



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch die Ausschüsse Informationsrecht und Strafrecht

Regierungsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz - Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz - NetzDG)

Stellungnahme Nr.: 41/2017

Berlin, im Mai 2017

Mitglieder des Ausschusses Informationsrecht

- Rechtsanwalt Dr. Helmut Redeker, Bonn (Vorsitzender)
- Rechtsanwalt Dr. Simon Assion, Frankfurt (Berichterstatter)
- Rechtsanwältin Dr. Christiane Bierekoven, Nürnberg
- Rechtsanwältin Isabell Conrad, München
- Rechtsanwalt Michael Friedmann, Hannover
- Rechtsanwalt Dr. Malte Grützmacher, LL.M., Hamburg
- Rechtsanwalt Prof. Niko Härting, Berlin
- Rechtsanwalt Peter Huppertz, LL.M., Düsseldorf
- Rechtsanwalt Dr. Robert Selk, LL.M. (EU), München
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Holger Zuck, Stuttgart

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwältin Nicole Narewski

Mitglieder des Ausschusses Strafrecht

- RA Dr. Rainer Spatscheck, München (Vorsitzender)
- RA Stefan Conen, Berlin
- RA Dr. h. c. Rüdiger Deckers, Düsseldorf
- RAin Dr. Margarete Gräfin von Galen, Berlin

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40, Boîte 7B
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

- RAin Dr. Gina Greeve, Frankfurt am Main
- RA Prof. Dr. Rainer Hamm, Frankfurt am Main
- RA Eberhard Kempf, Frankfurt am Main
- RA Dr. Stefan Kirsch, Frankfurt am Main
- RA Prof. Dr. Stefan König, Berlin
- RAin Dr. jur. Jenny Lederer, Essen
- RA Dr. Ali B. Norouzi, Berlin
- RAin Gül Pinar, Hamburg
- RA Michael Rosenthal, Karlsruhe (Berichterstatter)
- RA Martin Rubbert, Berlin
- RAin Dr. Heide Sandkuhl, Potsdam
- RA Prof. Dr. Gerson Trüg, Freiburg im Breisgau

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwältin Tanja Brexl

Verteiler

- Bundesministerium des Innern
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Ausschuss Recht und Verbraucherschutz und Innenausschuss des Deutschen Bundestages
- Vorsitzenden des Rechts- und Verbraucherschutzsausschusses des Deutschen Bundestages
- Vorsitzenden des Innenausschusses des Deutschen Bundestages
- Landesjustizministerien
- Rechts- und Innenausschüsse der Landtage
- SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- CDU/CSU-Fraktion des Deutschen Bundestages, Arbeitsgruppe Recht
- Fraktionen BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Deutschen Bundestag
- Fraktion DIE LINKE im Deutschen Bundestag
- Die Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder
- Bundesgerichtshof
- Bundesanwaltschaft

- Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende des FORUMs Junge Anwaltschaft
- Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer
- Vorsitzende des Strafrechtsausschusses des KAV, BAV
- Informationsrechtsausschuss und Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins

- Deutscher Richterbund
- Bund Deutscher Verwaltungsrichter
- Bund Deutscher Kriminalbeamter
- Deutscher Steuerberaterverband
- Deutscher Strafverteidiger e.V.
- Regionale Strafverteidigervereinigungen
- Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen und -initiativen
- GRUR
- BITKOM
- DGRI
- Bundesverband der Freien Berufe
- EDV-Gerichtstag
- Gemeinsame Kommission elektronischer Rechtsverkehr des Deutschen EDV-Gerichtstages
- Europäische Kommission - Vertretung in Deutschland
- ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Bund und Länder, Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte

- Bundesrechtsanwaltskammer
- Bundesnotarkammer
- Deutscher Notarverein e. V.

- Redaktion NJW
- JUVE-Verlag
- Redaktion heise online
- Redaktion Legal Tribune Online
- Strafverteidiger-Forum (StraFo)
- Neue Zeitschrift für Strafrecht, NStZ
- Strafverteidiger
- KriPoZ Kriminalpolitische Zeitschrift
- Prof. Dr. Jürgen Wolter, Universität Mannheim
- ver.di, Bereich Recht und Rechtspolitik
- Deutscher Juristentag (Präsident und Generalsekretär)
- Deutscher Juristinnenbund e.V. (djb)
- Prof. Dr. Schöch, LMU München

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit rund 66.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

1. Zusammenfassung

Der Entwurf des NetzDG¹ erfolgte vor dem Hintergrund der Verbreitung von Hasskriminalität und anderen strafbaren Inhalten vor allem in sozialen Netzwerken. Der Deutsche Anwaltverein unterstützt grundsätzlich das Vorhaben, Hasskriminalität und strafbare Falschmeldungen zu bekämpfen und zu ahnden.

Der DAV appelliert aber dafür, das Vorhaben mit der gebotenen Gründlichkeit und einem hierfür ausreichenden Zeiteinsatz anzugehen. Dies kann wegen der nur noch sehr knappen Zeit vor Ende der laufenden Legislaturperiode im derzeitigen Gesetzgebungsverfahren nicht mehr erfolgen. Das Vorhaben sollte zurückgestellt werden.

Dies aus den folgenden Gründen:

- Die Prämisse des NetzDG-Entwurfs, es würden nur bestehende Sperr- und Löschpflichten „durchgesetzt“, ist unrichtig. Das NetzDG würde vielmehr in großem Umfang zusätzliche Sperr- und Löschpflichten einführen.
- Durch das NetzDG würde der Bund in Regelungsbereiche des Landesrechts eingreifen und dadurch seine verfassungsrechtliche Pflicht zum bundesfreundlichen Verhalten verletzen.
- Durch die selektive Durchsetzung nur bestimmter Straftatbestände würde der Staat eine Art „Zwei-Klassen-Durchsetzungsrecht“ schaffen. Hierdurch würde der Staat seine Pflicht zur Neutralität im öffentlichen Meinungskampf verletzen.

¹ Die hier kommentierte Version des Entwurfs entspricht dem Regierungsentwurf in der am 21.04.2017 dem Bundesrat vorgelegten Version, BR-Drs. 315/17.

- Durch die Verlagerung einer hoheitlichen Aufgabe auf private Netzbetreiber, unangemessen kurze Fristen und ein unausgeglichenes Sanktionensystem würde das Gesetz unweigerlich zur Unterdrückung auch rechtmäßiger Meinungsäußerungen führen („Overblocking“).
- Die Beauftragung des Bundesamtes der Justiz verletzt den Grundsatz der Staatsfreiheit der Medienregulierung.
- Der NetzDG-E sieht eine Haftungsverschärfung zu Lasten von Internet-Host-Providern vor, die mit Art. 14 der E-Commerce-Richtlinie nicht vereinbar ist.
- Das NetzDG-E würde Diensteanbieter regulieren, die in anderen EU-Mitgliedsstaaten niedergelassenen sind und dadurch das Herkunftslandsprinzip nach Art. 2 und 3 der E-Commerce-Richtlinie verletzen.
- Die im NetzDG-E vorgesehenen Dokumentations- und Speicherpflichten würden zur Erstellung einer Datenbank mit höchst sensiblen und missbrauchsanfälligen Daten führen. Die hohen datenschutzrechtlichen Anforderungen an eine solche Speicherpflicht nach Art. 9 und 10 DSGVO beachtet der Entwurf nicht.

2. Überblick über das geplante NetzDG

Das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz - NetzDG) soll ausweislich seiner Begründung der verbesserten Rechtsdurchsetzung in sozialen Medien dienen. Adressaten des Gesetzes sind „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)“ (§ 1 Abs. 1 Satz 1 NetzDG-E). Ausgeklammert sind Plattformen mit eigenen journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten (§ 1 Abs. 1 Satz 2 NetzDG-E) sowie - von Teilbereichen des Gesetzes - Plattformen mit weniger als zwei Millionen Nutzern im Inland (§ 1 Abs. 2 NetzDG-E).

Zentraler Regelungsinhalt des Gesetzes wäre, dass der Anbieter des sozialen Netzwerks ein „wirksames und transparentes Verfahren“ für den Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte vorhalten muss (§ 3 Abs. 1 NetzDG-E). Dieses Verfahren beinhaltet eine Pflicht zur Löschung oder Sperrung von „offensichtlich rechtswidrigen Inhalten“ innerhalb von 24 Stunden nach Eingang einer Beschwerde, es sei denn das soziale Netzwerk hat mit der „zuständigen Strafverfolgungsbehörde“ einen längeren Zeitraum bis zur Löschung oder Sperrung vereinbart (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG-E). Andere rechtswidrige Inhalte wären zumindest innerhalb von 7 Tagen nach Eingang der Beschwerde zu entfernen oder zu sperren (§ 3 Abs. 2 Nr. 3 NetzDG-E).

Als „rechtswidrig“ definiert der Entwurf Inhalte im Sinne bestimmter Straftatbestände, die maßgeblich in den Bereich der Staatsschutzdelikte, der Straftaten gegen die Öffentliche Ordnung, der Pornografiedelikte und der Beleidigung fallen (§ 1 Abs. 3 NetzDG-E).

Im Fall der Entfernung rechtswidriger Inhalte müsste der Betreiber des sozialen Netzwerks diese Inhalte zu Beweis Zwecken sichern und zu diesem Zweck für die Dauer von zehn Wochen im Inland speichern (§ 3 Abs. 2 Nr. 4 NetzDG-E). Außerdem wären sowohl Beschwerden als auch deren Abhilfemaßnahmen im Inland zu dokumentieren (§ 3 Abs. 3 NetzDG-E).

Verstöße gegen die vorgenannten Pflichten wären bußgeldbewehrt bis zur Höhe von 50 Mio. EUR (vgl. § 4 Abs. 1 Nr. 2 NetzDG-E i. V. m. § 30 Abs. 2 Satz 3 OWiG). Zuständig für die Verhängung von Ordnungswidrigkeiten wäre das Bundesamt für Justiz (§ 4 Abs. 4 Satz 1 NetzDG-E). Der Entwurf des NetzDG enthält außerdem eine Ermächtigung für das BMJV, im Einvernehmen mit weiteren Bundesministerien „allgemeine Verwaltungsgrundsätze über die Ausübung des Ermessens der Bußgeldbehörde bei der Einleitung eines Bußgeldverfahrens und bei der Bemessung der Geldbuße“ festzulegen.

