsgrundsatz der

Verwaltung, über die Entscheidungen, welche Inhalte dem Gericht zur Entscheidung vorgelegt werden (und welche nicht), politische Einflussnahme auf die Inhalte bei sozialen Netzwerken zu nehmen. Eine ernstzunehmende Gefahr in Zeiten des wachsenden Populismus.

II. Allgemeine Anmerkungen zum Referentenentwurf (NetzDG-E)

1. Das vorgeschlagene NetzDG ist nicht erforderlich.

a. Rechtlicher Rahmen zur Entfernung rechtswidriger Inhalte besteht bereits

Die Einführung des NetzDG ist nicht erforderlich. Die Anbieter von sozialen Netzwerken sind bereits nach geltendem Recht als Hosting-Provider verpflichtet, rechtswidrige Inhalte ab Kenntnis unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern, zu entfernen (Art. 14 E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG bzw. § 10 TMG). Alle innerhalb Europas operierenden Dienste, auch solche, die ihren Sitz nicht in der EU haben, unterliegen diesen Bestimmungen. Die Verpflichtung zur unverzüglichen Entfernung rechtswidriger Inhalte kann und wird auch auf zivilrechtlichem Weg durchgesetzt und ein Nichtbefolgen mit den zivilrechtlichen Instrumentarien sanktioniert. Der Referentenentwurf geht - etwa durch die Vorgabe starrer Fristen - über diese Vorgaben hinaus und ist insofern nicht europarechtskonform. Alle in Europa operierenden Dienste unterliegen zudem einer Impressumspflicht (§ 5 TMG), im Rahmen derer eine ladungsfähige Anschrift sowie Möglichkeiten einer unkomplizierten (auch elektronischen) Kontaktaufnahme zu nennen sind. Der Anspruch auf Entfernung rechtswidriger Inhalte kann ohne Weiteres vor deutschen Gerichten eingeklagt und durchgesetzt werden.

b. Selbstregulierung funktioniert, Test von jugendschutz.net hat Wirksamkeit des Verfahrens nachgewiesen

Dass die bereits bestehenden rechtlichen Verfahren sowie auch Selbstregulierung und Durchsetzungsmöglichkeiten funktionieren, hat das Monitoring von jugendschutz.net gezeigt, welches im Rahmen des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz in Auftrag gegeben wurde.⁹ Jugendschutz.net kam zu dem Ergebnis, dass das in der Task Force gemeinsam definierte Ziel, die Mehrzahl der gemeldeten rechtswidrigen Hassbotschaften innerhalb von 24 Stunden zu prüfen, von YouTube eingehalten wurde. Nicht nur hat YouTube die von jugendschutz.net als Nutzer geflaggtten Inhalte innerhalb von 24 Stunden geprüft, sondern hat sogar 90% dieser Inhalte innerhalb dieser Zeit entfernt. In den Folgetagen kam YouTube auf eine Entfernungsquote von 100%.

Dennoch sei an dieser Stelle erwähnt, dass das von jugendschutz.net durchgeführte Monitoring statistisch nicht repräsentativ ist. Zum einen war die absolute Zahl an gemeldeten YouTube Inhalten (Videos, Kommentare oder Kanäle) - 200 Stück pro Monitoring - zu klein, bedenkt man, dass auf YouTube derzeit über 400 Stunden Videomaterial pro Minute hochgeladen werden. Zum anderen ist weder eine Vergleichbarkeit zwischen den getesteten Diensten (Facebook, YouTube und Twitter) garantiert, noch zwischen den beiden aufeinanderfolgenden Monitorings, da es sich bei den gemeldeten Verstößen jeweils um völlig unterschiedliche Inhalte gehandelt hat.

⁹ vgl.

http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Artikel/03142017_Monitoring_jugendschutz.net.pdf?__blob=publicationFile&v=1

2. Das vorgeschlagene NetzDG führt zu faktischer Zensur und beschränkt die Kommunikationsfreiheit.

Der Referentenentwurf eines NetzDG mit dem Ziel einer effektiveren Bekämpfung von rechtswidrigen Inhalten - insbesondere Hate Speech und Fake News - ist der falsche Weg. Er würde zu einer faktischen Zensur und somit zu gravierenden Kollateralschäden im Hinblick auf die Meinungs- und Informationsfreiheit führen. Die betroffenen Internetdienste würden durch den derzeitigen Referentenentwurf veranlasst, nahezu jeglichen beanstandeten Inhalt zu entfernen, ohne dass die Rechtswidrigkeit tatsächlich festgestellt werden könnte. Durch starre und äußerst kurze Löschfristen, die weltweit ihresgleichen suchen, und vor allem durch die Androhung empfindlicher Bußgelder für Unternehmen (bis 50 Mio EUR), aber auch für einzelne Mitarbeiter der Unternehmen (bis 5 Mio EUR) bei fehlender Einhaltung der vorgesehenen Pflichten, gemäß der Begründung des NetzDG-E sogar auch bei Fehlentscheidungen in Einzelfällen, wird ein erheblicher Anreiz gesetzt, jegliche Inhalte im Zweifel sofort zu entfernen.

Es gibt freilich einige Fälle, in denen das Vorliegen eines rechtswidrigen Inhalts etwa bei einer Volksverhetzung offensichtlich ist. Es bestreitet niemand, dass derartige Inhalte von den entsprechenden Internetdiensten unverzüglich gesperrt werden müssen. Dies entspricht bereits geltendem Recht. Der Referentenentwurf beschränkt sich aber gerade nicht auf derartige Inhalte und ist keine bloße Konkretisierung der Regelungen des Telemediengesetzes (TMG), sondern beinhaltet eine vollständige Neuregelung des europarechtlich einheitlich festgelegten Haftungsmaßstabs für Hosting-Dienste, allein für Deutschland.

a. Rechtswidrigkeit in der Regel weder leicht feststellbar noch offensichtlich

Der Referentenentwurf verkennt insbesondere, dass die Feststellung der Rechtswidrigkeit der in den Anwendungsbereich des Gesetzes (§ 1 Abs. 3 NetzDG-E) fallenden Tatbestände in der Regel weder "offensichtlich" noch für einen Diensteanbieter ohne Weiteres möglich ist. Dies folgt bereits daraus, dass dem Diensteanbieter bei Sachverhaltsfragen eigene Erkenntnismöglichkeiten fehlen. Aber auch bei der rechtlichen Bewertung zeigt die Praxis, dass ein Großteil der beanstandeten Inhalte weder klar rechtswidrig noch klar rechtmäßig ist, sondern sich in einem "Graubereich" befindet. Er erfordert eine umfassende und komplexe rechtliche Prüfung, die in einem Rechtsstaat üblicherweise den Gerichten (im Anschluss an ein Ermittlungsverfahren, einer Beweisaufnahme und nach Anhörung des Beschuldigten) vorbehalten ist. Der Referentenentwurf führt nicht nur zu einer weiteren "Privatisierung der Rechtsdurchsetzung", sondern u.a. aufgrund der starren Fristen und erheblichen Bußgeldandrohungen dazu, dass all diese Inhalte in einem rechtlichen "Graubereich" zukünftig auf Zuruf gesperrt würden. Viele kritische Inhalte würden somit einer öffentlichen Diskussion innerhalb der betroffenen Dienste, denen oftmals die Funktion von "Speakers' Corners" des Internets zukommt, entzogen. Dies führt nicht nur zu einer unverhältnismäßigen Beeinträchtigung der Meinungs-, Informations- und Kunstfreiheit, sondern zugleich zu einer ganz erheblichen Beeinträchtigung des demokratischen Willensbildungsprozesses.

b. Referentenentwurf geht weit über "Hate Speech" bzw. Volksverhetzung hinaus

Dabei ist der Referentenentwurf nicht nur auf Hate Speech bzw. Straftatbestände wie Volksverhetzung beschränkt, sondern umfasst durch die Aufnahme der Straftatbestände wie Beleidigung (§ 185 StGB), Üble Nachrede (§ 186 StGB) oder Verleumdung (§ 187 StGB) auch Fragestellungen bezüglich der Zulässigkeit von Meinungen und Tatsachenbehauptungen Einzelner und geht damit weit über die ursprünglich diskutierte Problematik von Hate Speech im Netz hinaus. Gerade im äußerungsrechtlichen Bereich ist das Vorliegen einer Rechtsverletzung meistens nicht offensichtlich. Im Gegenteil: Es bedarf vielmehr regelmäßig der Ermittlung des jeweiligen Sachverhalts und einer umfassenden Abwägung aller grundrechtlich verankerten Interessen, um eine Äußerung rechtlich als wahre bzw. unwahre Tatsachenbehauptung, Meinungsäußerung oder gar Schmähkritik einzuordnen und rechtlich zu bewerten. Eine umfassende Berücksichtigung und Abwägung der betroffenen und auch widerstreitenden Interessen und Rechte wird den Diensteanbietern insbesondere in den starren und kurzen Fristen kaum möglich sein. Hinsichtlich der Straftatbestände der Üblen Nachrede (§ 186 StGB) oder Verleumdung (§187 SGB) mittels derer Einbeziehung die Bekämpfung von "Fake News" intendiert ist, wird einem Diensteanbieter in den eng gesetzten starren Fristen eine sorgfältige und die grundrechtlichen Interessen berücksichtigende Prüfung kaum möglich sein. Eine angemessene Prüfung, ob es sich beispielsweise bei als "Fake News" beanstandeten Inhalten um bewusst unwahre Nachrichten zur zielgerichteten Falschinformation der Rezipienten oder um unliebsame, aber zulässige Berichterstattung handelt, dürfte in den seltensten Fällen möglich sein.

c. Im Zweifel zu Lasten der Meinungsfreiheit

Gerade aufgrund der Bußgeldbewehrung würden die vorgeschlagenen Verpflichtungen dazu führen, dass die Diensteanbieter beanstandete Inhalte aufgrund des Haftungsrisikos im Zweifel entfernen müssten. Eine solche Praxis als Folge der vorgeschlagenen Haftungsregelungen würde dazu führen, dass in sehr vielen Fällen rechtmäßige Inhalte entfernt würden. Gleichzeitig eröffnet das vorgesehene Haftungsregime enormes Missbrauchspotential: Es würde dazu führen, dass unliebsame Inhalte schon auf bloßen Zuruf von den entsprechenden Internetdiensten entfernt bzw. gesperrt würden; das gilt insbesondere hinsichtlich der Straftatbestände der Üblen Nachrede und Verleumdung. Man denke z.B. an die Beschwerde eines Politikers über einen Bericht über dessen Teilnahme an einem rechtsradikalen Aufmarsch, an die Beschwerde eines Arztes über eine schlechte Bewertung aufgrund einer falschen Diagnose oder etwa das in den Medien viel zitierte und diskutierte Gedicht des Satirikers Jan Böhmermann über den türkischen Präsidenten Recep Tayyip Erdoğan. All dies sind typische Fälle, mit denen die entsprechenden Dienste täglich hundertfach oder gar tausendfach konfrontiert sind. In all solchen Fällen ist das Vorliegen einer Rechtsverletzung nicht ohne Weiteres erkennbar, die Diensteanbieter würden durch den NetzDG-E veranlasst, Inhalte zu sperren und zu filtern. Das Gesetz würde somit zu Chilling Effects und somit zu erheblichen Kollateralschäden im Hinblick auf die Meinungs- und Informationsfreiheit führen. Während es nach dem Grundgesetz allein den Gerichten obliegt, über die Strafbarkeit von Inhalten zu entscheiden (nach Durchführung eines Ermittlungsverfahrens, einer Beweisaufnahme und nach Anhörung des Beschuldigten), müssten nun letztlich Diensteanbieter im Anwendungsbereich des NetzDG-E derartige Entscheidungen ggf. innerhalb von 24 Stunden ohne eigene Erkenntnismöglichkeiten und

ohne die den Gerichten zur Verfügung stehenden Mittel der Beweisführung treffen; die hohe Bußgeldandrohung ist ein starker Anreiz, zu Lasten der Meinungs- und Informationsfreiheit zu entscheiden.

Beanstandete Inhalte wie politische Reden, Satire, Nutzerbewertungen u.Ä. wären mangels eindeutiger Rechtmäßigkeit zukünftig nicht mehr in den vom Anwendungsbereich des Referentenentwurfs erfassten Diensten abrufbar. Tatsächlich schreibt der Referentenentwurf faktisch eine Verschiebung des rechtlichen Prüfungsmaßstabs vor: Während Diensteanbieter, z.B. bei Äußerungsdelikten, bisher verpflichtet waren, Inhalte zu entfernen, die sich nach Einholung der Stellungnahmen des Betroffenen und des sich Äußernden als rechtswidrig darstellen, verpflichtet der Referentenentwurf die Diensteanbieter aufgrund des großen Haftungsrisikos letztlich, eine tatsächliche Rechtmäßigkeit der beanstandeten Inhalte abzusichern, alles was nicht eindeutig rechtmäßig ist, würde im Zweifel gesperrt.

d. Asymmetrische Haftungssituation

Die Begründung des Referentenentwurfs geht davon aus, dass die Nutzer, die gegen eine Entfernung ihrer Inhalte rechtlich vorgehen wollen, hierzu geeignete rechtliche Schritte zur Wahrung ihres Rechts auf Meinungsäußerung einleiten können. Niemand - so der Referentenentwurf - müsse hinnehmen, dass seine legitimen Äußerungen aus sozialen Netzwerken entfernt werden. Diese Erwägung verkennt, dass es den Nutzern, die von einer Sperrung ihrer Inhalte betroffen sind, in der Regel nicht möglich sein wird, hiergegen gegenüber den Diensteanbietern rechtliche Schritte einzuleiten. Der Diensteanbieter wird im Verhältnis zum einstellenden Nutzer derartige Sperrungen vertraglich über die Nutzungsbedingungen abgesichert haben. Dies zeigt deutlich, dass dem NetzDG-E im Hinblick auf den Ausgleich zwischen den zu schützenden Rechtsgütern und der Meinungsfreiheit eine starke Asymmetrie zu Lasten der Meinungs- und Informationsfreiheit innewohnt: Während dem Diensteanbieter bei Nichtsperrung beanstandeter Inhalte scharfe Sanktionen in Form von Bußgeldern, aber auch zivilrechtlichen Ansprüchen drohen, hat er bei Sperrung eines Inhalts keine negativen Konsequenzen zu befürchten. Schon aus betriebswirtschaftlicher Sicht erscheint es daher sinnvoll, bei jeglicher Beanstandung auf Zuruf zu sperren, jedenfalls sofern der Inhalt nicht "offensichtlich" rechtmäßig ist.