Sollte das Bundesamt der Justiz eine Geldbuße verhängen wollen, weil ein nicht entfernter nicht gesperrter Inhalt rechtswidrig ist, müsste es vorher eine Entscheidung des Gerichtes herbeiführen, dass auch für den Einspruch des Bußgeldbescheides zuständig wäre (§ 4 Abs. 5 NetzDG). Dieses Gericht würde auf Basis des Antrags des

Bundesamtes für Justiz und einer Stellungnahme des sozialen Netzwerks über die Rechtswidrigkeit der jeweiligen Äußerung entscheiden (§ 4 Abs. 5 NetzDG). Eine Anhörung desjenigen, der den inkriminierten Inhalt eingestellt oder verbreitet hat, ist nicht vorgesehen.

3. Rechtliche Würdigung

Der vorliegende Entwurf ist unausgereift und verstößt in erheblichem Maße gegen Bestimmungen des Grundgesetzes und europarechtliche Vorgaben.

Aufgrund der Vielzahl der rechtlichen Mängel konzentriert sich die folgende Stellungnahme auf die wichtigsten Punkte.

3.1 Gesetzgebungskompetenz des Bundes / bundesfreundliches Verhalten

Entgegen der in der Entwurfsbegründung vertretenen Auffassung fehlt es für den vorliegenden Entwurf an einer Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Lediglich hinsichtlich der im NetzDG enthaltenen Bußgeldvorschriften vermag sich der Entwurf auf die strafrechtliche Kompetenz des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG stützen. Für die anderen Regelungen bestehen erhebliche Zweifel an der Gesetzgebungskompetenz des Bundes und an der Beachtung des Grundsatzes bundesfreundlichen Verhaltens.

Im Ausgangspunkt richtig ist zwar, dass die Regulierung von Telemediendiensten in den Bereich der Wirtschaftsregulierung fallen kann. Aus diesem Grund besteht für Telemediendienste auch bereits das Telemediengesetz des Bundes (TMG). Aus der Kompetenz zur Regelung von wirtschaftlichen Sachverhalten lässt sich indes keine Kompetenz des Bundes auch für Regelungen zum Umgang mit Meinungsäußerungen in sozialen Medien ableiten. Denn diese Kompetenz ist exklusiv den Ländern vorbehalten.

Die „Medienkompetenz“ der Länder beruht auf der vor Jahren geführten und nicht mehr ernsthaft in Zweifel gezogene Debatte zur Frage der Gesetzgebungskompetenz der Länder für das Rundfunkrecht; das BVerfG hat diese

Kompetenz in mehreren Entscheidungen bestätigt und auch gegen überschießendes Bundesrecht verteidigt.² Denn die Gesetzgebungskompetenz des Bundes findet aufgrund der Pflicht zum bundesfreundlichen Verhalten, nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG ihre Grenze dort, wo Kernbereiche des Rundfunkrechts berührt werden.³ Denn diese Pflicht gilt auch für den Bund, der nicht übermäßig die die Regelungskompetenzen der Länder eingreifen darf. Ob diese verfassungsrechtliche Wertung auch auf den Bereich der Telemedien übertragbar ist, hat das BVerfG bisher nicht entschieden. Die ganz h. M. geht aber davon aus, dass auch die Telemedienregulierung in die Kompetenz der Länder fällt, soweit diese Regulierung Fragen der Telemedieninhalte und somit Fragen der Meinungsvielfalt und der öffentlichen Meinungsbildung betrifft.⁴

Dies entspricht auch dem bisherigen Stand der Gesetzgebung. Denn bereits heute fällt die Inhaltsregulierung von Telemedien in den Kompetenzbereich der Länder und wird von diesen auch wahrgenommen. Der Staatsvertrag über Rundfunk und Telemedien (RTStV⁵) der Länder enthält seit dem 9. RÄStV 2007 einen Abschnitt VI, der sich dezidiert mit der Inhaltsregulierung von Telemedien beschäftigt. Unter anderem ergibt sich aus § 54 Abs. 1 Satz 3 RTStV die Bindung von Telemediendiensteanbietern an die allgemeinen Gesetze und somit auch das StGB. Für den Fall von Verstößen sieht § 59 RTStV ein abgestuftes Sanktionssystem vor, das auch den Bedürfnissen der Meinungsfreiheit Rechnung trägt. Die Durchsetzung obliegt ganz überwiegend, jedoch nicht ausschließlich, den staatsfern organisierten Landesmedienanstalten.⁶

Die Aufteilung zwischen wirtschaftsbezogener Telemedienregulierung des Bundes und inhaltsbezogener Telemedienregulierung der Länder ist das Ergebnis eines lange geführten Kompetenzkonfliktes zwischen Bund und Ländern, der letztlich kompromissweise beigelegt wurde. So hatten ursprünglich sowohl Bund und Länder die Regulierung von Internetdiensten für sich beansprucht; der Bund zuletzt unter

² Vgl. BVerfGE 12, 205, 225 ff.; 114, 371; 121, 371 385.

³ Statt vieler BVerfGE 12, 205, 250 ff. ; Hahn/Vesting/*Vesting*, RStV, § 1 Rn. 15 ff.; Maunz/Dürig/*Uhle*, GG, Art. 73 Rn. 169.

⁴ Hahn/Vesting/*Schulz*, RStV, § 59 Rn. 21 f.; OVG Münster, NJW 2003, 2183 (2184); speziell zum NetzDG-E *Ferreau*, JuWiss v. 29.03.2017, <http://www.juwiss.de/36-2017/> und *Brings-Wiesen*, JuWiss v 04.04.2017, <http://www.juwiss.de/40-2017/>.

⁵ Diese Stellungnahme verwendet nicht die gebräuchliche Abkürzung RStV, da sie häufig dazu führt, die Relevanz des Staatsvertrags für die Regulierung von Telemediendiensten zu übersehen.

⁶ BeckOKInfoR/*Fiedler*, § 59 RTStV, Rn. 5 f.

dem Begriff „Teledienste“, die Länder unter der Bezeichnung „Mediendienste“. Beide Gesetzgeber errichteten jeweils eigene Gesetzeswerke (Teledienstegesetz und Mediendienste-Staatsvertrag). Da dies zu unüberwindbaren Abgrenzungsschwierigkeiten führte, einigten sich Bund und Länder schließlich auf eine gemeinsame, nach Regelungsschwerpunkten organisierte Regulierung von *Telemedien*. Dieser Kompromiss ist u. a. in der Begründung des 9. RÄStV dokumentiert.⁷ Der Wille zur Kooperation im Rahmen der gefundenen Zuständigkeitsverteilung, wird auch in jüngerer Zeit von beiden Seiten hervorgehoben.⁸ Der Entwurf des NetzDG würde den gefunden Kompromiss demgegenüber aufkündigen, da das Gesetz gezielt die Inhalte von Telemedien regulieren soll.⁹

Zusammengefasst führt damit das NetzDG zu einem Eingriff des Bundesrechts in Regelungsbereiche des Landesrechts, ohne dass das Bundesgesetz dieser Problematik Rechnung trägt, beispielsweise durch eine gesetzliche Abgrenzung zu Regelungsgegenständen des Landesrechts oder Zuständigkeitsverweisung an die nach Landesrecht zuständigen Behörden.¹⁰

Im Ergebnis spricht viel dafür, dass der Bund durch das NetzDG gegen seine Verpflichtung zum bundesfreundlichen Verhalten verstoßen würde.¹¹ Das NetzDG wäre dann seinerseits verfassungswidrig und könnte das Landesrecht nicht verdrängen.

⁷ Insbesondere in der Einleitung: „*Teledienste und Mediendienste werden unter dem einheitlichen Begriff „Telemedien“ zusammengefasst. In Folge dieser Neuregelung werden die wirtschaftsbezogenen Bestimmungen für Telemedien [...] in einem Telemediengesetz des Bundes enthalten sein. [...] Die über diese wirtschaftsrechtlichen und allgemeinen Anforderungen hinausgehenden inhaltsspezifischen Regelungen sind in einem neu gefassten VI. Abschnitt für Telemedien des Rundfunkstaatsvertrages enthalten [...]. Damit sind die Regelungsbereiche von Bund und Ländern klar getrennt.*“ Die Begründung zum 9. RÄStV ist abrufbar unter <http://www.urheberrecht.org/law/normen/rstv/RStV-09/materialien/>.

⁸ So speziell das Vorwort zum Bericht der Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz, S. 2, abrufbar unter https://www.rlp.de/fileadmin/rlp-stk/pdf-Dateien/Medienpolitik/2016-06-01_-01-Bericht_BLKM_pol_Steuerungsgruppe_FINAL_bf.pdf.

⁹ Besonders deutlich wird dies auf S. 9 der Entwurfsbegründung, wo von einem „möglichen Wettlauf zwischen den Ländern um das niedrigste Schutzniveau“ die Rede ist. Denn ein solcher Wettlauf existiert nicht; diese Gefahr ist durch die für alle Länder einheitliche Regelung des Schutzniveaus in einem gemeinsamen Staatsvertrag bereits gebannt. Der Entwurf erwähnt die §§ 54 ff. RTStV nur auf Seite 15 der Entwurfsbegründung - dort unter der falschen Annahme, im RTStV seien nur journalistisch-redaktionelle Telemedien geregelt.

¹⁰ So auch *Ferreau*, JuWiss v. 29.03.2017, <http://www.juwiss.de/36-2017/> und *Brings-Wiesen*, JuWiss v. 04.04.2017, <http://www.juwiss.de/40-2017/>.

¹¹ So entschied das BVerfG auch in der ersten Rundfunkentscheidung: BVerfGE 12, 205.

Dies gilt für das NetzDG auch, soweit das NetzDG der Durchsetzung von Pornografieverböten dienen soll und sich insofern auf die Gesetzgebungskompetenz der öffentlichen Fürsorge beruft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG). Auch in diesem Bereich kollidiert das NetzDG mit der Systematik des bereits bestehenden Länderrechts, des Jugendmedienschutz-Staatsvertrags (JMStV). Der JMStV nutzt u. a. das Prinzip der regulierten Selbstregulierung, das für die Telemedienanbieter bei Beachtung bestimmter Vorgaben Haftungsprivilegien vorsieht und im Übrigen die Aspekte der Medienfreiheiten sorgfältig mit dem Schutzanspruch der Jugendfürsorge ausgleicht. Durch das eigenständige „Sperr- und Löschesystem“, das der Bund mit dem NetzDG einführen würde, würde er den JMStV der Länder teils obsolet machen, teils auch verdrängen.