3. Das vorgeschlagene NetzDG wäre auch aus weiteren Gründen verfassungs- und europarechtswidrig.

a. Völkerrechtswidrige Extraterritorialität deutschen Rechts und Errichtung von Zensurmaschinen

Zwei Besonderheiten des Referentenentwurfs führen dazu, dass die vorstehend dargestellten Beeinträchtigungen der durch Art. 5 GG geschützten Meinungs-, Informations- und Kunstfreiheit noch potenziert würden: Zum einen geht der Referentenentwurf offenbar davon aus, dass die erfassten Inhalte nicht nur für einen Abruf aus dem Anwendungsbereich des Strafgesetzbuches gesperrt würden, sondern weltweit entfernt werden. Dies verletzt das Territorialitätsprinzip sowie den völkerrechtlichen Grundsatz der Staatensouveränität. Zudem sieht der Referentenentwurf vor, dass nicht nur die konkret beanstandeten Inhalte entfernt werden, sondern zugleich auch sämtliche "Kopien" dieser Inhalte. Zur Erfüllung dieser Pflicht

müssten letztlich mächtige Filter und damit Zensurmaschinen eingeführt werden, die alle identischen Inhalte ohne Berücksichtigung des jeweiligen Kontextes entfernen. Automatisierte Filter sind "blind" und können den jeweiligen Kontext, in dem ein Inhalt eingebettet ist und der zur Beurteilung der jeweiligen Rechtswidrigkeit verfassungsrechtlich zwingend zu berücksichtigen ist, nicht bewerten. Das grundsätzliche Problem, dass der Referentenentwurf auch eine Vielzahl rechtmäßiger Inhalte erfasst, würde dadurch noch erheblich vergrößert. Nach unserer Kenntnis wäre eine derartig weitreichende gesetzliche Verpflichtung zur Filterung von Inhalten weltweit einmalig.

b. Fehlende Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Dem Bund fehlt die erforderliche Gesetzgebungskompetenz. Denn der Referentenentwurf hat nicht die Einheitlichkeit der Belange der Wirtschaft zum Ziel, die in der Kompetenz des Bundes läge (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG), sondern vielmehr die Verhinderung der Verbreitung rechtswidriger Inhalte über soziale Netzwerke. Dabei geht es letztlich um Kommunikationsprozesse, die der Länderkompetenz unterfallen (Art. 70 Abs. 1 GG). Denn ein bundeseinheitlicher Einfluss auf Kommunikationsprozesse ist aus historischen Gründen im Grundgesetz nicht verankert. Der Bund kann das geplante Gesetz daher nicht ordnungsgemäß beschließen.

c. Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz

Die Befreiung sozialer Netzwerke mit weniger als 2 Millionen im Inland ansässigen Nutzern ist sachlich nicht gerechtfertigt und verstößt mithin gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG). Denn aus der Anzahl der im Inland lebenden Nutzer lässt sich zum einen nicht auf den Verbreitungsgrad von konkreten Inhalten im Inland schließen. Zum anderen sind kleinere Netzwerke schon deshalb besser gestellt, weil sie mit einem erheblich geringeren Beschwerdeaufkommen rechnen müssen.

d. Vorratsdatenspeicherung durch die Hintertür

Um die Strafverfolgung gegen einen bestimmten oder bestimmbaren Täter sicherzustellen, statuiert § 3 Abs. 2 Nr. 4 NetzDG-E eine Pflicht zur Speicherung personenbezogener Daten. So ist davon auszugehen, dass die Sicherungskopie Daten des Täters, möglicherweise auch des Opfers enthält, richtet sich der Inhalt gegen eine bestimmte Person. Eine solche Speicherungspflicht zum Zwecke der Beweissicherung erinnert an eine Vorratsdatenspeicherung durch die Hintertür, zumal auch Inhalte gespeichert werden müssen, die möglicherweise rechtmäßig sind (deren Rechtmäßigkeit aber nicht sicher festgestellt werden konnte).

e. Zivilrechtlicher Auskunftsanspruch

Überraschend enthält der NetzDG-E jetzt auch eine Ergänzung des § 14 Abs. 2 TMG. Danach wären Anbieter von Telemedien in Zukunft befugt, Auskünfte über Bestandsdaten zu erteilen, wenn es zur Durchsetzung "absolut geschützter Rechte" erforderlich ist. Diese exzessive Ausweitung der Norm auf eine nahezu unbeschränkte Auskunftsbefugnis führt dazu, dass Autoren immer befürchten müssten, dass sie bei ihren anonym oder unter Pseudonym veröffentlichten Äußerungen zukünftig nicht mehr anonym bleiben. Es bestehen erhebliche Zweifel daran, dass eine solche Regelung, die darauf abzielt, dass Äußerungen in sämtlichen Telemedien einem bestimmten Individuum zugeordnet werden können, mit Art.

5 Abs. 1 Satz 1 GG vereinbar ist. Die Befugnis für Diensteanbieter, denjenigen namentlich zu benennen, der eine bestimmte Meinung anonym oder pseudonym geäußert hat, würde die Gefahr begründen, dass sich der Einzelne aus Furcht vor Repressalien oder sonstigen negativen Auswirkungen dahingehend entscheidet, seine Meinung nicht zu äußern.¹⁰ Dieser Gefahr der Selbstzensur soll das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung jedoch gerade entgegenwirken. Ein solche Erweiterung der Auskunftsbefugnis ist zudem nicht nur exzessiv, sondern auch überflüssig. Bereits seit Jahren gibt es gut funktionierende und effektive Auskunftsverfahren. So erlaubt die aktuelle Fassung des § 14 Abs. 2 TMG den Diensteanbietern, Bestandsdaten an die ermittelnden Strafverfolgungsbehörden auszuhändigen.

f. Gesetz ist rechtsstaatlich bedenklich

Die Einführung eines Vorabgerichtsverfahrens, in dem das allein zuständige Amtsgericht Bonn auf Antrag des Bundesamtes für Justiz über die Rechtmäßigkeit von konkreten Inhalten im Anwendungsbereich des NetzDG-E ohne Beteiligung der sozialen Netzwerke und der Inhalte einstellenden Nutzer, ohne mündliche Verhandlung und ohne Beweisaufnahme aufgrund einer rein rechtlichen Prüfung entscheiden soll, stellt einen gravierenden Eingriff in die grundgesetzlich gewährleisteten Verfahrensgrundrechte dar. Insbesondere werden der Anspruch auf rechtliches Gehör und einen gesetzlichen Richter (einseitiges Verfahren ohne Anhörung des sozialen Netzwerks und der Inhalte einstellenden Nutzer, ohne Beweisaufnahme, ohne zwingende mündliche Verhandlung, Entscheidung nicht anfechtbar, aber bindend) verletzt, aber auch der Grundsatz der Mündlichkeit und der Öffentlichkeit. Durch diese Konstruktion eines Vorabgerichtsverfahrens mit gleichbleibender gerichtlicher Zuständigkeit des Amtsgerichts Bonn im Bußgeldverfahren besteht die Gefahr, dass die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Inhalte unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfindet und eine öffentlichkeitswirksame Auseinandersetzung über die Rechtmäßigkeit von konkreten Inhalten, den Umgang der sozialen Netzwerke, des Bundesamtes für Justiz und des Amtsgerichts Bonn unterbunden wird. Darüber hinaus ist verfassungsrechtlich äußerst zweifelhaft, dass das zuständige Bundesamt für Justiz (und somit das Ministerium für die Justiz und den Verbraucherschutz) die Auswahl der Inhalte zusteht, deren Rechtmäßigkeit das Amtsgericht Bonn im Vorabverfahren überprüfen soll. Diese Konstruktion birgt die sachwidrige Gefahr, dass bestimmte für problematisch erachtete Sachverhalte verfolgt, andere hingegen nicht verfolgt werden, und sich je nach politischer Besetzung des Ministeriums die Einschätzungsprärogative ändert.

¹⁰ BGH NJW 2009, 2888, Rn. 38 - *spickmich.de*.

III. Ausführungen zu den einzelnen Vorschriften

1. Anwendungsbereich (§ 1 NetzDG-E)

Nach § 1 Abs. 1 NetzDG-E soll das Gesetz gelten für *“Telemediendiensteanbieter, die mit Gewinnerzielungsabsicht Plattformen im Internet betreiben, die es Nutzern ermöglichen, beliebige Inhalte mit anderen Nutzern auszutauschen, zu teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich zu machen (soziale Netzwerke).”* Plattformen mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten sollen ausgenommen sein, ebenso soziale Netzwerke mit weniger als 2 Millionen Nutzern im Inland (Abs. 2). Abs. 3 enthält mit der Aufzählung von 13¹¹ bzw. 23¹² Straftatbeständen eine Definition von *“rechtswidrigen Inhalten”* im Sinne des NetzDG-E. Dieser Anwendungsbereich ist unbestimmt, unverhältnismäßig weit, willkürlich und verstößt gegen den Gleichheitsgrundsatz gem. Art. 3 GG sowie europarechtliche Vorgaben. Im Einzelnen:

- Die Legaldefinition der sozialen Netzwerke geht weit über das allgemeine Verständnis von sozialen Netzwerken hinaus, ist unbestimmt, nicht abgrenzbar und führt damit u.a. zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Auch der Hinweis in der Begründung des Referentenentwurfs, dass derzeit *“höchstens zehn soziale Netzwerke”* von dem NetzDG-E erfasst seien¹³, sowie dass thematisch oder personell eingegrenzte Netzwerke sowie berufliche Netzwerke nicht unter die Legaldefinition fallen sollen, führen nicht zur Bestimmtheit. Denn die offenbar gewollte Einschränkung spiegelt sich nicht im Wortlaut des § 1 Abs. 1 NetzDG-E wider. Nach der weiten Formulierung ist derzeit nicht auszuschließen, dass auch die nachfolgend genannten Dienste erfasst sind, eine Vielzahl davon aus Deutschland, vorausgesetzt, sie weisen heute oder zukünftig 2 Millionen (registrierte¹⁴) Nutzer in Deutschland auf. Denn all diese Dienste sind gewinnorientiert und ermöglichen es Nutzern, selbst Inhalte mit anderen Nutzern auszutauschen, zu teilen oder öffentlich zugänglich zu machen. Entgegen der Begründung des NetzDG-E dürfte dies wohl auch für die beruflichen Netzwerke oder anders thematisch eingegrenzte Netzwerke gelten, zumal nicht sichergestellt sein kann, dass die dort geteilten Inhalte auch thematisch begrenzt bleiben. Mit Einführung des Begriffes *“beliebige Inhalte”* soll offenbar erreicht werden, dass bestimmte Gruppen von Anbietern vom Anwendungsbereich ausgenommen werden. Dieser Begriff ist aber zur Differenzierung zwischen den genannten Anbietern Facebook, Twitter und YouTube von beruflichen und anderen Netzwerken ungeeignet, da hier überall thematisch und technisch beliebige Inhalte eingestellt werden können. Erfasst würde daher wohl u.a.:
 - Sharing Plattformen (z.B. Pinterest, Snapchat, Instagram, Tumblr),
 - e-Commerce Plattformen (z.B. amazon.de, otto.de, zalando.de, buch.de, thalia.de, mobile.de),
 - Email- und internetbasierte Kurznachrichtendienste und (Online-)Chats,
 - Auktionsplattformen (z.B. ebay.de),
 - Portale (z.B. T-Online),

¹¹ So die ursprünglichen Fassung des NetzDG-E.

¹² So die notifizierte Fassung des NetzDG-E.

¹³ Begründung des NetzDG-E, S. 2.

¹⁴ Das Kriterium der Registrierung wurde in der notifizierten Fassung des NetzDG-E gestrichen. Es ist unklar, wie *“Nutzer”* im Sinne des § 1 Abs. 2 NetzDG-E zu bestimmen sind.

- Reiseportale (z.B. hrs.de, hotelbewertungen.de, booking.com),
 - Rubrikenseiten (z.B. immonet.de, immoscout24.de),
 - Vergleichsportale (z.B. idealo.de),
 - Ratgebercommunities (z.B. gutefrage.net, chefkoch.de),
 - Berufliche Netzwerke (z.B. Xing, LinkedIn)
 - usw.
- Die Beschränkung der Anwendbarkeit des NetzDG-E auf bestimmte soziale Netzwerke verstößt gegen die europarechtlichen Vorgaben für den gem. Art. 2, 14 der E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG vollharmonisierten Bereich der Hosting-Dienste, die in § 10 TMG umgesetzt sind, da für soziale Netzwerke andere Regelungen gelten sollen als für andere Hosting-Dienste. Ferner führen unterschiedliche Anforderungen an Hosting-Dienste in verschiedenen Mitgliedstaaten zu einer Fragmentierung des Binnenmarktes und folglich zur Verfälschung der Wettbewerbsbedingungen (vgl. Art. 116, 117 AEUV).
 - Unklar ist, ob die Ausnahme von journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten gem. § 1 Abs. 1 NetzDG-E auch Inhalte umfassen soll, die Anbieter solcher Inhalte über soziale Netzwerke im Sinne des NetzDG-E verbreiten. Mittlerweile hat fast jede Zeitung und jeder Fernseh- oder Radiosender ein eigenes Facebook-Profil, einen professionellen Twitter-Account und einen YouTube-Kanal. Sofern solche Inhalte vom NetzDG-E erfasst sein sollen, führte dies zu einer Ungleichbehandlung von journalistisch-gestalteten Inhalten, je nachdem welcher Verbreitungsweg gewählt wird. Ferner ist nicht einzusehen, warum journalistisch-redaktionelle Angebote und soziale Netzwerke unterschiedlich behandelt werden sollen. Ein Rechtfertigungsgrund für diese Ungleichbehandlung ist nicht zu erkennen. Es besteht auch kein Rechtfertigungsgrund, warum berufliche oder thematisch eingegrenzte Netzwerke weniger weitreichenden Verpflichtungen unterliegen sollten, zumal sich gerade aus letzteren ein erhöhtes Gefährdungspotential ergeben kann.
 - Andererseits begründet die Ausnahme von unentgeltlichen Netzwerken wie Wikipedia und journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten, aber auch die nach der Begründung des Referentenentwurfs angedachte Ausnahme von thematisch oder personell eingegrenzten Netzwerken und beruflichen Netzwerken wie Xing und LinkedIn die Annahme eines grundgesetzwidrigen Einzelfallgesetzes (Art. 19 Abs. 1 GG), das allein ganz konkrete, US-amerikanische Diensteanbieter und Unternehmen treffen soll, namentlich Facebook, Twitter und YouTube.
 - Auch die Befreiung von sozialen Netzwerken mit weniger als 2 Millionen Nutzern im Inland verstößt gegen den Gleichheitsgrundsatz gem. Art. 3 GG, da die Ungleichbehandlung sachlich nicht gerechtfertigt ist. Die Zahl der (registrierten) Nutzer im Inland besagt schon nichts über einen konkreten Verbreitungsgrad von Inhalten im Inland. Eine Ungleichbehandlung von rechtswidrigen Inhalten aufgrund eines potentiell geringeren Verbreitungsgrades ist sachlich auch nicht gerechtfertigt, schon deswegen nicht, weil kleine soziale Netzwerke ohnehin weniger Inhalte speichern, weniger Beanstandungen bearbeiten müssen und mithin weniger von den

vorgesehenen Regelungen belastet sind.¹⁵ Es käme überdies zu Ausweichbewegungen auf kleinere soziale Netzwerke.