3.2 Verletzung der Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 GG

Das NetzDG ist ein Schrankengesetz zur Einschränkung der Freiheiten des Art. 5 GG. Dies betrifft einerseits die Meinungsfreiheit der sich äussernden Personen und andererseits den eigenen grundrechtlichen Schutz der Anbieter sozialer Medien aus Art. 5 GG.

3.2.1 Eingriff in Art. 5 GG

Der Entwurf des NetzDG geht davon aus, dass das Gesetz keinen Eingriff in Art. 5 GG darstelle, da es nur der besseren Durchsetzung von bereits bestehenden gesetzlichen Sperr- und Löschespflichtungen dienen würde (Entwurfsbegründung, S. 18).

Der Gesetzgeber geht dabei von mehreren falschen Prämissen aus.

Zum einen ist es unrichtig, dass das NetzDG nur der verbesserten Durchsetzung von bereits bestehenden Lösches- und Sperrpflichten dienen würde. Lösches- und Sperrpflichten von Betreibern sozialer Netzwerke können sich zwar aus verschiedenen Rechtsakten ergeben, z. B. aus Unterlassungsansprüchen von Betroffenen i. V. m. der Störerhaftung (§ 1004 BGB analog) bei der Verletzung absolut geschützter Rechte. Lösches- oder Sperrpflichten können sich außerdem aus behördlichen Anordnungen ergeben, beispielsweise im Rahmen des § 59 RStV

oder des § 20 JMStV. Dies ist aber immer einzelfallabhängig und hängt u.a. davon ab, ob ein individuell Betroffener in einem absolut geschützten Recht verletzt ist oder die zuständige Behörde die Löschung verlangt.¹² Die vom Entwurf unterstellte *allgemeine* Pflicht von Anbietern, bestimmte strafrechtswidrige Inhalte zu löschen oder zu sperren, existiert im deutschen Recht somit nicht. Insbesondere ergibt sich eine solche allgemeine Löscho- oder Sperrpflicht nicht aus § 10 TMG, denn diese Regelung ist keine Löscho- oder Sperrpflicht, sondern ein Haftungsprivileg zu Gunsten des Telemediendiensteanbieters.¹³

Insbesondere in Fällen, in denen es um die potenzielle Rechtswidrigkeit von Meinungsäußerungen geht, ist eine Löscho- oder Sperrpflicht, wie sie der Entwurf des NetzDG durchsetzen will, im deutschen Recht bisher auch nicht vorgesehen. Der BGH entscheidet in mittlerweile gefestigter Rechtsprechung, dass ein Diensteanbieter bei potenziell rechtswidrigen Äußerungen, die dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit unterfallen, gerade *keine* kurzfristige Löscho- oder Sperrpflicht hat. Eine solche Pflicht besteht von vornherein nur, wenn der Anbieter über die behauptete Rechtsverletzung so in Kenntnis gesetzt wird, dass er sie ohne eigene Rechtsprüfung erkennen kann.¹⁴ Und auch dann besteht die Löscho- oder Sperrpflicht frühestens *nach* einer Stellungnahme des Urhebers der inkriminierten Äußerung und einer etwaigen Replik des Betroffenen, falls dann unter Berücksichtigung etwa zu verlangender Nachweise immer noch von einer rechtswidrigen Verletzung des Persönlichkeitsrechts auszugehen ist.¹⁵ Vor Erfüllung dieser Voraussetzungen ist eine Löscho- und Sperrpflicht gerade nicht gegeben. Das NetzDG würde deshalb - anders als in der Entwurfsbegründung behauptet - eine erhebliche Verschärfung und Ausweitung der bestehenden Pflichten zur Löschung oder Sperrung rechtswidriger Inhalte bedeuten. Der Entwurf sieht eigenständige, öffentlich-rechtliche Sperr- und Löscho- oder Sperrpflichten vor. Diese Pflichten sind zwar dem Verwaltungsrecht zuzuordnen, sollen aber offenbar ausschließlich durch Bußgeldanordnungen durchgesetzt werden.

¹² Zur qualifizierten Inkenntnissetzung als Voraussetzung eines Anspruchs siehe auch noch in Abschnitt 3.3.1.1.

¹³ EuGH v. 23.3.2010 - C-236-238/08, Rn. 107 – *Google France*.

¹⁴ BGH v. 25.11.2011 - VI ZR 93/10, Rn. 26 – *Blogspot*, BGH, Urt. v. 1.3.2016 – VI ZR 34/15, Rn. 24 – *Jameda*.

¹⁵ BGH v. 25.11.2011 - VI ZR 93/10, Rn. 27 – *Blogspot*, BGH, Urt. v. 1.3.2016 – VI ZR 34/15, Rn. 43 – *Jameda*.

Eine zweite falsche Prämisse des Gesetzesentwurfs zum angeblichen Nichtvorliegen eines Eingriffs in Art. 5 GG beruht auf einem Missverständnis der Grundrechtsdogmatik. Denn der Entwurf geht offenbar davon aus, die Durchsetzung von (vermeintlich) bereits bestehenden Löscho- und Sperrpflichten sei kein eigenständiger Grundrechtseingriff.¹⁶ Diese Annahme ist mit der Rechtsprechung des BVerfG allerdings nicht zu vereinbaren. Denn nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG sind Durchsetzungsakte jeweils eigenständige Eingriffe in das betroffene Grundrecht.¹⁷ Das NetzDG sowie etwaige zu seiner Durchsetzung dienende Bußgeldentscheidungen wären deshalb, selbst wenn die vom NetzDG-E unterstellten Löschopflichten bereits gesetzlich vorgesehen wären, dennoch eigenständige Eingriffe in Art. 5 GG und demzufolge auch an dessen Schranken zu messen.

Vor diesem Hintergrund erscheint der Gesetzesentwurf mehr als fragwürdig. Denn für Eingriffsgesetze in Art. 5 GG gelten verschiedene verfassungsrechtliche Anforderungen, die das NetzDG aber nicht einhalten würde.

3.2.2 Verletzung der staatlichen Neutralitätspflicht

Voraussetzung jedes Eingriffs in Art. 5 GG ist eine Beachtung der Schrankentrias in Art. 5 Abs. 2 GG. Demzufolge sind Eingriffe nur aufgrund von Vorschriften der allgemeinen Gesetze, der gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend oder dem Recht der persönlichen Ehre zulässig. Das BVerfG hat hieraus abgeleitet, dass der Staat, wo er nicht speziell zum Zweck des Jugend- oder Ehrschutzes in die Meinungsfreiheit eingreift, einem strikten Neutralitätsgebot unterliegt.¹⁸ Unter „allgemeinen Gesetzen“ versteht das BVerfG demzufolge Gesetze, die nicht eine Meinung als solche verbieten, sich somit nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten, sondern dem Schutz eines schlechthin ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu schützenden Rechtsguts dienen; dieses Rechtsgut muss in der Rechtsordnung allgemein und damit unabhängig

¹⁶ So Entwurfsbegründung, S. 19: „Hierin liegt kein neuer Eingriff in Artikel 5 Absatz 1 des Grundgesetzes im Vergleich zum geltenden Recht. Denn das Gebot, rechtswidrige Inhalte zu löschen oder zu sperren, ergibt sich schon aus den allgemeinen Gesetzen. Vielmehr sieht § 3 eine Verpflichtung vor, ein bestimmtes Verfahren vorzuhalten, damit der an anderer Stelle geregelten Verpflichtung, rechtswidrige Inhalte zu entfernen beziehungsweise zu sperren, in wirksamer Weise nachgekommen wird.“

¹⁷ BVerwGE 6, 354, 355; 22, 21, 26.

¹⁸ Statt vieler BVerfGE 124, 300, 322 ff.

davon geschützt sein, ob es durch Meinungsäußerungen oder auf andere Weise verletzt werden kann.¹⁹ Auch aus dem Demokratieprinzip ergibt sich, dass der Staat im „Meinungskampf“ auf die Neutralität verpflichtet ist; er darf in den Wettbewerb der politischen Strömungen nicht parteinehmend eingreifen.²⁰

Diesen Anforderungen wird der Entwurf des NetzDG nicht gerecht. Zwar lässt sich für einige *Teilbereiche* des Entwurf annehmen, dass diese Teile sich grundsätzlich innerhalb dieser Schranken bewegen; insbesondere gilt das für Lösch- und Sperrpflichten in Bezug auf Pornografie (als Bestimmungen zum Schutz der Jugend) und in Bezug auf individuell beleidigende Äußerungen (als Gesetze des Rechts der persönlichen Ehre).

Andere Inhalte, die im Entwurf des NetzDG als „rechtswidrige Inhalte“ definiert sind, bewegen sich demgegenüber von vornherein nicht im Anwendungsbereich einer dieser Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG. Insbesondere gilt das für die Staatsschutzdelikte, beispielsweise für die „Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole“ (§ 90a StGB). Da diese Straftatbestände weder dem Schutz der Jugend noch dem Schutz der persönlichen Ehre dienen, könnte sich die Eingriffsbefugnis für das NetzDG allenfalls noch darauf stützen, dass es sich bei der auf diese Tatbestände bezogenen Lösch- und Sperrpflicht um ein „allgemeines Gesetz“ handeln könnte.

Bei dem NetzDG handelt es sich insofern aber nicht um ein allgemeines Gesetz, denn es beachtet nicht das Neutralitätsgebot. Denn indem das NetzDG selektiv nur bestimmte Straftatbestände dem besonderen Schutz des NetzDG zuweist, andere jedoch nicht, führt es im Ergebnis zu einem tendenziösen Rechtsdurchsetzungssystem, das bestimmte Meinungsäußerungen stärker beeinträchtigt als andere. Deutlich wird das durch eine Gegenüberstellung: So will das NetzDG beispielsweise Verunglimpfungen der deutschen Flagge besonders effektiv unterdrücken (§ 90a StGB i. V. m. § 1 Abs. 3 NetzDG), nicht jedoch die Verletzung von Flaggen und Hoheitszeichen *ausländischer* Staaten (§ 104 StGB). Das NetzDG unterdrückt beispielsweise die Verunglimpfung des Bundespräsidenten (§ 90 StGB), jedoch nicht die Verunglimpfung Verstorbener (§

¹⁹ St. Rspr., statt vieler BVerfGE 124, 300 (321) – *Wunsiedel*.

²⁰ Statt vieler BVerfGE 44, 125, 144.

189 StGB) oder ausländischer Staatsoberhäupter (§ 103 StGB)²¹. Auch die besondere Konzentration auf „Hate Speech“ wirkt willkürlich; des Gesetzgeber muss sich fragen lassen, wieso er andere Straftatbestände nicht mit den gleichen Methoden durchsetzt, beispielsweise des Datenschutzstrafrechts (§ 44 BDSG), die strafbare Werbung (§ 17 UWG), die Verletzung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen (§ 18 UWG) oder die unerlaubte Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke (§ 106 UrhG). All diese Vorschriften werden vom NetzDG *nicht* erfasst, da der Entwurf eben nur ganz bestimmte Straftatbestände als „illegale Inhalte“ definiert und dem besonderen Durchsetzungsregime des NetzDG zuweist. Im Ergebnis führt dies zu einer Art „Zwei-Klassen-Durchsetzungsrecht“: Bestimmte Formen rechtswidriger Äußerungen werden vom Staat energischer bekämpft als andere.

Besonders kritisch ist dabei, dass der Gesetzentwurf speziell solche Äußerungen als „Hate Speech“ unterdrücken will, die mit Kritik am (deutschen) Staat und dessen jeweiligen Status Quo einhergehen. Dies führt zu einer verstärkten Unterdrückung von Meinungsäußerungen staatskritischer Meinungsströmungen. (Dass das Gesetz zur Löschung bzw. Sperrung auch rechtmäßiger Äußerungen führen würde, wird unten im Abschnitt „Verhältnismäßigkeit“ noch gesondert ausgeführt.).

3.2.3 Nichtbeachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips

Auch mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ist das NetzDG bei näherer Betrachtung nicht zu vereinbaren. Denn das Gesetz bringt die Betreiber sozialer Netzwerke in die Rolle von Schiedsrichtern über die Rechtswidrigkeit von Meinungsäußerungen, setzt dabei aber einseitige Anreize zur Löschung auch von rechtmäßigen Meinungsäußerungen („Overblocking“).

²¹ § 103 StGB soll durch ein derzeit im Umlauf befindliches Gesetzesvorhaben abgeschafft werden (BT-Drs. 18/10980). Insofern mag es politisch gesehen nachvollziehbar sein, dass der Gesetzgeber des NetzDG die Vorschrift in den Entwurf nicht mehr aufnimmt. Gleichzeitig gibt die Tatsache, dass die Vorschrift zum Schutz *ausländischer* Staatsoberhäupter abgeschafft wird, während gleichzeitig der Ehrschutz des *deutschen* Präsidenten sogar noch verbessert werden soll, zusätzlich Anlass, die neutrale Ausrichtung des Gesetzes zu bezweifeln.

Dies beginnt bereits damit, dass die Bußgeldandrohung des NetzDG einseitig ausgestaltet ist: Für Fehlentscheidungen drohen dem Anbieter des sozialen Netzwerks nur dann Bußgelder, wenn er rechtswidrige, bzw. offensichtlich rechtswidrige Äußerungen nicht binnen der gesetzlich vorgesehenen Fristen löscht oder sperrt. Fehlentscheidungen, die zur Löschung oder Sperrung von rechtmäßigen Äußerungen führen, sind demgegenüber nicht bußgeldbewehrt.

Die grundsätzliche Anreizsetzung, im Zweifel lieber zu sperren bzw. zu löschen, verschärft sich durch kurze Fristen und die hohe Bußgeldandrohung von bis zu 50 Mio. Euro. Insbesondere die Lösch- bzw. Sperrfrist von 24 Stunden für die Löschung von „offensichtlich“ rechtswidrigen Inhalten kann durch einen Anbieter eines sozialen Netzwerks nicht praktikabel umgesetzt werden, ohne dabei unvermeidbar auch Inhalte zu löschen und zu sperren, bei denen zum Zeitpunkt der Löschung oder Sperrung noch Zweifel an der Rechtmäßigkeit bestehen. Denn die Rechtmäßigkeit von Meinungsäußerungen ist nach ständiger Rechtsprechung gerade nicht kontextlos zu beurteilen, sondern erfordert eine genaue Betrachtung, insbesondere auch der Begleitumstände.²² Das gilt auch für vermeintlich „offensichtliche“ Fälle.²³ Denn zu beachten ist insbesondere immer auch die vorige Interaktion der Beteiligten, da eine auf den ersten Blick rechtswidrig erscheinende Meinungsäußerung, z. B. im konkreten Fall aufgrund des „Gegenschlags“-Rechts, gerechtfertigt sein kann.²⁴ Auch müssen politische Funktionsträger stärkere Kritik hinnehmen als einfache Privatbürger,²⁵ so dass es auch auf die Identität der Beteiligten ankommt. Vermeintliche Schmähkritik oder Formalbeleidigungen stellen sich bei näherer Betrachtung häufig als zulässige Meinungsäußerung dar.²⁶ Eben deshalb beschränkt die bisherige Rechtsprechung die Löschpflichten von Hosting-Providern auf die ganz wenigen Fälle, in denen der Hosting-Provider die Rechtswidrigkeit einer Äußerung (1.) aufgrund einer genauen Beschreibung ohne Weiteres identifizieren kann, und sich (2.) der Eindruck der Rechtswidrigkeit der

²² St. Rspr., zuletzt beispielsweise BVerfG v. 28.3.2017 - 1 BvR 1384/16, zu einer Verurteilung wegen Volksverhetzung.

²³ Zuletzt BVerfG v. 29. Juni 2016 - 1 BvR 2646/15; Maunz/Dürig/Grabenwarter, GG, Art. 5 Rn. 163 f.

²⁴ BVerfGE 12, 113 (131); 24, 278 (286); 54, 129 (138).

²⁵ Maunz/Dürig/Grabenwarter, GG, Art. 5 Rn. 162, 167

²⁶ Zuletzt BVerfG v. 29. Juni 2016 - 1 BvR 2646/15; Maunz/Dürig/Grabenwarter, GG, Art. 5 Rn. 163 f.

jeweiligen Äußerung auch nach einer mehrseitigen Anhörung einschließlich eventuell zu fordernder Nachweise nicht zerstreut.²⁷

Eine Frist von 24 Stunden ist für eine derartige Prüfung nicht angemessen, in dieser Zeit kann regelmäßig nur eine oberflächliche Kontrolle erfolgen. Die unvermeidbare Folge wäre „Overblocking“: Anbieter sozialer Netzwerke würden alle Äußerungen löschen oder sperren, bei denen sich der erste Anschein der Rechtswidrigkeit ergibt, auch dann wenn dieser erste Anschein oft trügerisch ist.

Eine Möglichkeit für die betroffenen Bürger, gegen unrechtmäßige Löschungen vorzugehen, sieht das NetzDG nicht vor. Insbesondere besteht für die Bürger keine Möglichkeit, gem. Art. 19 Abs. 4 GG, § 42 Abs. 2 VwGO gegen hoheitliche Anordnungen vorzugehen, da die Löschung ja letztlich durch die Anbieter der sozialen Netzwerke vorgenommen wird – also ohne Ausübung von Hoheitsgewalt. Personen, die von der Löschung betroffen sind, könnten sich also allenfalls auf privatrechtlichem Weg gegenüber den Betreibern der sozialen Netzwerke zur Wehr setzen. Dies stellt aber keinen adäquaten Ersatz für rechtliche Abwehrmöglichkeiten gegenüber dem Staat dar.²⁸ Denn im Privatrechtsverhältnis ginge es nicht um einen Abwehranspruch gegen einen belastenden *hoheitlichen* Eingriff in die Meinungsfreiheit, sondern allenfalls um einen vertraglich begründeten Leistungsanspruch auf die (weitere) Verbreitung bestimmter Meinungsäußerungen. Der Prüfungsmaßstab eines solchen Anspruchs wäre das von den AGB der Telemedienbetreiber geprägte Privatrechtsverhältnis zwischen Nutzer und Anbieter,²⁹ und somit von vornherein ein ganz anderes als das von Art. 5 und Art. 19 Abs. 4 GG geprägte Recht des Bürgers, sich gegen Grundrechtseingriffe zu wehren. Im Ergebnis führt die problematische Verlagerung

²⁷ Erneut: BGH v. 25.11.2011 - VI ZR 93/10, Rn. 26 – *Blogspot*; BGH, Urt. v. 1.3.2016 – VI ZR 34/15, Rn. 24 – *Jameda*.

²⁸ Die Entwurfsbegründung, S. 20, spricht von „geeigneten rechtlichen Schritten“, die der Nutzer gegen die Entfernung oder Sperrung eines für ihn gespeicherten Inhaltes einleiten könnte. Welche Rechte der Nutzer hat, bzw. nicht hat, wird in der Begründung nicht weiter präzisiert.

²⁹ Zum sog. „virtuellen Hausrecht“ eines Telemedienanbieters LG Hamburg v. 28.08.2008 - 315 O 326/08; LG Ulm v. 13.1.2015- 2 O 8/15, LG München I v. 25.10.2006 – 30 O 11973/05; OVG Münster v. 19.5.2015 – 15 A 86/14; zu Abwehransprüchen betroffener Nutzer zuletzt AG Kerpen v. 10.04.2017 – 102 C 297/16.

der „Schiedsrichterrolle“³⁰ auf den Betreiber des sozialen Netzwerks also auch zu einer Verkürzung von Rechtsschutzmöglichkeiten.

3.2.4 Verletzung des Prinzips der Staatsfreiheit der Medienregulierung

Der Entwurf des NetzDG beachtet auch nicht das für die Medienaufsicht geltende Gebot der Staatsferne. Dieses Gebot ist vom BVerfG vor allem im Bereich der Rundfunkaufsicht präzisiert worden, wo die Aufsicht seit jeher entweder durch staatsfern organisierte Rundfunkräte³¹ oder durch Landesmedienanstalten durchgeführt wird, die ihrerseits aus der normalen Behördenhierarchie ausgeklammert sind und statt dessen der Kontrolle staatsfern besetzter Gremien unterstehen.³²

Das BVerfG verlangt in ständiger Rechtsprechung, dass Einflussmöglichkeiten des Staates auf die Rundfunkaufsicht auszuschließen sind, soweit sich diese auf den Inhalt des Programmangebots auswirken und damit die Rundfunkfreiheit gefährden können.³³ Gleiches gilt auch für die staatliche Aufsicht über Telemedien, wenn diese den Inhalt der Telemedien beeinflussen kann.³⁴ Denn in beiden Fällen handelt es sich um Massenmedien; es wäre nicht nachzuvollziehen, warum der Staat bei der einen Mediengattung größere Einflussnahmemöglichkeiten haben sollte als bei der anderen.