- Nach § 1 Abs. 3 NetzDG-E sollen die Straftatbestände der §§ 86, 86a, 89a, 90, 90a, 90b, 91, 100a, 111, 126, 129 bis 129b, 130, 131, 140, 166, 184b, 184d, 185 bis 187, 241 oder 269 StGB vom Anwendungsbereich des NetzDG-E umfasst sein. Damit geht das NetzDG-E weit über das ursprünglich verfolgte Ziel der Bekämpfung von Hassrede und rassistischer Hetze (“Hate Speech”) hinaus. Sie geht auch über den Kanon der im Rahmenbeschluss 2008/913/JI des Rates vom 28. November 2008 zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit des Rates beschriebenen Straftatbestände hinaus.¹⁶ Der Anwendungsbereich soll nunmehr auch etwa Straftatbestände wie das Verbreiten, Erwerb und Besitz kinderpornografischer Schriften (§ 184b StGB) und das Zugänglichmachen pornografischer Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien (184d StGB), aber auch Beleidigung (§ 185 StGB), Üble Nachrede (§ 186 StGB) oder Verleumdung (§ 187 StGB) und damit auch äußerungsrechtliche Fragestellungen im Spannungsverhältnis von Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrechten Einzelner erfassen. Bisher werden diese äußerungsrechtlichen Delikte ganz überwiegend in zivilrechtlichen Verfahren geprüft; Strafverfolgungen sind schon deshalb nicht die Regel, weil es sich dabei um sogenannte Antragsdelikte handelt, d.h. sie von den Ermittlungsbehörden nur bei Vorliegen eines Strafantrags verfolgt werden.
- Die vorgenommene Auswahl der Straftatbestände ist schließlich willkürlich. So ist etwa nicht nachvollziehbar, weshalb z.B. § 129 StGB (Bildung krimineller Vereinigungen) oder auch § 269 StGB (Fälschung beweiserheblicher Daten) in den Anwendungsbereich fällt. Bei der neu hinzu gekommenen Sperrpflicht für pornografische Inhalte (§§ 184b, 184d StGB) stellt sich die Frage, was diese mit der Bekämpfung von Hate Speech und Fake News zu tun hat. Insbesondere die Pornografiedelikte waren in der Begründung des ersten Referentenentwurfs explizit ausgeschlossen, “*da diese Straftaten im Internet bereits effektiv verfolgt werden*”.¹⁷

¹⁵ Die Eingrenzung der Zahl auf Nutzer im Inland ist unbestimmt und uferlos, da nicht hinreichend deutlich ist, welche Nutzer “im Inland” sind und daher letztlich jeder (auch nicht registrierte) Nutzer mit Bezug zum Inland erfasst ist. Das gilt insbesondere, da nach der Begründung des NetzDG-E Nutzer natürliche oder juristische Personen sein sollen, die soziale Netzwerke “zugangsfrei” (es bleibt unklar, was mit damit gemeint ist) nutzen, um auf Informationen zuzugreifen und Informationen zu erlangen (z.B. auch “Follower” bei Twitter), und es nicht darauf ankommen soll, in welchem Land der Nutzer “hauptsächlich” aktiv ist (Begründung NetzDG-E, S. 18 f.). Sofern die Zahl der “im Inland ansässigen” Nutzer nach der Begründung des NetzDG-E an der IP-Adresse bei Registrierung gemessen werden soll, ist dies unklar und willkürlich. Einerseits widerspricht diese Erläuterung der vorstehend genannten Beschreibung von Nutzern. Andererseits besagen diese Daten nichts darüber aus, wo ein Nutzer tätig ist; andere Merkmale zur Bestimmung der Nutzer im Inland sollen unbeachtet bleiben. Unklar ist auch, auf welchen Zeitpunkt bei der Bestimmung der Nutzeranzahl abzustellen ist. Die Einschränkung auf 2 Millionen registrierte Nutzer öffnet im Übrigen dem Missbrauch Tür und Tor: Unternehmen unterhalb dieser Schwelle dürften zukünftig versuchen zu verhindern, diese Schwelle zu überschreiten - entweder durch ein reduziertes Wachstum oder Registrierungen nur noch durch IP-Adressen außerhalb von Deutschland zuzulassen.

¹⁶ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008F0913&from=DE>.

¹⁷ Begründung der ursprünglichen Fassung des NetzDG-E, S. 19: Laut einem Bericht der Bundesregierung vom 6. Oktober 2016 wurden im Jahr 2015 70 Prozent aller Inhalte in Deutschland spätestens nach zwei Tagen, nach einer Woche wurden 96 Prozent aller Inhalte entfernt.

- Sofern es sich nicht um Erfolgs-, sondern um Gefährdungsdelikte handelt, ist eine Strafbarkeit bei im Ausland hochgeladenen Inhalten aufgrund des Territorialitätsprinzips (§ 3 StGB) im Inland in der Regel nicht gegeben.¹⁸ Eine extraterritoriale Anwendung deutschen Strafrechts wäre völkerrechtswidrig.
- § 1 Abs. 3 NetzDG-E sieht vor, dass diejenigen Inhalte rechtswidrig sind, die den Tatbestand der genannten Straftatbestände erfüllen. Die Begründung des NetzDG-E stellt klar, dass damit nur der jeweilige objektive Tatbestand gemeint ist. Bei der Frage der Rechtmäßigkeit i.S.d. NetzDG-E von Inhalten soll es mithin nicht auf den subjektiven Tatbestand, die Frage der strafrechtlichen Rechtfertigung (z.B. Wahrnehmung der berechtigten Interessen gem. § 193 StGB) oder der Schuld der Inhalte einstellenden Nutzer ankommen. Damit begründet der NetzDG-E einen neuen Begriff der "Rechtswidrigkeit", der von der Rechtswidrigkeit des Strafrechts entkoppelt ist.

2. Berichtspflicht (§ 2 NetzDG-E)

§ 2 NetzDG-E verpflichtet die Anbieter sozialer Netzwerke, einen deutschsprachigen Bericht zum Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte vierteljährlich zu veröffentlichen und unmittelbar erreichbar auf der eigenen Homepage bereitzustellen. Die Diensteanbieter müssen nicht nur darlegen, welche Kriterien zur Entfernung eines Inhalts führen, sondern auch, wie viele Beschwerden eingegangen sind (aufgeschlüsselt nach Beschwerdeführer und Beschwerdegrund), personelle Ausstattung, Anzahl der Beschwerden, bei denen eine externe Stelle konsultiert wurde, Löschquoten (aufgeschlüsselt nach Beschwerdeführer und Beschwerdegrund) sowie die Bearbeitungszeiten (aufgeschlüsselt nach konkreten Zeiträumen).

Google veröffentlicht den sog. Google Transparenzbericht, der alle sechs Monate aktualisiert wird. Der Bericht ist auch in deutscher Sprache abrufbar und beinhaltet jeweils länderbezogene Informationen zu staatlichen Löschungs- und Auskunftersuchen sowie zu Urheberrechtsbeschwerden und Beschwerden zum "Recht auf Vergessen", die bei Google über die eigens dafür vorgesehenen rechtlichen Beschwerdewege eingegangen sind. Hinweise, die Google wegen eines möglichen Verstoßes der hauseigenen Community- bzw. Inhalts-Richtlinien erhält (z.B. im Rahmen des sog. "Flaggings" bei YouTube), werden nicht im Transparenzbericht gelistet. Grund dafür ist, dass die Inhalts-Richtlinien der jeweiligen Produkte global ausgestaltet sind und sich nicht an einem bestimmten nationalen Recht orientieren.¹⁹

¹⁸ Vgl. im Hinblick auf § 86a StGB: BGH NSTZ 2015, 81; siehe hierzu im Einzelnen: TaylorWessing, Rechtliche Kritik am NetzDG-E, abrufbar unter: <https://deutschland.taylorwessing.com/de/documents/get/997/rechtliche-kritik-am-netzdg-entwurf.pdf>.

¹⁹ Die Vorgabe in der Begründung der ursprünglichen Fassung des NetzDG-E (S. 21.), "die Community Standards müssen den Begriff der Rechtswidrigkeit abbilden und daher mindestens so streng wie national geltendes Recht sein", hätte zur Folge, dass in Deutschland rechtswidrige Inhalte wie z.B. ein Hakenkreuz weltweit entfernt würden, obwohl dies in vielen Staaten der Welt rechtmäßig ist. Eine derartige Forderung würde deutsches Recht zum alleinigen Maßstab dafür machen, was in Community Richtlinien geregelt werden muss und damit welche Inhalte irgendwo auf der Welt in sozialen Netzwerken veröffentlicht werden dürfen. Auch autoritäre Länder würden diese "Weltmacht"

Darüber hinaus eröffnet die geforderte Veröffentlichung der Kriterien für die Entfernung von Inhalten (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG-E) die Tür für Missbrauch durch die "Täter", also durch die Inhalte einstellenden Nutzer. Unabhängig von der Tatsache, dass eine rechtliche Prüfung eines Inhalts immer eine Einzelfallprüfung erfordert und es kaum möglich ist, das deutsche Recht in "Entfernungskriterien" zu gießen, würde die Veröffentlichung firmeninterner Richtlinien dazu führen, dass die Inhalteersteller dies geschickt für sich nutzen, indem sie Inhalte veröffentlichen, die eben gerade nicht mehr unter diese Richtlinien fallen bzw. diese umgehen.

Zudem sind formale Punkte zur Berichtspflicht unklar (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 NetzDG-E). Unbestimmt ist erstens, auf welche Art von Information sich die Berichtspflicht konkret bezieht - auf den Beschwerde- oder auf den Entfernungsgrund (diese fallen in nicht wenigen Fällen auseinander)? Unklar ist zweitens, wie Beschwerden hinterlegt werden müssen, die mehrere Inhalte umfassen? Unklar ist auch, wie Beschwerden ausgewertet werden müssen, die sich auf mehrere Betroffene beziehen?²⁰

§ 2 Abs. 2 Nr. 8 NetzDG-E sieht schließlich vor, dass unter anderem auch über die Zeit zwischen Beschwerdeeingang und Entfernung bzw. Sperrung eines Inhalts berichtet werden muss. Offen ist die Frage, was konkret unter den Zeitangaben "innerhalb von 24 Stunden", "innerhalb von 48 Stunden", "innerhalb einer Woche", "zu einem späteren Zeitpunkt" zu verstehen ist bzw. warum diese überhaupt angegeben werden müssen. Warum ein Zeitrahmen von 48 Stunden vorgegeben wird, erschließt sich nicht, zumal die Regelungen in § 3 NetzDG-E an keiner Stelle eine Frist von 48 Stunden erwähnen. Wenn dann feststeht, dass zu spät entfernt wurde ("zu einem späteren Zeitpunkt"), dokumentiert der Diensteanbieter ihn belastende Umstände, weil ein solcher Verstoß gegen die Pflicht zur rechtzeitigen Sperrung bzw. Entfernung bußgeldbewehrt ist, § 4 Abs. 1 Nr. 2 NetzDG-E. Insofern verstößt der Referentenentwurf gegen den Schutz vor Selbstbezeichnung (*Nemo tenetur se ipsum accusare*).

3. Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte (§ 3 NetzDG-E)

a. Zur Frage der Inkenntnissetzung (§ 3 Abs. 1 NetzDG-E)

Gem. § 3 Abs. 1 NetzDG-E muss der Diensteanbieter seinen Nutzern *"ein leicht erkennbares, unmittelbar erreichbares und ständig verfügbares Verfahren zur Übermittlung von Beschwerden über rechtswidrige Inhalte zur Verfügung stellen"*.

einfordern; jeglicher Art der Inhaltsentfernung wäre Tür und Tor geöffnet. Eine derartige Erstreckung deutschen Rechts auf weltweite Community Richtlinien verstieße mithin gegen den völkerrechtlichen Grundsatz der Staatensouveränität sowie das Territorialitätsprinzip. Demnach dürfen sich Inhaltsentfernungen und die geforderte Berichtspflicht nur auf territoriale Grenzen beschränken - im Einklang mit den Prinzipien des internationalen Rechts.

²⁰ Auch lässt § 2 Abs. 2 Nr. 6 NetzDG-E die Frage offen, was z.B. unter einer "externen Stelle" zu verstehen ist. Soll es sich hierbei etwa um externe Anwälte handeln, die der Diensteanbieter mandatiert hat? Möglich wäre auch, dass die Strafverfolgungsbehörden oder eine Selbstkontrolle, wie z.B. die Freiwillige Selbstkontrolle Multimedia e.V. damit gemeint ist.