Den Anforderungen an die Staatsfreiheit der Medienaufsicht wird der Entwurf des NetzDG nicht gerecht. Denn das NetzDG würde die Durchsetzungskompetenz dem Bundesamt der Justiz überlassen,³⁵ und somit einer Bundesoberbehörde, die unmittelbar der Fachaufsicht durch das politisch geführte BMJV untersteht. Möglichkeiten zur politisch motivierten Einflussnahme ergeben sich außerdem aus der in § 4 Abs. 4 Satz 2 NetzDG-E vorgesehenen Kompetenz des BMJV, mittels

³⁰ Allgemein hierzu *Schneider*, Telemedicus v. 02.09.2011, <https://www.telemedicus.info/article/2064-Hilfssheriff-Host-Provider.html>.

³¹ So die Innenkontrolle im Bereich des öffentlichen Rundfunks, hierzu zuletzt BVerfGE 136, 9 – *ZDF-Fernsehrat*.

³² Hahn/Vesting/*Schuler-Harms*, Rundfunkrecht, § 35 RTStV, Rn. 29.

³³ BVerfGE 73, 118, 182 ff.; 83, 238, 332 ff.

³⁴ Zu Defiziten auch im Landesrecht *Kunisch* MMR 2011, 796; Hahn/Vesting/*Held/Schulz*, Rundfunkrecht, § 14 JMStV, Rn. 21 ff.

³⁵ Bemerkenswert ist, dass der Entwurf nur eine Zuständigkeit für die Festlegung von Bußgeldern vorsieht, jedoch keine Regelung zur Zuständigkeit für normales Verwaltungshandeln, z. B. in Form von Verwaltungsakten.

der Festlegung von „Verwaltungsgrundsätzen“ auf das Ermessen des Bundesamtes bei der Verhängung von Bußgeldern Einfluss zu nehmen. Im Ergebnis könnte das BMJV - im Zweifel durch Weisung des Bundesjustizministers - unmittelbar auf die Löschpraxis der sozialen Netzwerke einwirken, z. B. indem es das Bundesamt der Justiz anweist, nur die Nicht-Löschung bestimmter politisch gefährdeter Meinungsäußerungen zu ahnden, andere Meinungsäußerungen zu dulden. Eine tendenziöse Löschpraxis wäre die Folge.

Die fehlende Staatsferne im Organisationsaufbau wird auch nicht dadurch kompensiert, dass das Bundesamt der Justiz eine Vorabentscheidung des zuständigen Bußgeldgerichtes einholen muss, bevor es wegen der Nicht-Löschung von Äußerungen Bußgelder verhängt (§ 4 Abs. 5 NetzDG-E). Denn die staatlichen Einflussnahmemöglichkeiten setzen bereits deutlich vorher an, u. a. bei der Festlegung von Bußgeldrichtlinien durch das BMJV (§ 4 Abs. 4 Satz 2 NetzDG) und bei den Gesprächen zwischen dem Bundesamt der Justiz und den Anbietern der sozialen Netzwerke über die organisatorische Ausgestaltung des Lösch- und Sperrsystems (s.o.). Hier greift keine gerichtliche Vorabkontrolle.

Im Übrigen ist das gesamte Vorabentscheidungsverfahren nach § 4 Abs. 5 NetzDG-E unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten auch im höchsten Maße fragwürdig. Dies beginnt bereits damit, dass die Vorabprüfung einer Rechtsfrage, die primär ein *öffentlich-rechtliches* Rechtsverhältnis betrifft, einem Amtsgericht zugewiesen wird. Außerdem würde das Amtsgericht lediglich über die Rechtswidrigkeit des Inhaltes entscheiden, d. h. das weitere Verfahren, insbesondere die Festlegung der Höhe des Bußgeldes, bliebe weiterhin der Behörde vorbehalten und würde nicht „staatsfrei“ getroffen.

Vor allem aber ist das Vorabentscheidungsverfahren in seiner konkreten Form von vornherein nicht angemessen, um eine Entscheidung zu treffen, bei der letztlich mit hoheitlichen Mitteln in die Meinungsfreiheit der Person eingegriffen wird, die die inkriminierte Äußerung getätigt hat. Eine Anhörung dieser Person in dem Verfahren ist nicht vorgesehen, so dass jede Beurteilung der Begleitumstände, die in der Person des Äußernden liegen (beispielsweise von Rechtfertigungsgründen

nach § 193 StGB) in dem Verfahren von vornherein defizitär bleiben muss.³⁶ Das Fehlen einer Anhörungspflicht ist außerdem auch deshalb rechtsstaatlich bedenklich, weil es im Ergebnis zu einer richterlichen Prognose – mit der faktischen Bindungswirkung einer summarischen Entscheidung – über die Strafbarkeit von Handlungen der Personen führt, die die inkriminierten Äußerungen verbreitet haben, ohne dass diese Personen die Möglichkeit zur angemessenen Verteidigung hatten (entgegen der ratio legis von Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK).³⁷ Grundsätzlich hat jeder, der eine hinreichende Beziehung zu einem Gerichtsverfahren ausweist, den Anspruch auf Gehör.³⁸ Der Verfasser oder Verbreiter der jeweils inkriminierten Äußerung ist aber, obwohl dieses Verfahren offensichtlich geeignet ist, für ihn negative Folgen auszulösen, in das Vorabentscheidungsverfahren nicht eingebunden.³⁹

3.3 Verstoß gegen die E-Commerce-Richtlinie

Der Entwurf des NetzDG ist auch mit der E-Commerce-Richtlinie (ECRL) nicht vereinbar.

3.3.1 Verstoß gegen das Haftungsprivileg in Art. 14 ECRL

Die mit dem Entwurf adressierten sozialen Netzwerke sind Hosting-Dienste im Sinne von Art. 14 ECRL. Folglich unterliegen alle Regelungen, die sich auf solche Hosting-Dienste beziehen, der Mindestharmonisierung nach den Vorgaben der ECRL. Wie in der Begründung des Entwurfs dargestellt, sind die Entwurfsverfasser

³⁶ Unweigerliche Folge wären deshalb kritikwürdige Widersprüche zwischen Verfahrensergebnissen. Denkbar wäre z.B., dass ein Netzwerkbetreiber für eine Äußerung mit einem Bußgeld belegt wird, während der eigentlich Äußernde für dieselbe Äußerung später freigesprochen wird oder das Verfahren durch Einstellung endet.

³⁷ Das Recht auf ein Faires Verfahren umfasst Verfahrensgarantien, die zivilrechtliche Streitigkeiten und strafrechtliche Anklagen, aber auch Ordnungswidrigkeitenverfahren umfassen (HK-EMRK/*Meyer-Ladewig*, EMRK Art. 6 Rn. 15 ff.; SK-StPO/*Paeffgen* Rn. 30 ff.; BeckOK StPO/*Valerius*, EMRK Art. 6 Rn. 2-4). Alle Beteiligten in einem Verfahren müssen gleich behandelt werden, also insbesondere in gleichem Umfang unterrichtet werden und unter denselben Bedingungen die Möglichkeit haben, vorzutragen und ihre Sache geltend zu machen (vgl. HK-EMRK/*Meyer-Ladewig*, EMRK Art. 6 Rn. 106-107).

³⁸ *Sachs/Degenhart*, GG, Art. 103 Rn. 9.

³⁹ Die im NetzDG vorgesehene gerichtliche Vorabentscheidung hat, auch wenn sie keine strafrechtliche Verurteilung i.e.S. ist, erhebliche Präjudizwirkung auch für die potenzielle Einleitung staatsanwaltschaftlicher Ermittlungen, für die gerichtliche Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 199 StPO) und schließlich auch für eine potenzielle Verurteilung. Die Einholung einer „Vorabentscheidung“ über die Rechtswidrigkeit von Äußerungen ohne Anhörung und Verteidigungsmöglichkeit des Betroffenen ist deshalb mit rechtsstaatlichen Grundsätzen und insbesondere mit dem Recht des Betroffenen auf ein faires Verfahren nicht zu vereinbaren.

sich dessen grundsätzlich auch bewusst.⁴⁰ Leider übersieht der Entwurf dennoch die Grenzen der mitgliedstaatlichen Betätigung im harmonisierten unionsrechtlichen Bereich.

Nach Art. 14 ECRL ist eine Verantwortlichkeit von Hosting-Providern ausgeschlossen, es sei denn der Provider hat entweder (1.) tatsächliche Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information⁴¹ oder er wird (2.) sobald er diese Kenntnis erlangt, nicht unverzüglich tätig, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren. Ist keiner dieser beiden Fälle gegeben, darf den Providern also auch keine Lösch- oder Sperrpflicht auferlegt werden.

Die Begriffe „Kenntniserlangung“ und „unverzüglich“ sind autonome Begriffe des Unionsrechts,⁴² d. h. diese Begriffe sind in allen Mitgliedsstaaten einheitlich zu interpretieren und können durch nationales Recht nicht weiter konkretisiert werden.⁴³ Die Letztentscheidung über die Auslegung von autonomen Begriffen des Unionsrechts obliegt dem EuGH, der diese Auslegung alleine auf Basis des Unionsrechts vornimmt.⁴⁴

Anders als in der Entwurfsbegründung dargestellt,⁴⁵ kann deutsches Recht auch nicht auf der Basis von Art. 14 Abs. 3 und Erwägungsgrund 48 ECRL von diesem Haftungsprivileg des Art. 14 Abs. 1 ECRL abweichen. Denn Art. 14 Abs. 3 ECRL ist nicht als Kompetenz zur *Abweichung* von den Vorgaben von Abs. 1 und Abs. 2 zu verstehen, sondern nur als Öffnungsklausel für weitere Regelungen, die den vorigen Absätzen nicht widersprechen. Beispielsweise wäre ein Verfahren zulässig, bei dem ein Gericht oder eine Behörde rechtswidrige Inhalte identifiziert

⁴⁰ Seite 9 der Entwurfsbegründung.