Der Referentenentwurf bestimmt nicht, welche Anforderungen an eine Beschwerde über mutmaßlich rechtswidrige Inhalte zu stellen sind. Nach der Rechtsprechung des BGH setzt das Einsetzen von Prüfpflichten einen konkreten Hinweis voraus, der den beanstandeten *“Rechtsverstoß auf der Grundlage der Behauptungen des Betroffenen unschwer – d.h. ohne eingehende rechtliche und tatsächliche Überprüfung –”*²¹ erkennen lässt. Dies hat den Zweck, den gem. § 7 Abs. 2 S. 1 TMG (bzw. Art. 15 der Richtlinie 2000/31/EG) nicht zur präventiven Kontrolle verpflichteten Diensteanbieter in die Lage zu versetzen, in der Vielzahl der ohne seine Kenntnis in den Dienst eingestellten Inhalte diejenigen auffinden zu können, die (angeblich) rechtswidrig sind. Ein Hinweis muss daher die genaue Angabe des konkret beanstandeten Inhalts und dessen Fundstelle (Internetadresse/URL) beinhalten sowie den behaupteten Rechtsverstoß in einer Weise konkretisieren, dass dieser für den Empfänger ohne Weiteres zu erkennen ist. Nach der Rechtsprechung des BGHs ist der Diensteanbieter nicht verpflichtet, *„komplizierte Beurteilungen im Einzelfall durchzuführen, ob ein als rechtsverletzend beanstandetes Angebot ein Schutzrecht tatsächlich verletzt [...]“. Dies würde ansonsten die Hinzuziehung eines mit der Materie vertrauten Juristen erfordern, was [...] nicht zuzumuten ist.*²² Diese Erwägungen müssen erst recht im Bereich der Persönlichkeitsrechtsverletzungen Anwendung finden, da für den Diensteanbieter eine Rechtsverletzung regelmäßig nicht erkennbar ist. Denn eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts erfordert aufgrund des Charakters als Rahmenrecht stets eine Abwägung zwischen dem Persönlichkeits- und dem durch Art. 5 GG geschützten Recht des Verfassers auf freie Meinungsäußerung.

Würde das NetzDG dazu führen, dass jedes bloße Flagging als hinreichende Inkenntnissetzung anzusehen wäre und entsprechende Pflichten des Diensteanbieters auslöst, wäre YouTube angesichts der Bußgeldbewehrung gem. § 4 NetzDG-E und des damit einhergehenden hohen Haftungsrisikos gezwungen, über die Abschaltung des Flagging-Verfahrens für den deutschen Markt nachzudenken. Das Flagging-Verfahren ist für andere Zwecke ausgelegt und eingerichtet als die Meldung rechtswidriger Inhalte; es bietet nicht die Möglichkeit, YouTube die Umstände mitzuteilen, die erforderlich wären, damit sie prüfen kann, ob sie ggü. einer bestimmten Person zur Entfernung eines Videos verpflichtet ist. Daher ist im Hinblick auf die Vorgaben gem. § 3 NetzDG-E und der Bußgeldbewehrung in § 4 NetzDG-E sowie im Hinblick auf die Vorgaben der Rechtsprechung an eine hinreichend konkrete Inkenntnissetzung über einen rechtswidrigen Inhalt zwingend zwischen dem Meldeverfahren über Webformulare und dem bloßen Flagging-Verfahren zu unterscheiden.

b. Zum vorgesehenen Sperrungsverfahren (§ 3 Abs. 2 NetzDG-E)

Nach § 3 Abs. 2 NetzDG-E sollen die Diensteanbieter verpflichtet werden, Beschwerden unverzüglich zur Kenntnis zu nehmen und zu prüfen (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 NetzDG-E). Aus der Gesamtschau ergibt sich, dass unter „unverzüglich“ letztlich deutlich weniger als 24 Stunden zu verstehen ist, da andernfalls „offensichtlich“ rechtswidrige Inhalte nicht binnen 24 Stunden „entfernt“ oder „gesperrt“ werden könnten (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG-E). Für rechtswidrige Inhalte, bei denen es an einer „Offensichtlichkeit“ der Rechtswidrigkeit fehlt, gilt eine Frist von 7 Tagen (§ 3 Abs. 2 Nr. 3 NetzDG-E).

²¹ BGH NJW 2012, 148, 150 – *Blögeintrag*.

²² BGH GRUR 2011, 152 – *Kinderhochstühle im Internet*.

Die Vorgabe starrer Fristen gem. § 3 Abs. 2 NetzDG-E ist europarechtswidrig, weil es über die europarechtlichen Vorgaben für Hosting-Provider gem. Art. 14 der E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG hinaus geht. Sie führt aber auch zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Kommunikationsgrundrechte gem. Art. 5 GG. In Kombination mit empfindlichen Geldbußen setzen starre und enge Fristen starke Anreize, Inhalte auf bloßen Zuruf im Zweifel und damit in fast allen Fällen zu sperren. Denn die Feststellung der Rechtswidrigkeit ist in der Regel im Hinblick auf die meisten vom Anwendungsbereich umfassten Straftatbestände nicht ohne Zweifel möglich.

aa. Vorab: Zu der grundsätzlichen Schwierigkeit der Feststellung der Rechtswidrigkeit von Inhalten

Der Referentenentwurf unterscheidet zwischen Inhalten, deren Rechtswidrigkeit (i.S.v. § 1 Abs. 3 NetzDG-E) "offensichtlich" ist (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG-E) und solchen, deren Rechtswidrigkeit nicht offensichtlich ist (§ 3 Abs. 2 Nr. 3 NetzDG-E). Für beide Kategorien sind starre Fristen vorgesehen. Dabei verkennt der Referentenentwurf bereits grundsätzlich, dass die Feststellung der Rechtswidrigkeit der im Anwendungsbereich des Gesetzes (§ 1 Abs. 3 NetzDG-E) fallenden Straftatbestände in der Regel weder "offensichtlich" noch im Übrigen für einen Diensteanbieter ohne Weiteres möglich ist. Die Bewertung dieser Tatbestände erfordert meistens Kenntnis bzw. die Ermittlung des zugrunde liegenden Sachverhalts; den Diensteanbietern fehlt es indes oftmals an den erforderlichen Erkenntnismöglichkeiten. Aber auch im Hinblick auf die rechtliche Bewertung zeigt die Praxis, dass ein Großteil der beanstandeten Inhalte weder klar rechtswidrig noch klar rechtmäßig ist, sondern sich in einem "Graubereich" befindet. Sowohl auf tatsächlicher als auch auf rechtlicher Ebene ist die Feststellung der Rechtswidrigkeit in der Regel komplex. Aufgrund der Androhung hoher Bußgelder werden starke Anreize gesetzt, zur Vermeidung einer Haftung beanstandete Inhalte im Zweifel zu sperren oder Sperrmaßnahmen ohne oder mit nicht hinreichender Prüfung vorzunehmen. Folge dessen wären Chilling Effects im Hinblick auf die Meinungs- und Informationsfreiheit.

Die Schwierigkeiten der Feststellung der (offensichtlichen) Rechtswidrigkeit von Inhalten soll im Folgenden exemplarisch an den Tatbeständen der Volksverhetzung (§ 130 StGB), der Beleidigung (185 StGB) sowie der Üblen Nachrede der Verleumdung (§§ 186, 187 StGB) erläutert werden:

- Volksverhetzung (§ 130 Abs. 1 StGB): Auch wenn es Inhalte gibt, die einen eindeutigen volksverhetzenden Inhalt haben, so darf nicht verkannt werden, dass Inhalte, die Diensteanbietern als Hate Speech oder Volksverhetzung gemeldet werden, in der Regel nicht zweifelsfrei unter § 130 StGB zu subsumieren sind, sondern in der Regel eine komplexe Prüfung erfordern.²³ Es gibt zahlreiche Beispiele aus der Rechtsprechung, insbesondere des Bundesverfassungsgerichts, die die Schwierigkeit

²³ Im Hinblick auf den Grundtatbestand aus § 130 Abs. 1 StGB ist etwa regelmäßig schwierig festzustellen, ab wann eine bestimmter Gruppe oder Angehörige einer Gruppe durch eine herabsetzende Äußerung in ihrer Menschenwürde angegriffen werden und diese Äußerung zugleich geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören.

einer zutreffenden Einordnung kritischer Inhalte belegen.²⁴ Mit derartigen Fragestellungen können Diensteanbieter vielfach konfrontiert sein.

- “Holocaustleugnung” (§ 130 Abs. 3 StGB): Nach § 130 Abs. 3 StGB ist strafbewehrt, eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 6 Abs. 1 des Völkerstrafgesetzbuches bezeichneten Art in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, zu billigen, zu leugnen oder zu verharmlosen. Die Gesetzesbegründung nennt als Schutzziel dieser Bestimmung das Allgemeininteresse daran, dass das politische Klima nicht vergiftet wird.²⁵ Im Kern zielt diese Vorschrift auf das Verbreiten der sog. Auschwitzlüge.²⁶ Auch wenn das Vorliegen einer Holocaustleugnung oftmals eindeutig ist und keiner vertieften Prüfung bedarf, bringt die Bewertung einschlägiger Äußerungen in diesem Bereich in vielen Fällen erhebliche Schwierigkeiten mit sich.²⁷ Erfüllt beispielsweise die am 17. Januar 2017 vom Thüringer AfD-Vorsitzenden Björn Höcke gehaltene Rede, in der er unter anderem eine “erinnerungspolitische Wende um 180 Grad” forderte und das Denkmal für die ermordeten Juden Europas in Berlin stark kritisierte,²⁸ bereits den Tatbestand des § 130 Abs. 3 StGB?²⁹ Diese Fragen sind nicht einfach zu beantworten. Es kann weitreichende Folgen für den demokratischen Willensbildungsprozess haben, sollten derartige Inhalte zukünftig aufgrund drohender Bußgelder im Zweifel sofort entfernt werden; erst recht, dies im Rahmen einer kritischen, (gesellschafts-)politischen Diskussion bzw. Debatte erfolgt.

²⁴ Beispiele: 1. Die Äußerung “Soldaten sind Mörder” stufte das Bundesverfassungsgericht als Beleidigung, aber nicht als Volksverhetzung ein, da es an der erforderlichen Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens fehlte (BVerfG NJW 1994, 2943, 2944). 2. Ein Flugblatt unter der Überschrift “Benehmen sich so Gäste?” mit einer Schilderung einer gewalttätigen Auseinandersetzung zwischen einer deutschen und einer türkischen Familie und Fragen wie „Ethnische Säuberung an Deutschen in Deutschland?“ ordneten die Instanzgerichte als Volksverhetzung ein, das Bundesverfassungsgericht hob die angefochtene Entscheidung auf und verwies zurück da die Instanzgerichte hatten die erforderliche Abwägung im Hinblick auf die Meinungsfreiheit nicht vorgenommen hatten (BVerfG NJW 2003, 660). 3. Während die Instanzgerichte ein „Heimatvertriebenenlied“ als Volksverhetzung einstufen, sah das Bundesverfassungsgericht in der Verurteilung einen Verstoß gegen die Meinungsfreiheit (BVerfG NJW 2008, 2907). 4. Wie uneins selbst die Gerichte sind, zeigt auch das Beispiel eines “Schmähgedichts”, das Asylbewerber als Schmarotzer, Betrüger und Straftäter bezeichnete. Dieses stufte das BayObLG als Volksverhetzung ein, das OLG Frankfurt hingegen nicht, mangels Angriffs auf die Menschenwürde (BayObLG NJW 1995, 145; OLG Frankfurt NJW 1995, 143).

²⁵ BT-Drucks. 12/8588, S. 8.

²⁶ BT-Drucks. 12/8588, S. 8.

²⁷ Ab wann etwa ist bei einer relativierenden Äußerung im Hinblick auf die Gräueltaten der Nationalsozialisten von einer “Verharmlosung” im Sinne des § 130 Abs. 1 StGB auszugehen? Ab wann ist diese geeignet, den öffentlichen Frieden zu stören bzw. das “politische Klima” zu “vergiften”?

²⁸ <http://www.tagesspiegel.de/politik/hoেকে-rede-im-wortlaut-gemuetszustand-eines-total-besiegten-volkes/19273518.html>

²⁹ Die Staatsanwaltschaft Dresden hat wegen der Immunität ein Prüfverfahren eingeleitet; <http://www.zeit.de/gesellschaft/2017-01/sachsen-bjoern-hoেকে-afd-jeans-maier-richter-dresden-ermittlungen>. Auf der selben Veranstaltung erklärte zudem Jens Maier, AfD-Bundestagskandidat, u.a. den „Schuldult“ für „endgültig beendet“ und wandte sich gegen die „Herstellung von Mischvölkern“. Auch wegen diesen Äußerungen hat die Staatsanwaltschaft Dresden wegen Verdacht der Volksverhetzung zunächst ein Ermittlungsverfahren eingeleitet (<https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata/reddok/becklink/2005757.htm&pos=1&hlwords=on>).

- Beleidigung (§ 185 StGB): Auch das Vorliegen einer Beleidigung gem. § 185 StGB ist im Großteil der beanstandeten Inhalte nicht “offensichtlich”, sondern erfordert vielmehr regelmäßig eine komplexe Abwägung sowie nicht selten zusätzlich eine genaue Ermittlung des Sachverhalts. In diesem Bereich ist nicht zuletzt das Bundesverfassungsgericht in jahrzehntelanger Rechtsprechung um eine ausdifferenzierte Balance zwischen den Rechten der Betroffenen und der Meinungs-, Informations- und nicht zuletzt Kunstfreiheit bemüht. Hierzu führt Professor Masing, Richter am Bundesverfassungsgericht, aus:

“Wann eine Äußerung als Beleidigung untersagt werden darf und wann sie als Wahrnehmung der Meinugsfreiheit hinzunehmen ist, unterliegt vielfach gestuften Rechtsvermutungen, Deutungsanforderungen und Abwägungsvorbehalten. Ebenfalls unterliegt ausdifferenzierten Regelungen, wann eine Person über eine andere welche Tatsachen behaupten darf, wie hierbei die Frage der Wahrheit der Tatsachenbehauptung zu beurteilen ist und diesbezüglich Darlegungs- und Beweislast zu verteilen sind; hierbei ist etwa auch zwischen der Presse und Privatpersonen zu unterscheiden. Wiederum spezifische Regeln gelten für die Frage, was als “Privatsphäre” der Berichterstattung in welchen Situationen entzogen ist. [...] Das Spannungsverhältnis zwischen Äußernden und Betroffenen ist bisher grundsätzlich zwischen den sich insoweit mit je eigenen Rechten gegenüberstehenden Parteien ausgetragen und entschieden worden.”³⁰

Wie schwierig es ist, strafrechtlich relevante Beleidigungen von zulässigen Meinungsäußerungen abzugrenzen, wird auch durch die jüngste Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts exemplarisch belegt. Dabei zeigt sich zudem, dass die unterschiedlichen Instanzgerichte in diesen Fragen regelmäßig zu konträren Einschätzungen gelangen. So hat das Bundesverfassungsgericht beispielsweise Instanzurteile, mit denen Beschimpfungen einer Staatsanwältin als “dahergelaufen”, “durchgeknallt”, “widerwärtig”, “boshaft”, “dümmlich” und “geisteskrank” als strafrechtliche relevante Beleidigungen eingeordnet wurden, aufgehoben, weil nicht erkennbar war, dass die Aussagen von vornherein außerhalb jedes in einer Sachauseinandersetzung wurzelnden Verwendungskontextes standen.³¹ In einem anderen Fall hat das Bundesverfassungsgericht aufgrund des Kontextes der Äußerung die Titulierung eines Politikers als “Dummschwätzer” als rechtmäßig erachtet.³² Ein aktuelles Beispiel, das die Schwierigkeit belegt, im Rahmen des § 185 StGB die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen mit konfligierenden Grundrechten in Einklang zu bringen,³³ ist das als “Schmähkritik” bezeichnete Gedicht des Satirikers Jan Böhmermann über den türkischen Staatspräsidenten Recep Tayyip Erdoğan. Während das Landgericht Hamburg zumindest bei einem Teil der enthaltenen Äußerungen von

³⁰ Prof. Masing, Stellungnahme zu der Entscheidung des EuGH vom 13. Mai 2014 (C-131/12), abrufbar unter: <http://verfassungsblog.de/ribverfg-masing-vorlaeufige-einschaetzung-der-google-entscheidung-des-eu-gh/>.