⁴¹ In Bezug auf Schadensersatzansprüche reicht es aus, wenn der Provider sich Tatsachen oder Umstände bewusst ist, aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird. Vorliegend geht es aber nicht um Schadensersatzansprüche, sondern um hoheitliche Aufsicht unabhängig vom Bestehen privatrechtlicher Schadensersatzansprüche.

⁴² Autonome Begriffe des Unionsrechts sind solche Begriffe des EU-Rechts, die für die Ermittlung ihres Sinnes und ihrer Bedeutung nicht ausdrücklich auf das Recht der Mitgliedstaaten verweisen. Autonome Begriffe des Unionsrechts müssen in der Regel in der gesamten Europäischen Union autonom und einheitlich ausgelegt werden, wobei sich ihre Interpretation nur aus dem Unionsrecht ergibt; vgl. dazu statt vieler EuGH v. 3.9.2014 - C 201/13, Rn. 14 und EuGH v. 21.10.2010 - C 467/08, Rn. 32 – *Padawan*.

⁴³ Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Nettesheim*, Recht der EU, AEUV Art. 1, Rn. 60.

⁴⁴ EuGH v. 3.9.2014 - C 201/13, Rn. 14 und EuGH v. 21.10.2010 - C 467/08, Rn. 32 – *Padawan*.

⁴⁵ Entwurfsbegründung S. 9.

und den Provider zur Löschung auffordert.⁴⁶ Das in Art. 14 Abs. 1 ECRL geregelte notice and takedown-Verfahren würde dabei nicht unterlaufen, denn am Ende des Verfahrens wird der Provider ja über die Rechtswidrigkeit der Information informiert. Eigenständige und von Art. 14 Abs. 1 abweichende Löscho- oder Sperrpflichten dürfen auf Basis von Art. 14 Abs. 3 ECRL nicht erlassen werden. Abweichungsmöglichkeiten vom Richtlinien text sind vielmehr abschließend in Art. 3 Abs. 4 ECRL geregelt. Dessen Voraussetzungen sind aber ebenfalls nicht erfüllt (dazu noch unten im Abschnitt 3.3.2).⁴⁷

3.3.1.1 Unzulässige Festlegung einer eigenständigen Prüfungspflicht

Eine Verpflichtung des Hosting-Providers zur Löschung oder Sperrung rechtswidriger Inhalte setzt nach Art. 14 Abs. 1 ECRL die Kenntniserlangung des jeweiligen Host-Providers voraus. Soweit es wie hier nicht um privatrechtliche Schadensersatzansprüche geht, sondern um hoheitlich verordnete Löschopflichten, kommt es nur auf die *tatsächliche* Kenntnis des Providers an; diese muss sich auch auf die *Rechtswidrigkeit* der jeweiligen Information oder Handlung beziehen.⁴⁸ Die Kenntnis von Tatsachen und Umständen, die auf die Rechtswidrigkeit nur *hindeuten* (Art. 14 Abs. 1 lit. a Var. 2), reicht noch nicht aus, um das Haftungsprivileg entfallen zu lassen, denn diese Ausnahme vom Haftungsprivileg gilt nur für Schadensersatzansprüche.⁴⁹

Zum Begriff der „Inkenntnissetzung“ hat der EuGH bereits entschieden, dass hierunter eine Information zu verstehen ist, die genau und substantiiert sein muss.⁵⁰ Dies deckt sich mit der Rechtsprechung des BGH in den vorgenannten Verfahren *Blogspot* und *Jameda*, laut der die Inkenntnissetzung des Providers

⁴⁶ Vgl. Erwägungsgrund 45 der ECRL. Zu dem von der Begründung zitierten Erwägungsgrund 48 ist noch zu ergänzen, dass dieser sich gerade nicht auf die in Art. 14 Abs. 1 geregelten Löscho- oder Sperrpflichten bezieht, sondern auf Sorgfaltspflichten zur Aufdeckung oder Verhinderung. Dies sind also andere, eher präventiv ausgerichtete Pflichten. In diese Kategorie würde z. B. eine Verpflichtung zur Speicherung von Protokolldaten, eine Registrierungspflicht der Nutzer oder die Verpflichtung zur Einrichtung eines Flagging-Systems fallen.

⁴⁷ EuGH v. 25. Oktober 2011 - C 509/09 und C 161/10, Rn. 59 – *eDate Advertising*.

⁴⁸ EuGH v. 12. Juli 2011 - C 324/09, Rn. 124 – *L'Oréal gegen Ebay*

⁴⁹ Auch dies wird von den Verfassern der Entwurfsbegründung übersehen. Die Entwurfsbegründung (S. 9) ersetzt bemerkenswerterweise das fragliche Tatbestandsmerkmal (Schadensersatzansprüche) durch Auslassungszeichen.

⁵⁰ EuGH v. 12. Juli 2011 - C 324/09, Rn. 122 – *L'Oréal gegen Ebay*; so auch das Verständnis der ganz h.M. zu § 10 TMG, vgl. statt vieler BeckOK InfoMedienR/*Paal*, § 10 TMG Rn. 24, m.w.N.

über rechtswidrige Äußerungen nur dann zum Wegfall des Haftungsprivilegs führt, wenn die Inkenntnissetzung so konkret gefasst ist, dass der Rechtsverstoß auf der Grundlage der Behauptungen des Betroffenen unschwer - das heißt ohne eingehende rechtliche und tatsächliche Überprüfung - bejaht werden kann.⁵¹ Es reicht also nicht aus, wenn der Provider nur von *Tatsachen* erfährt, aus denen er dann selbst, auf Basis weiterer eigener Ermittlungen, die Rechtswidrigkeit erst noch herleiten muss. Der Provider muss über die Gründe der Rechtswidrigkeit selbst informiert werden.⁵² Sinn und Zweck von Art. 14 ECRL ist es, dem Provider, der u. U. eine sehr große Zahl von fremden Inhalten speichert, die Bürde der Verantwortlichkeit für diese Inhalte zu nehmen, es sei denn die Rechtswidrigkeit wird für ihn ohne eigene Prüfung erkennbar.

Daraus ergibt sich, dass der deutsche Gesetzgeber den Betreibern sozialer Netzwerke gerade keine eigenständige Pflicht zur Erforschung oder Prüfung der Rechtswidrigkeit bestimmter Äußerungen auf seiner Plattform auferlegen kann.⁵³ Denn damit würde genau eine eigenständige Pflicht des Hosting-Providers zur Erforschung der Rechts- und Sachlage festgelegt, die durch Art. 14 Abs. 1 ECRL ausgeschlossen werden soll.

Das NetzDG-E würde in § 3 Abs. 2 Nr. 1 aber genau eine solche *eigenständige* Pflicht des Netzbetreibers zur *Prüfung* vorsehen, für die es in der ECRL keine Entsprechung gibt. Dass der Entwurf von den Anbietern der sozialen Netzwerke eigenständige, auch rechtliche Prüfungen, erwartet, ergibt sich u. a. daraus, dass auch solche Äußerungen gelöscht werden müssen, bei denen die Rechtswidrigkeit gerade nicht „offensichtlich“ ist. Die Entwurfsbegründung selbst führt, dass die Social Media-Anbieter bei den nicht-offensichtlichen Inhalten die Rechtswidrigkeit „sorgfältig prüfen“ und u. U. dazu sogar externe

⁵¹ BGH v. 25.11.2011 - VI ZR 93/10, Rn. 26 – *Blogspot*; BGH, Urt. v. 1.3.2016 – VI ZR 34/15, Rn. 24 – *Jameda*.

⁵² So zutreffend Spindler/Schuster/Hoffmann, § 10 TMG Rn. 23, m.N. auch zur Gegenansicht.

⁵³ Ob sich eine solche Prüfpflicht im Rahmen der Störerhaftung auf Unterlassungsansprüche ergeben kann, lässt sich im Hinblick darauf, dass der BGH die Störerhaftung als von vornherein nicht von Art. 14 ECRL erfasst ansieht, diskutieren. Für das NetzDG ist dies aber nicht weiter relevant, da das Gesetz zum öffentlichen Recht gehört, und gerade nicht der Durchsetzung zivilrechtlicher Unterlassungsansprüche dient.

Expertise einholen sollen.⁵⁴ Damit würde dem Hosting-Provider im Ergebnis aber genau die Prüfungslast aufgebürdet, die Art. 14 Abs. 1 ECRL vermeiden will.

3.3.1.2 Unzulässige Festlegung von Lösch- bzw. Sperrfristen

Eine zweite unzulässige Einschränkung des Haftungsprivilegs des Hosting-Providers liegt darin, dass der Entwurf des NetzDG starre Fristen für die Sperrung und Löschung von vermeintlich rechtswidrigen Inhalten vorsieht.

Nach Art. 14 Abs. 1 lit. b ECRL können Hosting-Provider zur Löschung oder Sperrung von Inhalten nur dann verpflichtet werden, wenn sie nach Kenntniserlangung nicht „unverzüglich“ tätig werden. Mit dieser Vorgabe ist eine starre Fristsetzung von 24 Stunden nicht vereinbar.

Auch wenn zu dem Begriff „unverzüglich“ bisher keine Rechtsprechung des EuGH vorliegt, spricht viel dafür, ihn entsprechend der Definition in § 121 BGB auszulegen („ohne schuldhaftes Zögern“).⁵⁵ Der Begriff „unverzüglich“ beinhaltet somit gerade keine starre Zeitvorgabe. Vielmehr ergibt sich die Frist zum Tätigwerden flexibel aus den Begleitumständen.

Das NetzDG würde demgegenüber zwei starre Fristen einführen; einmal von 24 Stunden und einmal von 7 Tagen. Die kurze 24-Stunden-Frist dürfte dabei mit der Anforderung von Art. 14 Abs. 1 lit. b ECRL, die eine Verantwortlichkeit des Host-Providers nur zulässt, wenn er *schuldhaft* zögert, nicht vereinbar sein. Denn wie oben in Abschnitt 3.2.3 dargestellt lässt sich die Rechtswidrigkeit von Äußerungen nie kontextlos beurteilen und erfordert meist Nachermittlungen. Diese können in vielen Fällen, einschließlich solcher, die das NetzDG wohl als „offensichtlich rechtswidrig“ ansehen würde, länger als 24 Stunden benötigen.⁵⁶

⁵⁴ Entwurfsbegründung S. 20.

⁵⁵ Spindler/Schuster/Hoffmann, § 10 TMG Rn. 46; BeckOK InfoMedienR/Paal, § 10 TMG Rn. 45 f.