³¹ BVerfG NStZ-RR 2016, 308.

³² BVerfG NJW 2009, 749.

³³ Vgl. zu diesem Erfordernis BVerfG NStZ-RR 2016, 308.

einer Persönlichkeitsverletzung ausging,³⁴ hat die Staatsanwaltschaft Mainz das Strafverfahren gegen Jan Böhmermann eingestellt.³⁵ All diese Beispiele verdeutlichen, dass ein Inhalt in aller Regel nicht als solcher rechtswidrig ist, sondern es stets auf die (komplexen) Umstände des jeweiligen Kontextes ankommt, in den sie eingebettet sind.

- Üble Nachrede und Verleumdung (§§ 186, 187 StGB): Besondere Schwierigkeiten stellen sich zudem bei den Tatbeständen der Üblen Nachrede (§ 186 StGB) und der Verleumdung (§ 187 StGB), bei denen es im Kern um die Frage geht, ob eine bestimmte Äußerung wahr oder unwahr ist. Für den Diensteanbieter stellt sich hier vor allem das Problem, dass er keine eigenen Erkenntnismöglichkeiten hat, um diese Frage zu beantworten. Anders als bei einem Gerichtsverfahren ist kein Ermittlungsverfahren vorgeschaltet und es kann keine Beweisaufnahme durchgeführt werden. Der Diensteanbieter kann sich auch nicht allein auf die Angaben des jeweiligen Beschwerdeführers verlassen. In einem großen Teil der Fälle sind Beanstandungen unberechtigt und nicht selten auch missbräuchlich. Es besteht daher die Befürchtung, dass Äußerungen angesichts der vorgesehenen Regelungen aufgrund fehlender, rechtssicherer Erkenntnismöglichkeiten des Diensteanbieters zukünftig auf bloßen Zuruf gesperrt werden würden. Diese Situation öffnet Tür und Tor für Missbrauch und kann unter anderem auch dazu ausgenutzt werden, unliebsame Äußerungen etwas über Politiker oder anderer im Blickpunkt der Öffentlichkeit stehender Personen zu unterdrücken. Dabei geht es nicht nur um Sachverhalte, bei denen eine falsche Tatsachenbehauptung (etwa über ein vermeintliches Politikerzitat in einer Tageszeitung) mit den einem Diensteanbieter zur Verfügung stehenden Erkenntnismöglichkeiten einer Überprüfung zugänglich ist. Man denke etwa auch an Äußerungen zu Plagiatsvorwürfen, behauptetem Drogenkonsum, dem Besitz kinderpornografischer Schriften oder aber auch Banalitäten wie etwa die Behauptung, jemand habe ergraute Haare gefärbt. Eine in der Praxis häufig auftretende Fallkonstellation betrifft etwa Beschwerden von Politikern aus dem rechten Spektrum, die eine Sperrung von Inhalten erreichen wollen, die Aufschluss über ihre politische Einstellung in der Vergangenheit geben könnten (etwa Berichte über die Teilnahme an Aufmärschen rechter Gruppierungen). In all diesen Fällen müssten die Diensteanbieter die beanstandeten Inhalte allein aufgrund der vom Beschwerdeführer behaupteten Unwahrheit eines Inhalts zur Vermeidung der enormen Haftungsrisiken gem. § 4 NetzDG-E sperren bzw. entfernen. Die resultierenden Beeinträchtigungen der Meinungs- und Kommunikationsgrundrechte gem. Art. 5 GG liegen auf der Hand. Es wäre im Übrigen auch ein mit Art. 5 GG nicht zu vereinbarendes Ergebnis, wenn über derartige Inhalte im Rahmen journalistisch-redaktionell gestalteter Angebote berichtet

³⁴ LG Hamburg NJW-RR 2017, 36; das Gericht führt aus, es handele sich bei dem Gedicht zwar grundsätzlich um Satire, d.h. um eine „Kunstform, der Übertreibungen und Verzerrungen wesenseigen“ seien. Die Abwägung zwischen der Kunst- und Meinungsäußerungsfreiheit sowie dem Persönlichkeitsrecht führe jedoch zu dem Ergebnis, dass bestimmte Passagen des Gedichts die Grenze der reinen Schmähung überschritten hätten.

³⁵ Es seien keine „strafbaren Handlungen [...] mit der erforderlichen Sicherheit nachzuweisen“, teilte die Behörde mit. Weiterhin erklärte sie, dass eine Karikatur oder Satire keine Beleidigung sei, sofern „die Überzeichnung menschlicher Schwächen [keine] ernsthafte Herabwürdigung der Person“ enthalte. Die Generalstaatsanwaltschaft Koblenz wies eine Beschwerde von Erdoğan gegen die Einstellung als unbegründet zurück.

werden könnte, sie aber aufgrund aus überzogenen Haftungsrisiken resultierender faktischer Zensur im Rahmen sozialer Netzwerke nicht diskutiert werden könnten.

bb. Prüfpflichten müssen “zumutbar” sein; dies erfordert auch hinreichend konkrete Inkenntnissetzung

§ 3 NetzDG-E stellt Entfernungs- bzw. Sperrpflichten auf, die nicht unter dem Vorbehalt der Zumutbarkeit stehen. Dies verkennt, dass der Diensteanbieter nicht als Verletzer, sondern lediglich als Störer in Anspruch genommen wird. Nach ständiger Rechtsprechung des BGHs darf die Haftung eines als Störer in Anspruch Genommenen nicht über Gebühr auf Dritte erstreckt werden. Die einem als mittelbaren Störer auferlegten Prüf- und Verhaltenspflichten müssen zumutbar sein und insofern dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit Genüge tun.

Aus dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit folgt unter anderem, dass der Diensteanbieter nur aufgrund eines konkreten Hinweises auf eine konkrete Rechtsverletzung zur Entfernung verpflichtet sein kann.³⁶ Dabei hat der Betroffene den angeblichen Rechtsverstoß in einer Weise zu konkretisieren, dass dieser für den Empfänger ohne Weiteres zu erkennen ist. Komplizierte Beurteilungen im Einzelfall oder die Hinzuziehung eines mit der Materie vertrauten Juristen, ist dem Diensteanbieter nach der Rechtsprechung des BGH nicht zuzumuten.³⁷ Aus der Begründung des NetzDG-E folgt, dass innerhalb der starren Fristen externe Expertise eingeholt und dem Verfasser des gemeldeten Inhalts Gelegenheit zur Stellungnahme zu der Beschwerde gegeben werden kann. Hierzu zweierlei: Einerseits wird der Diensteanbieter nach dem Gesetzentwurf zu einer solchen (teuren) Aufklärung nicht verpflichtet. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht besteht somit der Anreiz, beanstandete Inhalte ohne weitere Nachforschungen zu sperren. Andererseits wäre es dem Diensteanbieter aber auch kaum zumutbar, in jedem Fall eine vollständige Sachverhaltsermittlung durchzuführen und externe Expertise einzuholen. Mit einer solchen Pflicht würde letztlich eine Kenntnisverschaffungspflicht statuiert,³⁸ die mit geltendem Europarecht nicht in Einklang zu bringen ist.³⁹ Insofern dürfen an den Inhalt der Beanstandung keine geringen Anforderungen gestellt werden.

cc. Zur 24-Stunden Frist bei “offensichtlich” rechtswidrigen Inhalten (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG-E)

Die Vorgabe einer starren 24-Stunden Fristen ist schon nicht erforderlich, da bereits nach geltendem Recht die Verpflichtung besteht, rechtswidrige Inhalte nach Meldung “unverzüglich”, d.h. ohne schuldhaftes Zögern (vgl. § 121 BGB) zu sperren. Darüber hinaus

³⁶ Siehe zum Erfordernis einer hinreichend konkreten Inkenntnissetzung bereits oben.

³⁷ BGH GRUR 2011, 152 – *Kinderhochstühle im Internet*: Diensteanbieter seien insbesondere nicht verpflichtet, „komplizierte Beurteilungen im Einzelfall durchzuführen, ob ein als rechtsverletzend beanstandetes Angebot ein Schutzrecht tatsächlich verletzt oder sich als wettbewerbswidrig erweist. Dies würde ansonsten die Hinzuziehung eines mit der Materie vertrauten Juristen erfordern, was [...] nicht zuzumuten ist.“

³⁸ Vgl. auch BGH NJW 2012, 148, 150 – *Blogeintrag*.

³⁹ Nach Art. 14 der E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG ist der Anbieter zum Tätigwerden nur verpflichtet, wenn er die tatsächliche, positive menschliche Kenntnis erlangt hat, dass ein konkreter Inhalt auf seiner Plattform rechtswidrig ist. Die Ermittlung des Sachverhalts durch Stellungnahmeverfahren und Einholung von externer Expertise geht über die europarechtlich zulässige Inpflichtnahme eines Hosting-Dienstes hinaus; vgl. zu dem vergleichbaren Problem mit dem sog. Stellungnahmeverfahren des BGHs, AfP 2012, 50: Nolte/Wimmers, GRUR 2014, 16.

widerspricht eine Sperrfrist von 24 Stunden den Vorgaben von Art. 14 der E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG und ist insofern europarechtswidrig. Europarechtlich ist vorgegeben, dass Hosting-Provider, also auch soziale Netzwerke gemäß § 1 NetzDG-E ab Kenntnis von rechtswidrigen Inhalten "unverzüglich" tätig werden müssen, um diese zu sperren. Die Vorgaben starrer und kurzer Fristen stellt entgegen der Begründung des NetzDG-E nicht lediglich eine Konkretisierung der europarechtlichen Vorgaben dar, sondern eine in diesem vollharmonisierten Bereich nicht zulässige Modifizierung. Die Mitgliedstaaten dürfen in diesem Bereich weder weitere noch engere Regelungen vorsehen.⁴⁰ Zugleich wird mit der Vorgabe festgelegter Fristen in die Auslegungsprärogative des EuGH eingegriffen.

Die Vorgabe einer 24-Stunden Frist ist auch nicht sinnvoll. Das Kriterium der "Unverzüglichkeit" wird seit Jahren in der Praxis von den Gerichten sachgerecht und flexibel unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes angewandt. Je offensichtlicher und krasser eine Rechtsverletzung ist, desto weniger Zeit wird den Hosting-Providern gegeben, die Beschwerde zu prüfen. Die Vorgabe starrer Fristen in Kombination mit der Androhung von hohen Bußgeldern für Einzelpersonen und Unternehmen wäre auch verfassungswidrig, insbesondere da eine hinreichende Berücksichtigung der gem. Art. 5 GG gewährleisteten Kommunikationsgrundrechte der die Inhalte einstellenden Nutzer nicht mehr gewährleistet wäre, insbesondere könnte praktisch auch keine Stellungnahme der Beteiligten eingeholt werden.

Das Merkmal der "Offensichtlichkeit" verstößt im Übrigen gegen den Bestimmtheitsgrundsatz gem. Art. 103 Abs. 2 GG, da schon nicht erkennbar ist, wann eine "offensichtliche" Rechtsverletzung vorliegen soll; der Referentenentwurf legt nicht fest, ab wann ein Inhalt "offensichtlich rechtswidrig" sein soll. Dabei verkennt der Referentenentwurf, dass eine solche Differenzierung in der Regel auch gar nicht vorgenommen werden kann. Gerade im Hinblick auf die von § 1 Abs. 3 NetzDG-E erfassten Straftatbestände ist bereits die Feststellung einer Rechtsverletzung in der Regel komplex und regelmäßig mit erheblichen tatsächlichen und rechtlichen Unsicherheiten behaftet. Erst recht gilt dies für die vom Referentenentwurf geforderte Einordnung von Rechtsverletzungen als "offensichtlich".⁴¹

dd. Zur 7-Tagesfrist bei nicht "offensichtlich" rechtswidrigen Inhalten (§ 3 Abs. 2 Nr. 3 NetzDG-E)

Für alle anderen rechtswidrigen Inhalte, also solche, die nicht im Sinne von § 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG-E "offensichtlich" rechtswidrig sind, ist in § 3 Abs. 2 Nr. 3 NetzDG-E eine Frist zur Entfernung bzw. Sperrung von 7 Tagen vorgesehen. Auch diese starre Frist widerspricht den Vorgaben der E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG, ist nicht sachgerecht und führt letztlich zu Chilling Effects im Hinblick auf die Meinungs- und Informationsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 GG. Im Klageverfahren hat der Gesetzgeber eine Einlassungsfrist von mindestens zwei Wochen festgeschrieben (vgl. § 274 ZPO), daran müssten sich etwaige Fristen orientieren.

⁴⁰ So ausdrücklich: BGH NJW 2014, 552 - *Terminhinweis mit Kartenausschnitt* ("...denn die Bestimmung über die Verantwortlichkeit bestimmter Diensteanbieter in den Art. 12-15 der Richtlinie bezwecken eine Vollharmonisierung. Die Mitgliedstaaten dürfen weder weitere noch engere Regelungen im nationalen Recht vorsehen.").

⁴¹ Siehe hierzu bereits oben.