⁵⁶ Vgl. auch Erwägungsgrund 9 ECRL, der ausdrücklich darauf hinweist, dass die Richtlinie nicht die Meinungsfreiheit beeinträchtigen soll oder darf.

Das NetzDG könnte den Konflikt vermeiden, indem es an die Stelle der beiden starren Fristen von 24 Stunden bzw. 7 Tagen eine Pflicht zur *unverzöglichen* Löschung setzen würde. Dies würde dem Wortlaut von Art. 14 Abs. 1 lit. b ECRL unmittelbar entsprechen und außerdem das Gesetz flexibler und damit einzelfallgerechter machen.

3.3.2 Verstoß gegen das Herkunftslandsprinzip nach Art. 3 ECRL

Des Weiteren verstößt der vorliegende Entwurf auch gegen das Herkunftslandprinzip des Art. 3 ECRL. Demnach unterliegt ein Dienst der Informationsgesellschaft im koordinierten Bereich der Richtlinie im Grundsatz allein den Anforderungen und der Aufsicht des Mitgliedstaates, in dessen Hoheitsgebiet der betreffende Diensteanbieter niedergelassen ist. Eine Sekundäraufsicht im Empfängerstaat findet grundsätzlich nicht statt (Art. 3 Abs. 2 ECRL). Die Herkunftsländer sind im Gegenzug auf die Anwendung ihres nationalen Rechts auf die unter ihrer Rechtshoheit stehenden Diensteanbieter verpflichtet (Art. 3 Abs. 1 ECRL).

Das Herkunftslandprinzip erleichtert die grenzüberschreitende Erbringung von Diensten und dient damit der Förderung des gemeinsamen Binnenmarkts.⁵⁷ Es verbietet den Mitgliedsstaaten der EU, im „koordinierten Bereich“ der ECRL Diensteanbieter aus anderen EU-Mitgliedsstaaten schärferen Regelungen als in dessen Herkunftsstaat zu unterwerfen.⁵⁸ Eine Zweitregulierung in Deutschland, die den koordinierten Bereich der Richtlinie betrifft, ist somit unzulässig.

Das NetzDG würde aber auch Anbieter aus dem Ausland einer deutschen Zweitregulierung unterwerfen, und zwar auch im koordinierten Bereich der Richtlinie. In den koordinierten Bereich fallen u. a. Anforderungen an das Verhalten des Diensteanbieters und Anforderungen an die Qualität oder den Inhalt des Dienstes (Artikel 2 lit. g, zweiter Spiegelstrich ECRL). Das umfasst offensichtlich auch die Lösch- und Sperrpflichten des NetzDG-E.

⁵⁷ Vgl. Erwägungsgründe 3 ff. und Rn. 22 ECRL

⁵⁸ EuGH v. 25. Oktober 2011 - C 509/09 und C 161/10, Rn. 54-56 – *eDate Advertising*.

Das NetzDG würde außerdem gezielt auch solche Anbieter adressieren, die nicht in Deutschland niedergelassen sind. Dies ergibt sich u. a. aus § 1 Abs. 2 NetzDG-E, der auf *Nutzer* im Inland abstellt und somit gerade nicht auf den Niederlassungsort des Diensteanbieters (anders als Art. 3 Abs. 2, Art. 2 lit. c ECRL). Die Entwurfsbegründung erwähnt ausdrücklich, dass das NetzDG auch Auslandsanbieter erfassen soll.⁵⁹

Von dem Verbot der Zweitregulierung im Empfangsland sieht die ECRL in Art. 3 Abs. 4 und 5 bestimmte Ausnahmetatbestände vor. Anders als die Begründung des Entwurfs meint,⁶⁰ sind die Voraussetzungen dieser Abweichungskompetenz vorliegend aber nicht gegeben. Denn eine Zweitregulierung im Empfangsstaat ist nur dann zulässig, wenn sich die Maßnahmen auf einen *bestimmten* Dienst der Informationsgesellschaft beziehen (Art. 3 Abs. 4 lit a Uabs. ii ECRL) und außerdem Deutschland zuvor sowohl das Herkunftsland über die Missstände informiert und zur Abhilfe aufgefordert als auch die EU-Kommission unterrichtet hat (Art. 3 Abs. 4 lit. b ECRL). Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht gegeben.

Zum einen würde das NetzDG von vornherein nicht *einzelne* Diensteanbieter adressieren, sondern eine nur abstrakt definierte Gruppe, nämlich alle Anbieter sozialer Netzwerke ab einer bestimmten Nutzeranzahl in Deutschland (§ 1 Abs. 2 NetzDG-E). Genau ein solches *generelles* Abweichen von der ECRL will Art. 3 Abs. 4 lit a Uabs. ii ECRL aber verhindern, wenn es von „einzelnen“ Anbietern spricht. Die Zweitregulierung stellt eine Ausnahme von der Regel der Erstregulierung im Herkunftsland dar; die Abweichung darf deshalb nicht abstrakt-generell erfolgen, sondern muss sich immer auf konkrete Diensteanbieter beziehen. Bei diesen konkreten Anbietern müssen sich Defizite bei der Erstregulierung im Herkunftsland feststellen lassen (Art. 3 Abs. 4 lit. a und b ECRL).

Und auch eine Ausnahme von der Pflicht zur vorigen Information und Unterrichtung der Herkunftsländer liegt nicht vor. Anders als die Entwurfsbegründung meint,⁶¹ liegt schon von vornherein kein besonders

⁵⁹ Entwurfsbegründung u. a. auf S. 23, 24 und 25,

⁶⁰ Entwurfsbegründung S. 10.

⁶¹ Entwurfsbegründung S. 10.

dringender Fall vor, bei der von der vorigen Konsultationspflicht abgewichen werden könnte (Art. 3 Abs. 5 ECRL). Das Problem, mit dem sich das NetzDG befasst, ist schon länger bekannt, ein weiteres Abwarten wäre für den deutschen Gesetzgeber durchaus zumutbar. Ganz unabhängig hiervon müsste die Konsultation auch in dringlichen Fällen so bald wie möglich nachgeholt werden (Art. 3 Abs. 5 ECRL). Eine solche Konsultation ist aber bis heute nicht erfolgt; weder in Richtung der Herkunftsländer der betroffenen Diensteanbieter, noch in Richtung der EU-Kommission. Dies ist vor allem deshalb überraschend, weil die deutsche Bundesregierung andere Verfahrensakte, wie die Notifizierung des Gesetzesentwurfs nach der Informationsverfahrensrichtlinie, bereits durchgeführt hat.⁶² Die Bundesregierung verhält sich widersprüchlich, wenn sie zwar die *Wirksamkeitsvoraussetzungen* für ihr Eilgesetz mit großer Eile erfüllt, gleichzeitig aber Verfahrensschritte, die die Rechte von anderen EU-Staaten und den EU-Binnenmarkt schützen würden, nicht umsetzt.

Die EU-Kommission sollte vor diesem Hintergrund im Notifizierungsverfahren eine ausführliche Stellungnahme abgeben (Art. 6 der Informationsverfahrensrichtlinie), in der sie die Bundesregierung auffordert, darzulegen, welche Diensteanbieter in anderen EU-Mitgliedsstaaten von dem NetzDG konkret erfasst würden, und wann die Bundesregierung die dahingehende Information der jeweiligen Herkunftsländer nach Art. 3 Abs. 4 lit. b, Abs. 5 ECRL umzusetzen bzw. nachzuholen gedenkt. Bis zur Nachholung dieser Information wäre die Bundesregierung zum Stillhalten verpflichtet.

3.4 Verstoß gegen die Datenschutz-Grundverordnung

Ein weiterer Verstoß des NetzDG ergibt sich aus Verstößen gegen europäisches Datenschutzrecht. In Anbetracht der nur noch kurzen verbleibenden Zeit bis zum Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) konzentriert sich die folgende Darstellung auf diese.

Das NetzDG sieht Verpflichtungen der Anbieter sozialer Netzwerke zur Erhebung, Speicherung und Abrufbarmachung personenbezogener Daten vor. So würde das

⁶² Das Notifizierungsverfahren zum NetzDG-E ist abrufbar unter <http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/de/index.cfm/search/?trisaction=search.detail&year=2017&num=127&mLang=DE>.

NetzDG verlangen, dass der Diensteanbieter die von ihm gelöschten Inhalte zu Beweis Zwecken sichert und zu diesem Zweck für die Dauer von zehn Wochen im Inland speichert (§ 3 Abs. 2 Nr. 4 NetzDG-E). Und auch jede Beschwerde und die zu ihrer Abhilfe getroffene Maßnahmen müssen im Inland dokumentiert werden (§ 3 Abs. 3 NetzDG-E). Öffentliche Behörden können diese Daten nach anderweitigem deutschem Recht beim jeweiligen Diensteanbieter abfordern.

Im Ergebnis beinhaltet das NetzDG also die Rechtspflicht zur Schaffung einer Datenbank, die für einen Zeitraum von mindestens 10 Wochen, in Teilbereichen auch länger, zumindest die folgenden Daten beinhalten muss:

- Name und sonstige Identifikationsmerkmale der Person, die den jeweils inkriminierten Inhalt geäußert oder verbreitet hat.⁶³
- Die geäußerten Beschwerden, und zwar wohl ebenfalls zusammen mit Namen und Inhalt der sich jeweils beschwerenden Person.
- Eine Kopie des inkriminierten Inhaltes selbst, und zwar auch einschließlich von Inhalten, bei denen der Besitz selbst strafbar sein kann, z. B. bei Darstellungen von Kinderpornografie.
- Die Einstufung des betreffenden Inhaltes als strafbar i. S. d. § 1 Abs. 3 NetzDG-E, wohl einschließlich des zugeordneten Straftatbestands.
- Zeitpunkt der Information des Beschwerdeführers und des Meinungsträgers sowie die weitere Kommunikation mit diesen.
- Zeitpunkt der Löschung oder Sperrung des betreffenden Inhalts.

Im Ergebnis würde hierdurch eine Datenbank mit höchst sensiblen Inhalten entstehen. Aus diesen Daten ließe sich u. a. ableiten, welcher Nutzer des sozialen Netzwerks sich jeweils vermutlich⁶⁴ strafbar gemacht hat, und zwar ohne dass diese Strafbarkeit bereits gerichtlich festgestellt wäre. Aus der Zuordnung zu bestimmten Straftatbeständen lassen sich außerdem Rückschlüsse auf die politische Einstellung des betreffenden Nutzers ziehen (vor allem bei Staatsschutzdelikten). Gleiches gilt u. U. für dessen sexuelle Orientierung (bei Pornografiedelikten).