Die 7-Tagesfrist steht zudem nicht in Einklang mit dem von der Rechtsprechung des BGH entwickelten Stellungnahmeverfahren⁴². Dieses ist binnen 7 Tagen nicht einzuhalten. In der Praxis stellt sich das Stellungnahmeverfahren im Übrigen als langwierig, administrativ aufwändig und nicht als zielführend dar. Der BGH ging wohl davon aus, dass sich beide Parteien innerhalb kürzester Zeit gegenüber dem Diensteanbieter positionieren und dieser somit ohne eingehende rechtliche und tatsächliche Überprüfung feststellen kann, ob ein Inhalt wahr oder unwahr und rechtmäßig oder rechtswidrig ist. Dem ist nicht so. Sogar wenn eine Beschwerde so konkret gefasst ist, dass sie nach den Vorgaben des BGH eine Rechtsverletzung auf der Grundlage der Beschwerde unschwer erkennen lässt und der Diensteanbieter diese dem die Inhalte einstellenden Nutzer weiterleiten muss (was meist schon nicht der Fall ist, d.h. es bedarf Rückfragen von Seiten der Diensteanbieter), so muss zunächst mit dem Beschwerdeführer geklärt werden, ob dieser der Weiterleitung seiner Beschwerde zustimmt. Ist dies geklärt (was passiert, wenn der Beschwerdeführer einer Weiterleitung nicht zustimmt?), gibt es nicht selten Fälle, in denen der Inhalteersteller eine andere Sprache als der Beschwerdeführer spricht (wer ist für die Übersetzung der Korrespondenz zuständig?), der Inhalte einstellende Nutzer erst nach der gesetzten Frist reagiert (kann der Inhalt wieder live genommen werden?), der Inhalteersteller zwar innerhalb der Frist reagiert, aber nicht möchte, dass seine Stellungnahme an den Beschwerdeführer weitergeleitet wird (wie kann gegenüber dem Beschwerdeführer die Nicht-Sperrung gerechtfertigt werden?) usw. Festhalten lässt sich in jedem Fall, dass die Einholung einer Stellungnahme innerhalb von sieben Tagen in aller Regel nicht möglich ist. Zu bedenken sind im Rahmen des Stellungnahmeverfahrens auch Fragen des Opferschutzes (z.B. Mitglied einer jüdischen Gemeinde beschwert sich über ein Video, das sich kritisch, aber nicht offensichtlich rechtswidrig über das Judentum äußert).

ee. Zur Verpflichtung, rechtswidrige Inhalte zu “entfernen” (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 und 2 NetzDG-E)

Es bleibt unbestimmt, was unter den Begriffen “Entfernung” und “Sperrung” gem. § 3 Abs. 2 Nr. 1 und 2 NetzDG-E jeweils zu verstehen ist.⁴³ Sofern mit “Entfernung” eine vollständige (weltweite) Entfernung der betreffenden Inhalte gemeint ist, ist darauf hinzuweisen, dass eine solch weitreichende Verpflichtung aufgrund eines nationalen Gesetzes nicht angeordnet werden kann. Denn dies würde u.a. den völkerrechtlichen Grundsatz der Staatensouveränität sowie das Territorialitätsprinzip verletzen. Inhalte, die in Deutschland strafrechtlich relevant sind (z.B. etwa die Verwendung von Kennzeichen bestimmter verfassungswidriger Organisationen, § 86a StGB, aber auch äußerungsrechtliche Inhalte) können in anderen Staaten zulässig sein. Deutsches Recht würde mit einer weltweiten

⁴² Vgl. BGH NJW 2012, 148 - *Blögeintrag*; das vom BGH vorgesehene Verfahren sieht folgende Schritte vor: 1. Der Diensteanbieter muss eine hinreichend substantiierte Beschwerde über eine mutmaßliche Rechtsverletzung an den Inhalteersteller zwecks Einholung einer Stellungnahme weiterleiten, eine unsubstantiierte Beschwerde hingegen nicht. 2. Bleibt eine (substantiierte) Stellungnahme innerhalb einer angemessenen Frist aus, ist von der Berechtigung der Beschwerde auszugehen und der Inhalt zu löschen. 3. Eine substantiierte Stellungnahme hat der Diensteanbieter an den Beschwerdeführer weiterzuleiten und ggf. Nachweise zu verlangen, aus denen sich die behauptete Rechtsverletzung ergibt. 4. Bleibt eine Stellungnahme seitens des Beschwerdeführers aus, ist eine weitere Prüfung nicht veranlasst. 5. Der Diensteanbieter hat auf der Grundlage der ihm vorliegenden Stellungnahmen unter Berücksichtigung aller Interessen die Rechtmäßigkeit des Inhalts zu prüfen; ergibt die Prüfung eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts, ist der Inhalt zu löschen.

⁴³ Zumal im Rahmen der Begründung zusätzlich der weitere Begriff des “Löschens” verwendet wird.

Entfernung letztlich den Maßstab für weltweite Entfernungen von Inhalten. Dass dies nicht richtig sein kann, zeigt sich etwa an dem Beispiel der Mohammed Karikaturen. Während diese Karikaturen nach deutschem Recht aufgrund der Meinungs- und Kunstfreiheit zulässig sind, sind sie in einigen muslimischen Ländern rechtswidrig. Umgekehrt sind etwa Naziembleme in Deutschland in vielen Konstellationen strafbewehrt, nicht aber in anderen Ländern.

ff. Zur Speicherung entfernter Inhalte im Inland zu Beweis Zwecken (§ 3 Abs. 2 Nr. 4 NetzDG-E)

§ 3 Abs. 2 Nr. 4 NetzDG-E sieht vor, dass Diensteanbieter eine Sicherungskopie des entfernten Inhalts anfertigen und diese zu Beweis Zwecken im Inland speichern müssen. In der Begründung heißt es dazu, dass dies in erster Linie der Sicherung der Strafverfolgung gegen den Absender einer Nachricht mit strafbarem Inhalt dient. Diese Vorgabe ist nicht nur datenschutzrechtlich höchst problematisch, sie greift auch in die Niederlassungsfreiheit der Unternehmen ein.

Wird ein Inhalt entfernt und zur Beweissicherung gespeichert, um die Strafverfolgung gegen einen bestimmten oder bestimmbaren Täter sicherzustellen, so ist davon auszugehen, dass diese Sicherungskopie personenbezogene Daten des Täters beinhaltet. Richtet sich der Inhalt gegen eine bestimmte Person als Opfer, so beinhaltet er in der Regel auch personenbezogene Daten des Opfers. Damit stellt die Pflicht zur Sicherung des Inhalts zu Beweis Zwecken in der Praxis eine gesetzliche Pflicht zur Speicherung personenbezogener Daten dar. Soweit erkennbar, wurde dieser Aspekt im Referentenentwurf nicht berücksichtigt. So fehlt es an einer Einordnung dieser Daten als Nutzungs-, Bestands oder Inhaltsdaten. Je nachdem welcher Datenart die Sicherungskopie zuzuordnen ist, gelten für deren zulässige Speicherung nach derzeit noch geltendem deutschen Datenschutzrecht unterschiedliche Regelungen. Soweit es sich dabei z.B. um Nutzungs- oder Bestandsdaten im Sinne des TMG handelt, bedürfte es einer ausdrücklichen Bezugnahme des § 3 Abs. 2 Nr. 4 NetzDG-E auf Telemedien (vgl. § 12 Abs. 1 TMG). Mit Wirksamwerden der Datenschutzgrundverordnung verändert sich der gesetzgeberische Kontext, in dem diese gesetzliche Pflicht zur Speicherung personenbezogener Daten steht, nochmals erheblich, ohne dass in der Begründung des Referentenentwurfs darauf eingegangen wird.

Für die Speicherungen dieser personenbezogenen Daten bestimmt der NetzDG-E eine Speicherdauer von 10 Wochen. Ob die Daten jemals benötigt werden, ist nicht sicher. Ermittelt beispielsweise die Staatsanwaltschaft und wendet sich an den Diensteanbieter, so könnte die Rechtswidrigkeit eines bereits gesperrten Inhalts gegeben sein. Was ist aber in Fällen, in denen der Staatsanwalt das Ermittlungsverfahren einstellt? Das Risiko, dass es sich hierbei um einen rechtmäßigen Inhalt handelt, der vom Anbieter fälschlicherweise gesperrt wurde, ist groß. Demnach würden personenbezogene Daten des vermeintlich Betroffenen und evtl. auch des Autors des rechtmäßigen Inhalts bis zu 10 Wochen gespeichert werden, ohne dass sie angefragt würden. Hierbei handelt es sich um eine Vorratsdatenspeicherung durch die Hintertür. Insofern kann auf die Bedenken des EuGH zur Vorratsdatenspeicherungs-RiLi verwiesen werden.⁴⁴ Danach ist eine Beschränkung der

⁴⁴ EuGH NJW 2014, 2169 - *Ungültigkeit der EU-Richtlinie über Vorratsdatenspeicherung*.

Speicherung personenbezogener Daten auf das Notwendigste vorzunehmen. Die Vorratsdatenspeicherung ist in Deutschland lediglich für 7 Tage erlaubt.

Neben der Speicherung personenbezogener Daten auf Vorrat ist zudem das im NetzDG-E bestimmte Merkmal "im Inland" kritisch zu durchleuchten. Derzeit betreibt die Google Inc. als Anbieterin der deutschen Google Dienste für Endnutzer keine Rechenzentren in Deutschland, um personenbezogene Daten ihrer Nutzer im Rahmen der Dienstleistung zu verarbeiten.⁴⁵ Eine Speicherung der Inhalte im Inland würde bedeuten, dass Google gezwungen wäre, eine völlig neue, bisher nicht vorhandene technische Infrastruktur in Deutschland aufzubauen und Personal für den Betrieb dieser Infrastruktur einzustellen; beides wäre mit erheblichen Kosten verbunden.

Sollte es das Ziel des NetzDG-E sein, den Weg der Rechtshilfe für Inhalts- und Kommunikationsdaten durch die Speicherung dieser Daten im Inland zu umgehen, um so eine effektivere Rechtsdurchsetzung zu gewähren, so sei darauf verwiesen, dass die Google Inc. als US-amerikanischer Diensteanbieter an amerikanisches Recht gebunden ist. Unabhängig vom Standort der Daten findet US-amerikanisches Recht auf die Auskunftsprozesse der Google Inc. Anwendung, so dass eine Beauskunftung von in Deutschland gespeicherten Inhalts- bzw. Kommunikationsdaten ebenfalls im Wege der Rechtshilfe im Rahmen der völkerrechtlichen Übereinkommen erfolgen müsse.

gg. Zur Transparenzverpflichtung gegenüber Beschwerdeführer und einstellendem Nutzer (§ 3 Abs. 2 Nr. 5 NetzDG-E)

Der Referentenentwurf sieht vor, dass sowohl der Beschwerdeführer als auch der Nutzer über jede Entscheidung unverzüglich informiert und die Entscheidung ihnen gegenüber begründet wird (§ 3 Abs. 2 Nr. 5 NetzDG-E).

Transparenz gegenüber den Beschwerdeführern und den einstellenden Nutzern⁴⁶ soll der Diensteanbieter ferner nicht nur bei begründeten Beschwerden, sondern bei jeder Entscheidung, also auch bei unbegründeten Beschwerden, garantieren. Der NetzDG-E greift damit drastisch in den Ablauf des Beschwerdebearbeitungsprozesses der Diensteanbieter ein; ihnen wird auferlegt, ihre Entscheidung bei jeder noch so abstrusen Beschwerde ausführlich gegenüber Beschwerdeführer und Inhalteersteller darzulegen und zu begründen.

⁴⁷ Selbst wenn hinreichend klare Beschwerden vorliegen und eine Entscheidung durch den Diensteanbieter getroffen wurde, so stellt sich die Frage, ob juristische Laien die rechtlich

⁴⁵ <https://www.google.com/about/datacenters/inside/locations/index.html?hl=de>

⁴⁶ Nicht klar ist, wer "Nutzer" sein soll. In der Begründung des NetzDG-E, S. 25, heißt es dazu: "Die Begründung stellt sicher, dass ein Nutzer, der gegen die Entfernung oder Sperrung eines für ihn gespeicherten Inhalts vorgehen will, die geeigneten rechtlichen Schritte zur Wahrung seines Rechts auf Meinungsfreiheit zeitnah einleiten kann." Es muss also davon ausgegangen werden, dass es sich bei dem Begriff "Nutzer" um die Autoren von beanstandeten Inhalten handelt.

⁴⁷ Zu bedenken ist, dass Beschwerden von Privatpersonen oft unsubstantiiert sind. Hinweise wie "über islam schlecht reden!!!" oder "er verwendet das N-wort Ich fühle mich verletzt und beleidigt." (Rechtschreibfehler übernommen) machen es dem Diensteanbieter unmöglich, überhaupt in eine juristische Prüfung einzusteigen - vor allem auch mit Blick auf mehrstündige Videos oder umfangreiche Blogs und Profile. Bittet der Diensteanbieter dann den Beschwerdeführer um Substantiierung, ist es nicht selten der Fall, dass er entweder keine Rückmeldung erhält oder die Mitarbeiter des Diensteanbieters gar beschimpft und verunglimpft werden.

begründete Entscheidung des Diensteanbieters verstehen. Auch ist unklar, wie der Diensteanbieter vorgehen soll, wenn eine Partei mit der Entscheidung des Diensteanbieters nicht zufrieden ist und Widerspruch einlegt. Unklar ist zudem, wie sich die Transparenzverpflichtung zur Verpflichtung der (automatisierten) Sperrung sämtlicher Kopien entfernter Inhalte verhält?

hh. Verpflichtung zur Filterung von “Kopien” (§ 3 Abs. 2 Nr. 6 NetzDG-E)

Eine der bedenklichsten Bestimmungen des Referentenentwurfs findet sich in § 3 Abs. 2 Nr. 6 NetzDG-E. Nach dieser Bestimmung muss der Diensteanbieter nicht nur die konkret beanstandeten Inhalte, sondern zugleich sämtliche auf der Plattform befindlichen “Kopien” unverzüglich entfernen bzw. sperren. (Hintergrund dieser Regelung war offenbar das “Merkel-Selfie” im Facebook Verfahren vor dem Landgericht Würzburg.) § 3 Abs. 2 Nr. 7 des ursprünglichen Referentenentwurfs sah zudem die Verpflichtung vor, wirksame Maßnahmen gegen die erneute Speicherung des rechtswidrigen Inhalts zu treffen.