Im Ergebnis würden diese Daten also zum Teil unter die sensiblen Daten nach Art. 9 DSGVO und zum Teil unter die straftatbezogenen Daten nach Art. 10 DSGVO fallen.

⁶³ Dieses Datum wird in § 3 Abs. 2 Nr. 4 NetzDG-E nicht genannt, aber implizit vorausgesetzt.

⁶⁴ Zur Fehlerquote des sozialen Netzwerkbetreibers bei dieser Einschätzung siehe oben, Abschnitt 3.2.3.

Den besonderen Anforderungen für diese Datenkategorien genügt das NetzDG jedoch nicht.

3.4.1 Sensible Daten (Art. 9 DSGVO)

Für Daten, aus denen sich Rückschlüsse auf die politische Einstellung von Einzelpersonen ziehen lassen, kommt als Rechtfertigungsgrundlage nur Art. 9 Abs. 1 lit. g DSGVO in Betracht. Demnach ist eine Speicherung zulässig, wenn die Verarbeitung durch eine gesetzliche Vorschrift der EU oder eines Mitgliedsstaats vorgesehen ist. Diese gesetzliche Regelung muss ihrerseits in angemessenem Verhältnis zu dem verfolgten Ziel stehen, den Wesensgehalt des Rechts auf Datenschutz wahren und angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Grundrechte und Interessen der betroffenen Person vorsehen.

Solche bereichsspezifischen Maßnahmen zur Wahrung der Grundrechte und Interessen der jeweils Betroffenen sieht das NetzDG jedoch nur ganz oberflächlich vor. Zwar verlangt das Gesetz, dass die Daten „im Inland“ zu speichern sind, so dass zumindest die Gefahr eines Zugriffs ausländischer Behörden etwas eingedämmt ist.⁶⁵ Weitere Anforderungen zum Schutz der Betroffenen sieht das Gesetz jedoch nicht vor, insbesondere nicht betreffend der Datensicherheit und der Abfrage dieser Daten durch staatliche Behörden. Bei der Dokumentationspflicht in Bezug auf die Beschwerde und die Abhilfemaßnahmen (§ 3 Abs. 3 NetzDG-E) fehlt außerdem eine Höchstspeicherfrist.

Dies wird der Sensitivität dieser Daten nicht gerecht. Die Datenbank nach dem NetzDG würde höchst sensitive und auch privatsphärenrelevante Daten enthalten, die in den falschen Händen auch zu erheblichen Schäden für die Betroffenen führen können, beispielsweise durch Erpressung oder gezielte Offenlegung („Outing“). Erneut sei darauf hingewiesen, dass die Datenbank wegen des unvermeidbaren „Overblocking“ auch Daten zu Personen enthalten würde, die sich nicht strafbar gemacht haben (oben Abschnitt 3.2.3).

⁶⁵ Zugriffsmöglichkeiten (legal oder illegal) sind dadurch allerdings nicht ausgeschlossen. Das Missbrauchspotenzial solcher Datenbanken durch andere Staaten oder cyberkriminelle Gruppen ist evident.

Notwendig wäre im NetzDG deshalb eine Regelung zum bereichsspezifischen Datenschutz, die betreffend ihrer Bestimmtheit und grundrechtsschützenden Inhalte hohe Anforderungen zu erfüllen hat. Eine solche ist im NetzDG derzeit nicht gegeben.

Ob eine Speicherpflicht derartiger Daten überhaupt rechtmäßig vorgesehen werden könnte, kann bezweifelt werden. Jedenfalls kann eine solche Speicherpflicht nicht ohne eine hinreichende datenschutzrechtliche gesetzliche Absicherung erfolgen.

3.4.2 Straftatbezogene Daten (Art. 10 DSGVO)

Mit der Speicherung potentiell strafrechtlich relevanten Inhaltsdaten und deren Verknüpfung zu den Nutzerdaten liegt auch eine in Art. 10 DSGVO normierte Sammlung personenbezogener Daten über Straftaten vor. Insbesondere bezieht sich Art. 10 DSGVO gerade nicht nur auf strafrechtliche Verurteilungen, sondern ausdrücklich auch auf „Straftaten“ und damit auf solche Daten, bei denen (ohne dass dies bereits gerichtlich festgestellt wäre) ein Zusammenhang zu einer Straftat besteht. Denn Daten, die den Betroffenen einer Datenverarbeitung einer Straftat bezichtigen, sind für diesen in hohem Maße sozialschädlich und deshalb besonders privatsphärenrelevant.

Diese Speicherung von straftatbezogenen Daten darf gem. Art. 10 DSGVO nur unter behördlicher Aufsicht erfolgen, oder wenn dies nach dem Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten, das geeignete Garantien für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen vorsieht, zulässig ist.

Eine behördliche Aufsicht über die Anbieter sozialer Netzwerke bei der Speicherung dieser Daten ist im NetzDG-E nicht vorgesehen. Somit verbleibt allenfalls eine Rechtfertigung über eine Regelung, die geeignete Garantien für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen vorsieht. An solchen Garantien fehlt es vorliegend aber. Insbesondere fehlt es, wie oben bereit dargestellt, an Vorgaben für die Datensicherheit und genau definierte gesetzliche Voraussetzungen für die Abfragen dieser Daten durch staatliche Behörden. Bei der Dokumentationspflicht der Beschwerde und der Abhilfemaßnahmen fehlt es auch

an einer gesetzlich festgelegten Höchstspeicherfrist. Im Ergebnis ist also auch Art. 10 DSGVO nicht beachtet.

4. Alternative Regelungsmöglichkeiten

Abschließend weist der DAV darauf hin, dass dem deutschen Gesetzgeber durchaus Regelungsmöglichkeiten offen stehen, mit denen er der zunehmenden Verschärfung der Debattenkultur in sozialen Netzwerken begegnen kann, ohne dabei die oben genannten Probleme auszulösen. Unabhängig davon, dass hier auch die Bildungs- und Kulturpolitik gefordert sind, sind auch gesetzliche Regelungen des Telemedienrechts denkbar.

Voraussetzung einer verfassungskonformen Regelung wäre dabei, dass der Gesetzgeber die inhaltsbezogene Regulierung von (Tele-) Medien als Teilbereich der Medienregulierung betrachtet und somit auch die hierfür geltenden verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen einhält. Gesetze wären also durch die Länder zu erlassen. Außerdem sind dabei die besonderen Anforderungen an die Staatsfreiheit der Medienregulierung sowie die Neutralitätspflicht des Staats bei der öffentlichen Meinungsbildung zu beachten. Anknüpfungspunkt darf dabei keine selektive Auswahl von nur bestimmten Straftatbeständen sein, sondern der Gesetzgeber müsste ein neutrales Anknüpfungskriterium finden, z.B. alle Straftatbestände mit einem bestimmten Strafraum.

Ein verfassungskonform strukturiertes Verfahren zur Ahndung von „Hate Speech“ auf sozialen Medienplattformen müsste die Aufsicht staatsfern organisierten Institutionen zuweisen, z. B. den Landesmedienanstalten.

Bei der Festlegung eines Sanktionssystems wäre unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit auch dem besonderen Schutz der Kommunikationsfreiheiten nach Art. 5 GG Rechnung zu tragen. Deshalb spricht viel für ein Regelungs- und Sanktionssystem, das zunächst auf „weiche“ Maßnahmen des Verwaltungshandelns setzt, insbesondere auf die positive Anreizsetzung sowie ein System der regulierten Selbstregulierung. Im Fall von Defiziten, die auch nach Aufforderung nicht abgestellt werden, kämen als Sanktionen zunächst Verwaltungsakte in Frage, die durch

Verwaltungsgerichte gerichtlich kontrolliert werden können. Bußgelder könnten als ultima ratio eingesetzt werden.

Regelungsstrukturen, die diesen Anforderungen genügen, liegen im Landesrecht bereits vor. Vor allem der Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV) kann als Vorbild dienen. Denn der Umgang mit jugendgefährdenden Inhalten auf den großen sozialen Netzwerken, auch als Ergebnis der deutschen Regulierung, ist grundsätzlich zufriedenstellend. Auch der Entwurf des NetzDG hatte in einer Vorversion des Entwurfs noch dargestellt, dass im Jugendschutzbereich die Aufsicht effektiv funktioniert, so dass hier keine zusätzliche Aufsicht notwendig sei.

Die Konsequenz aus dem Vorgesagten wäre somit, die Regelungsstrukturen des JMStV aufzugreifen und auch andere rechtswidrige Inhalte von sozialen Netzwerken auszuweiten. Dafür liegen in den §§ 54 und 59 RTStV bereits Ansätze vor. Allerdings wären diese Vorschriften im Hinblick auf soziale Netzwerke zu präzisieren und, um den Schutz der betroffenen Persönlichkeitsrechte gerecht zu werden, auch zu effektuieren. So wäre denkbar, im Rahmen eines Systems der regulierten Selbstregulierung Anreize für die Einrichtung von Selbstkontrolleinrichtungen wie der Freiwilligen Selbstkontrolle Multimedia-Diensteanbieter (FSM) und unabhängige Meldestellen wie etwa die eco-Beschwerdestelle⁶⁶ zu setzen. Diese vom Staat unabhängigen, aber der staatsfernen Aufsicht unterstehenden Selbstkontrolleinrichtungen würden die Anbieter zur Einrichtung eines effektiven Selbstkontrollsystems anleiten und sie dabei unterstützen. Die gesetzlichen Rahmenbedingungen zum Schutz der von „Hate Speech“ betroffenen könnte dabei der Gesetzgeber definieren, beispielsweise im Rahmen eines Verfahrens einer „Telemedienbeschwerde“, vergleichbar der Programmbeschwerde (§ 42 RStV) oder einer besonderen Rechtsschutzmöglichkeit vor den Zivilgerichten.⁶⁷

⁶⁶ Vgl. <https://www.eco.de/services/internet-beschwerdestelle.html>.

⁶⁷ Vorschläge hierzu wurden durch *Windau* vorgelegt in ZPOblog v. 6.4.2917, abrufbar unter <http://www.zpoblog.de/hate-speech-und-facebook-wir-brauchen-eine-online-zpo/>.