Nach geltendem Recht sind Diensteanbieter verpflichtet, konkret beanstandete rechtswidrige Inhalte zu entfernen bzw. zu sperren. Nach der Rechtsprechung bezieht sich diese Pflicht nur auf den konkret beanstandeten Inhalt, also einen bestimmten Post, ein bestimmtes Bild oder ein bestimmtes Video, jeweils unter einer spezifischen URL.⁴⁸ Nach § 3 Abs. 2 Nr. 6 NetzDG-E sollen die Diensteanbieter nunmehr verpflichtet werden, darüber hinaus auch “sämtliche Kopien” des jeweiligen Inhalts zu entfernen. Diese Bestimmung ist bereits unbestimmt, da schon nicht klar ist, was mit “Kopie” gemeint ist. Bezieht sich dies auf den Inhalt als solches oder auf die konkrete Datei? Wie verhält sich dies im Hinblick auf Äußerungen? Wann ist beispielsweise eine wortidentische Äußerung als “Kopie” im Sinne von § 3 Abs. 2 Nr. 6 NetzDG-E einzustufen? Soll bzw. kann der Kontext einer Äußerung keine Rolle spielen? Es erstaunt, dass sich zu diesen weitreichenden Fragen in der Begründung keinerlei Ausführungen finden, zumal gerade in dem Verfahren vor dem LG Würzburg deutlich wurde, dass es beim “Merkel-Selfie” sehr wohl auf den Kontext ankommt.

Schon angesichts der Fülle eingestellter Inhalte ließe sich diese Verpflichtung nur mittels Einsatzes automatisierter Filter bewerkstelligen. Zur Erfüllung dieser Pflicht müssten letztlich mächtige Zensurmaschinen eingesetzt werden, die auf Knopfdruck eine sehr große Anzahl von Inhalten (Äußerungen, Bilder, Videos, ggf. gar einzelne Wörter) großflächig, vollständig automatisiert und absolut (“blind”) entfernen würden und gleichzeitig - dies war jedenfalls im Referentenentwurf vorgesehen - ohne zeitliche Beschränkung für die Zukunft einen erneuten Upload verhindern. Die bereits dargestellten Beeinträchtigungen der Kommunikationsfreiheiten, die daraus resultieren, dass die Diensteanbieter durch den Referentenentwurf gezwungen würden, beanstandete Inhalte auf bloßen Zuruf zu sperren und somit zwangsläufig auch rechtmäßige Inhalte zu erfassen, würden durch diese Regelung noch potenziert. Nach unserer Kenntnis ist eine derartig weitreichende gesetzliche Verpflichtung zur Filterung von Inhalten weltweit einmalig.

⁴⁸ Andernfalls wäre eine Identifizierung des beanstandeten Inhalts unschwer, also ohne weitere tatsächliche Prüfung nach den Vorgaben des BGHs nicht möglich; die Angabe einer URL ist zudem erforderlich, da eine Beurteilung unter Berücksichtigung aller (Begleit-)Umstände, d.h. auch des Gesamtkontextes und der Eigengesetzlichkeit des jeweiligen Mediums zu erfolgen hat (vgl. nur BGH GRUR 2013, 312, 316 – *IM „Christoph“*).

Der Referentenentwurf verkennt, was derartige Systeme zu leisten vermögen: Eine Filtertechnologie kann Inhalte identifizieren, die mit einem anderen Inhalt (teilweise) übereinstimmen; sie kann dagegen nicht beurteilen, ob der aufgefundene Inhalt rechtswidrig ist. Dabei kommt es bei der rechtlichen Beurteilung stets auf die genauen Umstände an, in denen der Inhalt eingebettet ist. Beispielsweise muss eine konkret beanstandete Äußerung, aber auch jedes Bild oder Video stets in dem jeweiligen Kontext und unter Abwägung aller betroffenen Interessen beurteilt werden.⁴⁹ Allein anhand des jeweiligen Kontextes lässt sich beurteilen, ob eine Kopie an anderer Stelle gleichermaßen rechtswidrig ist oder etwa aufgrund des konkreten Kontextes zulässige Kritik, Polemik, Satire, Kunst, eine gesellschaftsrechtliche Auseinandersetzung oder ähnliches vorliegt. Ob eine bestimmte Äußerung als Schmähkritik rechtswidrig oder als Meinungsäußerung zulässig ist, hängt ebenfalls entscheidend von dem Kontext ab, in dem sie getätigt wird. "Dummschwätzer" kann in einem Fall beleidigend sein, in einem anderen - etwa im Rahmen eines Schlagabtausches⁵⁰ - zulässig. Technischen, automatisierten Filtern wären solche von der höchstrichterlichen Rechtsprechung geforderten Einzelfallabwägungen des konkreten Kontextes nicht möglich, da sie als Maschinen weder eine semantische Analyse von Äußerungen noch eine Abwägung aller betroffenen Interessen unter Berücksichtigung ihres Kontextes vornehmen können. Ähnliches gilt für die sonstigen in § 1 Abs. 3 NetzDG-E genannten Straftatbestände, z.B. kommt es im Rahmen des § 130 StGB (Volksverhetzung) entscheidend darauf an, ob der Inhalt geeignet ist, "den öffentlichen Frieden zu stören", was wiederum ohne den Kontext des jeweiligen Inhalts nicht beurteilt werden kann.

Die Regelung aus § 3 Abs. 2 Nr. 6 NetzDG-E verstößt zudem gegen europäisches Recht, insbesondere gegen Art. 14 und Art. 15 der E-Commerce Richtlinie 2000/31/EG. Die geregelten Verpflichtungen der Entfernung bzw. Sperrung von Kopien der rechtswidrigen Inhalte gem. Nr. 6 bzw. - wie in dem ursprünglichen Referentenentwurf vorgesehen - auch der Verhinderung der erneuten Speicherung sind von Art. 14 E-Commerce Richtlinie 2000/31/EG, der allein ein Notice-and-Takedown-Verfahren in Bezug auf den konkret gemeldeten Inhalt vorsieht, nicht umfasst und stellen ferner eine nach Art. 15 Abs. 1 E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG unzulässige allgemeine Überwachungspflicht dar. Anders als im Bereich des Schutzes Geistigen Eigentums (Art. 8 Abs. 3 Richtlinie 2001/29 bzw. Art. 11 S. 3 Richtlinie 2004/48) ist für den hier geregelten Bereich keine Rechtsgrundlage im Europäischen Recht für die Anordnung weitergehender Maßnahmen vorgesehen. Die von § 3 Abs. 2 Nr. 6 NetzDG-E vorausgesetzten Filtersysteme müssten zudem sämtliche bereits in den sozialen Netzwerken gespeicherten Informationen analysieren und somit jeden einzelnen Inhalt kontrollieren, der in dem entsprechenden sozialen Netzwerk gespeichert ist. Damit erstreckt sich diese Filterverpflichtung nicht nur auf die identischen Kopien sondern würde alle eingestellten Inhalte erfassen; sie stellt mithin eine unzulässige (Art. 15 E-Commerce Richtlinie 2000/31/EG) generelle Überwachungspflicht dar. Entsprechend hat auch der EuGH den Einsatz derartiger Filtermaßnahmen im Hinblick auf die Grundrechte der betroffenen Nutzern abgelehnt.⁵¹

⁴⁹ Vgl. nur BGH GRUR 2013, 312 Rn. 32 – *IM Christoph*; BGH NJW 2012, 148, 150 – *Blögeintrag*; vgl. zu Bildnisveröffentlichungen auch BGH GRUR 2009, 1091 – *Casiraghi mit Fliege*.

⁵⁰ Zum Recht auf Gegenschlag nur BVerfG Beschl. v. 31.1.2001, 1 BvR 1161/96, BeckRS 2001 30158943; GRUR-RR 2016, 45299.

⁵¹ EuGH GRURInt. 2012, 153, 157 Rn. 41 – *Scarlet/SABAM*; EuGH GRUR 2012, 382, 383f. Rn. 39 – *SABAM/Netlog*.

c. Dokumentationspflicht (§ 3 Abs. 3 NetzDG-E)

Nach § 3 Abs. 3 NetzDG-E sind jede Beschwerde und die zu ihrer Abhilfe getroffenen Maßnahmen im Inland zu dokumentieren. Von dieser zeitlich unbeschränkten Dokumentationspflicht werden zwingend auch personenbezogene Daten erfasst sein. Der Referentenentwurf wird der Rechtsprechung insbesondere des Bundesverfassungsgerichts⁵² und des EuGH zur Vorratsdatenspeicherung⁵³ nicht gerecht, zumindest für Inhalte, die nicht klar rechtswidrig sind; § 3 Abs. 3 NetzDG-E sieht weder eine Begrenzung auf die Speicherdauer noch eine Konkretisierung der zu speichernden Daten vor. Es wird an dieser Stelle auch verwiesen auf die vorstehenden Ausführungen zu § 3 Abs. 2 Nr. 4 NetzDG-E.

4. Bußgeldvorschriften (§ 4 NetzDG-E)

a. Normadressaten

Nach § 4 Abs. 1 NetzDG-E handelt ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder fahrlässig eine der in § 2, § 3 bzw. § 5 NetzDG-E geregelten Pflichten nicht erfüllt. Im Umkehrschluss zu § 4 Abs. 2 Satz 2 NetzDG-E mit Verweis auf § 30 Abs. 2 Satz 3 OWiG sind die Täter und Teilnehmer natürliche Personen. Welche konkreten Personen Normadressaten sind, ist unklar, zumal die Pflichten gem. § 3 NetzDG-E die Anbieter von sozialen Netzwerken, nicht die natürlichen Personen treffen. Nach der Begründung sollen von § 4 Abs. 1 NetzDG-E gesetzliche oder gewillkürte Vertreter des Unternehmens, also auch (eigen-)verantwortliche Leiter der Beschwerdestellen erfasst sein, nicht aber Mitarbeiter ohne eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung. Da aber letztlich jeder Mitarbeiter in eigener Verantwortung einzelne Entscheidungen über zu prüfende Beschwerden, ggf. hinsichtlich eines bestimmten sozialen Netzwerks treffen muss, nicht aber jede Entscheidung von dem Leiter einer Beschwerdestelle überprüft werden kann, steht ihnen auch ein eigener Aufgabenbereich zu. Das gilt insbesondere, da nach der Begründung des NetzDG-E bereits ein einmaliger Verstoß gegen die in § 3 NetzDG-E geregelten Sperrpflichten ausreichen kann. Der Referentenentwurf wird den rechtsstaatlichen Anforderungen an die Normenklarheit und Bestimmtheit gem. Art. 103 Abs. 2 GG nicht gerecht.

b. Bußgeldhöhe

Die Bußgeldbewehrung der einzelnen Verstöße für natürliche Personen in Höhe von bis zu EUR 5 Millionen gem. § 4 Abs. 2 NetzDG-E bzw. EUR 50 Millionen für Unternehmen gem. § 4 Abs. 2 Satz 2 NetzDG-E i.V.m. § 30 OWiG ist unverhältnismäßig hoch und führt zu Chilling Effects und der unzureichenden Gewichtung der Interessen aller Beteiligten und stellt damit einen Eingriff in die grundgesetzlich durch Art. 5 GG geschützten Kommunikationsfreiheiten dar. Die Regelung umfassender Pflichten zur Prüfung und Sperrung bzw. Entfernung bei Einhaltung starrer und unverhältnismäßig kurzer Fristen in Kombination mit signifikanten persönlichen Konsequenzen (auch bei Fahrlässigkeit), den unverhältnismäßig hohen Bußgeldern setzt starke persönliche Anreize, auf bloßen Zuruf ohne konkrete Prüfung Inhalte zu sperren, um persönliche Risiken und Unternehmensrisiken zu vermeiden.

⁵² BVerfG, NJW 1984, 419 - *Volkszählungsurteil*.

⁵³ EuGH, NJW 2014, 2169.

c. Verfahren und gerichtliche Entscheidung (§ 4 Abs. 5 NetzDG-E)

§ 4 Abs. 5 NetzDG-E sieht vor, dass das Bundesamt der Justiz als zuständige Verwaltungsbehörde gem. § 4 Abs. 4 NetzDG-E vorab eine gerichtliche Entscheidung über die Rechtswidrigkeit herbeizuführen hat, wenn es eine Entscheidung in einem Verfahren nach § 5 NetzDG-E darauf stützen will, dass ein nicht gesperrter bzw. entfernter Inhalt rechtswidrig im Sinne des § 1 Abs. 3 NetzDG-E ist. Zuständig für die gerichtliche Entscheidung soll laut der Begründung unter Verweis auf § 68 OWiG das Amtsgericht Bonn sein. Die gerichtliche Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung ergehen, ist nicht anfechtbar und für das Bundesamt der Justiz bindend. Diese Regelung stellt einen gravierenden Eingriff in die grundgesetzlich gewährleisteten Verfahrensgrundrechte dar; insbesondere verletzt dies den Grundsatz der Mündlichkeit, der Öffentlichkeit, den Anspruch auf rechtliches Gehör und den Anspruch auf einen gesetzlichen Richter. Im Einzelnen:

- Es stellt einen Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG dar, dass das vorab durchzuführende Gerichtsverfahren einseitig ohne zwingende oder mögliche Beteiligung des sozialen Netzwerks und der Inhalte einstellenden Nutzer ausgestaltet ist, ebenso dass die Vorabentscheidungen ohne mündliche Verhandlung ergehen können und nicht anfechtbar sind. Entgegen der Begründung ist die angemessene Beteiligung der sozialen Netzwerke auch nicht ausreichend dadurch gewährleistet, dass dem Antrag auf richterliche Überprüfung eine Stellungnahme der sozialen Netzwerke beizufügen ist; so entsteht vielmehr die Gefahr von Entscheidungen auf der Grundlage einseitigen Sachvortrags und nicht hinreichender Tatsachengrundlage.
- Verfassungsrechtlich zweifelhaft ist, dass den sozialen Netzwerken selbst keine Möglichkeit eingeräumt wird, ihrerseits eine Vorabentscheidung über die Rechtmäßigkeit eines Inhalts herbeizuführen. Vielmehr müssen sie die Prüfung der Rechtmäßigkeit von beanstandeten Inhalten unter Bußgeldandrohung stets unter Einhaltung unverhältnismäßig kurzer und starrer Fristen selbst vornehmen und sind vor allem in Zweifelsfällen einem ganz erheblichen Risiko ausgesetzt. Dabei sind gerade äußerungsrechtliche Fälle in der Regel nicht eindeutig; durch die Instanzen hinweg werden äußerungsrechtliche Fälle bis zum Bundesverfassungsgericht hin unterschiedlich beurteilt. Dadurch werden soziale Netzwerke, die an dem zugrundeliegenden Sachverhalt nicht beteiligt sind, faktisch in die Rolle eines ungesetzlichen Richters gedrängt, wobei die zu treffenden Entscheidungen bußgeldbewehrt sind. Nicht nur, dass soziale Netzwerke die Rolle eines Richters schon nicht einnehmen dürfen (vgl. Art. 101 Abs. 1 GG), sie sind allein schon aufgrund der hohen Bußgeldbewehrung und des damit einhergehenden unkalkulierbaren Risikos nicht unabhängig wie Richter, die gerade aufgrund ihrer Stellung vor jeglicher unangemessener Einflussnahme in Form von Sanktionen geschützt werden. Die grundrechtlich geschützten Interessen der Inhalte einstellenden Nutzer werden so nicht hinreichend berücksichtigt; ihr Anspruch auf einen gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG), der über die Zulässigkeit der Inhalte entscheidet, wird vereitelt.
- Das Verfahren sieht lediglich eine Prüfung über die Rechtswidrigkeit ohne Durchführung einer Beweisaufnahme auf dem einseitigen Sachenvortrag des Bundesamtes für Justiz vor; dieses Verfahren ist zur Rechtsfindung unter Beachtung

verfassungsgemäßer Grundsätze nicht geeignet. Zum einen verstößt es gegen den Mündlichkeitsgrundsatz als Prozessmaxime deutscher Gerichtsverfahren. Anders als einstweilige Verfügungen im Zivilprozessrecht oder Strafbefehle im Strafrecht soll die Vorabentscheidung nicht justiziabel sein, so dass auch keine Folgemöglichkeit einer mündlichen Verhandlung über die Frage der Rechtswidrigkeit von Inhalten besteht. Dies wird auch nicht durch einen etwaigen Folgeprozess in einem Bußgeldverfahren ausgeglichen, da es in diesem Verfahren um die Ahndung einer Ordnungswidrigkeit, nicht um die bloße "neutrale" Frage der Rechtswidrigkeit von Inhalten geht. Zum anderen kommt es gerade bei äußerungsrechtlichen Delikten gem. § 185 bis § 187 StGB maßgeblich auf die Feststellungen auf tatsächlicher Ebene an, da Voraussetzung dieser Delikte die Unwahrheit der angegriffenen Delikte ist. Das vorgesehene einseitige Verfahren ohne Beweisaufnahme wird in der Praxis dazu führen, dass das entscheidende Gericht den Vortrag des Bundesamtes für Justiz als wahr unterstellen wird; auch hierdurch wird der Anspruch auf einen gesetzlichen Richter gem. Art. 101 Abs. 1 GG und der Grundsatz der Mündlichkeit verletzt; es verstößt aber auch gegen den Amtsermittlungsgrundsatz gem. § 244 Abs. 2 StPO, § 46 Abs. 1 OWiG.

- Durch die nicht anfechtbare, auf einer rein rechtlichen Prüfung und einseitigem Tatsachenvortrag beruhende Vorabentscheidung des Amtsgerichts Bonn besteht die Gefahr von Präjudiz in dem nachfolgenden Bußgeldverfahren, das wiederum vor dem Amtsgericht Bonn zu führen ist und in dem die sozialen Netzwerke bereits mit einem Bußgeld belegt wurden und nun gegen das Bußgeld sowie die im Vorabverfahren unanfechtbare Gerichtsentscheidung anfechten müssen. Da die Erfolgchancen in einem Bußgeldverfahren aufgrund der gleichbleibenden Entscheidungskompetenz des Amtsgerichts Bonn gering sind, kann davon ausgegangen werden, dass soziale Netzwerke und die natürlichen belangten Personen Bußgeldbescheide regelmäßig einfach akzeptieren. Es ist zu vermuten, dass die Begründung des Referentenentwurfs auch deshalb von nur etwa 200 Gerichtsverfahren nach dem Ordnungswidrigkeitengesetz und 100 Vorabentscheidungsverfahren ausgeht. Durch diese Konstruktion eines Vorabgerichtsverfahrens mit gleichbleibender gerichtlicher Zuständigkeit besteht die Gefahr, dass die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Inhalte unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfindet (Verstoß gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz) und somit eine öffentliche Kommunikation und Auseinandersetzung über die Rechtmäßigkeit von konkreten Inhalten, den Umgang der sozialen Netzwerke, des Bundesamtes der Justiz und des Amtsgerichts Bonn mit diesen Inhalten unterbunden wird.
- Zuständig für das Vorabgerichtsverfahren soll das Amtsgericht Bonn sein, das durch Einzelrichter ohne zugewiesene Kompetenz im Äußerungs- und Persönlichkeitsrecht entscheidet. Presserechtliche Streitigkeiten im Zivilrecht werden hingegen maßgeblich vor Gerichten ausgetragen, die spezielle Kammern für derartige Streitigkeiten vorsehen (z.B.: die Pressekammern in Hamburg, Berlin und Köln). Diese Kammern entscheiden ganz überwiegend in einer Besetzung von drei Richtern. Grund für diese Kompetenzverteilung ist der besondere Schwierigkeitsgrad von äußerungsrechtlichen Streitigkeiten; regelmäßig erfolgen umfangreiche Beweisaufnahmen, Urteile der Instanzgerichte werden in den nachfolgenden Instanzen regelmäßig aufgehoben, insbesondere auch durch das

Bundesverfassungsgericht. Dem wird die Zuständigkeit eines Amtsgerichts mit Einzelrichterbesetzung nicht gerecht.

- Verfassungsrechtlich äußerst zweifelhaft ist darüber hinaus, dass offenbar dem Bundesamt für Justiz (und somit dem Ministerium für die Justiz und den Verbraucherschutz) die Entscheidung zusteht, welche Sachverhalte dem Amtsgericht Bonn überhaupt vorgelegt werden. Systemisch bestünde die erhebliche und sachwidrige Gefahr, gerade in Zeiten des Populismus, dass bestimmte für problematisch erachtete Sachverhalte verfolgt, andere hingegen nicht verfolgt werden und sich je nach politischer Besetzung des Ministeriums die Einschätzungsprärogative ändert, also die Gefahr von politisch motivierter Einflussnahme. Das gilt insbesondere auch deshalb, weil die Begründung des Referentenentwurfs vorsieht (S. 4), dass die Vorabentscheidung des Gerichts nur in Zweifelsfällen eingeholt werden soll. Wenngleich sich diese Erwägung nicht in § 4 Abs. 5 NetzDG-E und der Begründungen im Einzelnen spiegeln, zeigt dies doch die dargelegte Gefahr.

5. Inländischer Zustellungsbevollmächtigter (§ 5 NetzDG-E)

§ 5 NetzDG-E sieht vor, dass soziale Netzwerke im Sinne des NetzDG-E für Zustellungen in Bußgeldverfahren gegenüber dem Bundesamt der Justiz, der Staatsanwaltschaft und den zuständigen Gerichten, sowie in zivilgerichtlichen Verfahren gegenüber den zuständigen Gerichten *“unverzüglich”* einen inländischen Zustellungsbevollmächtigten zu benennen haben. § 5 S. 1 NetzDG-E lässt unklar, ob die Nennung erst in bereits laufenden Verfahren erfolgen muss, die Diensteanbieter also in einem ersten Schritt zunächst an ihrem Sitz zu kontaktieren sind. Da es bei den in § 3 NetzDG-E geregelten Pflichten in dieser Konstellation um Verantwortlichkeiten eines Diensteanbieters im Ausland geht, ist sicherzustellen, dass dieser jedenfalls Kenntnis über den fraglichen Sachverhalt und Vorwurf erhalten muss. Sofern mit dem NetzDG-E bezweckt ist, dass eine zustellungsbevollmächtigte Person bereits im Vorfeld konkreter Verfahren benannt werden muss, stellen sich völkerrechtliche Probleme. Für förmliche Zustellungen ins Ausland in zivilrechtlichen Verfahren gem. §§ 183, 184 ZPO ist völkerrechtlich gem. Art. 5 Abs. 3 HZÜ vorgesehen, dass die verfahrenseinleitenden Schriftstücke im förmlichen Verfahren in die Amtssprache des ersuchten Staates zu übersetzen sind, um der beteiligten Partei rechtliches Gehör zu gewähren und sicherzustellen, dass sie die erforderlichen Informationen als Grundlage für ein weiteres Vorgehen versteht. Im Verwaltungsverfahren richtet sich die Auslandszustellung nach § 9 VwZG, der sich an die §§ 183, 184 ZPO anlehnt. Nach Nr. 121 Abs. 4 lit. b RiVaSt⁵⁴ ist in Bußgeldverfahren eine Zustellung ohne Einschaltung der Behörden des Staates, in dem sie bewirkt werden soll, z.B. auf dem Postwege, nur aufgrund einer Erlaubnis durch eine völkerrechtliche Vereinbarung zulässig. Fehlt es an einer solchen vertraglichen Erlaubnis, muss die Zustellung nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 VwZG versucht werden. Wenn diese scheitert, muss die Zustellung unterbleiben. Die vorgesehene Regelung in § 5 NetzDG-E hebt diese teils völkerrechtlichen Vorgaben aus und ist mit ihnen nicht vereinbar.

⁵⁴ Richtlinien für den Verkehr mit dem Ausland in strafrechtlichen Angelegenheiten vom 5. Dezember 2012, die auch in Bußgeldverfahren gelten.

6. Auskunftsanspruch - Änderung von § 14 Abs. 2 TMG (Artikel 2 NetzDG-E)

Äußerst überraschend enthält der NetzDG-E jetzt auch eine Ergänzung des § 14 Abs. 2 TMG. Danach wären Anbieter von Telemedien in Zukunft auch befugt, Auskünfte über Bestandsdaten zu erteilen, wenn es zur Durchsetzung "absolut geschützter Rechte" erforderlich ist. Dies umfasst neben den Immaterialgüterrechten und dem Persönlichkeitsrecht auch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Zudem betrifft § 14 TMG sämtliche Anbieter von Telemedien, nicht nur soziale Netzwerke. Die erweiterte Auskunftsbefugnis geht damit weit über den Anwendungsbereich des NetzDG-E gem. § 1 hinaus, was zu einer erheblichen Einschränkung der Anonymität im Netz führt, die von der Begründung des NetzDG-E, nämlich dem Schutz vor Hasskriminalität und anderen strafbaren Inhalten in sozialen Netzwerken, nicht mehr getragen wird.

So heißt es in der Begründung, eine Datenverarbeitung durch nicht-öffentliche Stellen soll dann zulässig sein, wenn "*sie zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung rechtlicher Ansprüche erforderlich ist*".⁵⁵ Diese exzessive Ausweitung der Norm auf eine nahezu unbeschränkte Auskunftsbefugnis führt dazu, dass Autoren immer befürchten müssten, dass sie bei ihren anonym oder unter Pseudonym veröffentlichten Äußerungen zukünftig nicht mehr anonym bleiben. Es bestehen erhebliche Zweifel daran, dass eine solche Regelung, die darauf abzielt, dass Äußerungen in sämtlichen Telemedien einem bestimmten Individuum zugeordnet werden können, mit Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG vereinbar ist. Die Befugnis für Diensteanbieter, denjenigen namentlich zu benennen, der eine bestimmte Meinung anonym oder pseudonym geäußert hat, würde die Gefahr begründen, dass sich der Einzelne aus Furcht vor Repressalien oder sonstigen negativen Auswirkungen dahingehend entscheidet, seine Meinung nicht zu äußern.⁵⁶ Dieser Gefahr der Selbstzensur soll das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung jedoch gerade entgegenwirken.

Ein solche Erweiterung der Auskunftsbefugnis ist zudem nicht nur exzessiv, sondern auch überflüssig. Bereits seit Jahren gibt es gut funktionierende und effektive Auskunftsverfahren. So erlaubt die aktuelle Fassung des § 14 Abs. 2 TMG den Diensteanbietern, Bestandsdaten an die ermittelnden Strafverfolgungsbehörden auszuhändigen. Sofern also ein Inhalt vorliegt, für den ein Anfangsverdacht auf Strafbarkeit nach den in § 1 Abs. 3 NetzDG-E besteht, liegt also schon nach derzeitiger Rechtslage keine Gesetzeslücke vor, die eine Rechtsverfolgung vereiteln würde. Belässt man es bei einer Beauskunftung an Strafverfolgungsbehörden, ist zudem die Einhaltung formaler und gesetzlicher Vorgaben von Seiten der Auskunft ersuchenden Behörde (wie z.B. Benennung der einschlägigen Ermächtigungsgrundlage, Benennung der gewünschten Daten, Benennung der jeweiligen Google Kennung, Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, etc.) gewährleistet.

Bei einer Beauskunftung wegen Verletzung sonstiger absoluter Rechte wäre dies nicht der Fall, da die Bestandsdaten dabei oft in die Hände privater Dritter gelangen werden. Laut Begründung des NetzDG-E soll die geplante Änderung des § 14 Abs. 2 TMG ermöglichen,

⁵⁵ Begründung des NetzDG-E, S. 30.

⁵⁶ BGH NJW 2009, 2888, Rn. 38 - *spickmich.de*.

dass Daten z.B. an private Dritte beauskunftet werden, die einen Auskunftsanspruch nach § 242 BGB gegen einen Diensteanbieter geltend machen. Solche private Dritte sind bei der Geltendmachung eines solchen Anspruchs nicht in gleicher Weise an Recht und Gesetz gebunden wie z.B. die Strafverfolgungsbehörden. Es besteht daher eine erhebliche Gefahr, dass derartige Ansprüche missbräuchlich oder unter Angabe falscher oder einseitiger Tatsachen geltend gemacht werden. Die Fälle, in denen ein solcher Auskunftsanspruch bestehen könnte, decken zudem ein sehr viel breiteres Spektrum an Sachverhalten ab, als die Sachverhalte, die von Strafverfolgungsbehörden verfolgt werden können. Private könnten damit in weit größerem Umfang Sachverhalte im Internet ermitteln als staatliche Behörden. So könnte beispielsweise ein Neonazi, der von einem Mitglied der linken Szene an den Pranger gestellt wird, Name und eventuell Adresse seines Kritikers erfragen. Gravierend ist auch der Umstand, dass die privaten Dritten, welche Bestandsdaten erhalten, anders als die Behörden, in vielen Fällen bei der weiteren Verwendung nicht an das Datenschutzrecht gebunden sind, da sie z.B. bei Verfolgung ihres Persönlichkeitsrechts die Daten für eine "persönliche Tätigkeit" im Sinne des § 27 Abs. 1 Satz 2 BDSG (bzw. Art. 2 Abs. 2 DSGVO) verwenden.