

Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG) i.d.F.
vom 16. Mai 2017 – BT-Drs. 18/12356

Erstattet auf Ansuchen des Bitkom

von

Prof. Dr. Dr. h.c. Karl-Heinz Ladeur, Hamburg
und Prof. Dr. Tobias Gostomzyk, Dortmund

Mai 2017

Zusammenfassung des Gutachtens zur Verfassungsmäßigkeit des NetzDG-E in Thesen.....	5
A. Grundlagen.....	8
I. Zielsetzung des NetzDG-E	8
1. Hasskriminalität und Falschnachrichten	9
a. Hasskriminalität	10
b. Falschnachrichten.....	11
2. Empirische Befunde	13
3. Verantwortung sozialer Netzwerke	14
B. Verfassungsmäßigkeit.....	15
I. <i>Formelle Verfassungsmäßigkeit</i>	16
1. Zuständigkeitsfragen.....	16
a) Zuständigkeit des Bundes für Gesetzgebung?	16
aa.) Gesetzgebungskompetenz der Länder	16
bb) Abgrenzung: Gesetzgebungskompetenzen des Bundes.....	18
cc) Ausübung der Gesetzgebungskompetenz.....	19
dd.) Verbot der Doppelzuständigkeit	20
b) Keine Zuständigkeit des Bundes für Verwaltung, Art. 83 ff. GG.....	21
2. Lösungsverfahren, Anspruch auf Anhörung aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG ...	21
3. Unbestimmtheit, Art. 20 Abs. 3, 103 Abs. 2 GG	22
a) „offensichtlich rechtswidrige Inhalte“	23
b) Anforderungen an Verfahrensausgestaltung	24
c) Umfang der Berichtspflicht.....	24
d) Organisatorische Unzulänglichkeit	25
e) Schulungs- und Betreuungspflichten.....	25
4. Verhältnis Verwaltungsverfahren - Ordnungswidrigkeitenverfahren	26
a) Kriterien für Bußgeld nach OWiG, § 4 Abs. 2 NetzDG-E	27
b) Anwendungsbereich „soziale Netzwerke“ i.S.d. § 1 Abs. 1 NetzDG-E....	28
5. Ausgestaltung des Rechtsschutzes	30
II. <i>Materielle Verfassungsmäßigkeit</i>	30
1. Vorbemerkung zu den Adressaten und zur Grundrechtsfähigkeit inländischer und ausländischer juristischer Personen	30
a.) Inländische Juristische Personen, Art. 19 Abs. 3 GG	30
b.) Ausländische Juristische Personen.....	31
2. Adressaten als Träger der Medienfreiheit?	31
3. Art. 12 GG - "soziale Netzwerke"	32
a.) Wer ist Adressat?	32
b.) Verpflichtung zur Sperrung/Löschung	33
aa.) Zweck des Gesetzes	33
bb) Eignung	35
(1) Strafbarkeit der Äußerung als geeignetes Auswahlkriterium?	35
(2) Beschränkung auf Provider mit mehr als zwei Millionen Nutzern	36
(3) Umgehungsgefahr	36
(4) Spielraum für die Entwicklung eigener Regeln	37
(5) Regulierungsmodell „regulierte Selbstregulierung“	38

(6) Was heißt „offensichtlich rechtswidrig“?	40
(7) Differenzierung nach der Zahl der User	40
(8) Unberechenbare Zahl der Beschwerden	41
(9) Keine Anforderungen an die Form der Beschwerde?	42
(10) Alternative: Kooperation	42
(11) Vergleich mit dem Rundfunkrecht	43
(12) Rekurs auf das Strafrecht – geeignet?	45
(13) Eignung im Hinblick auf exemplarische Tatbestände: §§ 185 ff. StGB.	46
(14) Androhung von Geldbußen – geeignet zur Zweckerreichung?	54
(15) Schneller Wandel des Verhältnisses von Öffentlichkeit - Privatheit	56
(16) Die Überwindung der Grenzen des bisherigen Äußerungsrechts verlangt mehr Flexibilität	57
cc) Erforderlichkeit	58
(1) Milderer Mittel?	58
(2) Erforderlichkeit eines Experimentiergesetzes?	59
dd) Verhältnismäßigkeit i.e.S.	60
c.) Suchpflicht, § 3 Abs. 2 Nr. 7 NetzDG-E a.F.	61
aa) Internationale Reichweite	61
bb) Schwierigkeit und Aufwand einer Suchstrategie	62
(1) Insbesondere Sperrung bzw. Löschung von „Kopien“, § 3 Ziff. 6 NetzDG-E	62
(2) Manipulation durch Social Bots?	63
(3) Maßnahmen gegen Speicherung § 3 Abs. 2 Nr. 7 NetzDG-E a.F.	64
d.) Berichtspflicht	65
aa) Grundsätzliche Eignung - Detailliertheit der Vorgaben	65
bb.) Minimale Freiheit der Selbstregulierung	65
e.) Weiterbildung, § 3 Abs. 4 S. 3 NetzDG-E	66
f.) Auskunftsanspruch bei Persönlichkeitsverletzung, Art. 2 NetzDG-E i.V.m. § 14 Abs. 2 TMG	67
aa) Die Vorschrift läuft leer!	67
bb) Hilfsweise: Verhältnismäßigkeit?	68
cc) Richtervorbehalt	68
g.) Aufsicht der Behörde, § 3 Abs. 5 NetzDG-E	68
h.) Pflicht zur Beaufsichtigung des Personals	69
aa) Haftung für handelnde Angestellte? - §§ 30, 130 OWiG	69
bb) Komplexität der Aufgabe der Aufsicht – komplexes gerichtliches Verfahren	70
(1) Aufspaltung des Verfahrens: Getrennte Prüfung von Rechtswidrigkeit der Entscheidungen und Schuld der Aufsichtspflichtverletzung, § 4 Abs. 5 NetzDG-E	70
(2) Schwer kalkulierbare Schuldfrage	72
cc) Insbesondere: Das Problem der „Compliance“ – Wie soll die Aufsicht über Entscheidende durch die Provider gestaltet werden?	72
cc) Insbesondere die Fallorientierung der Entscheidung und die Kontrolle der Entscheidenden	74
4. Schutz des Eigentums, Art. 14 Abs. 1 GG – „virtuelles Eigentum“	75
5. Meinungsfreiheit der Nutzer, Art. 5 Abs. 1 GG	76

a.) Drittwirkung der Grundrechte: Verhältnis Provider – Nutzer.....	76
b.) Verstoß gegen die Staatsfreiheit	77
aa.) Überwachung der Provider durch das Bundesamt für Justiz.....	77
bb.) Staatsfreiheit im Medienrecht.....	79
6. Art. 5 Abs. 1 GG - Staat-Nutzer.....	80
a.) Medien der Meinungsäußerung	80
aa.) Mittelbarer Eingriff: Staat – Nutzer durch Pflicht zur Sperrung oder Löschung?.....	80
bb.) Enge Interpretation der Schrankengesetze i. S. v. Art. 5 Abs. 2 GG	83
cc.) Formell: Verstoß gegen Gebot der Staatsfreiheit	84
dd.) Materiell-rechtlich gerechtfertigt als Schrankengesetz?	84
b.) Berichts- und Schulungspflicht.....	86
7. Zensurfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG	86
8. Pressefreiheit, Kunstfreiheit, Rundfunkfreiheit, Wissenschaftsfreiheit, Berufsfreiheit (Unternehmen als Nutzer), Parteienfreiheit, Religionsfreiheit..	87
a.) Nutzung Sozialer Medien durch die Presse.....	87
b.) Ausnahme „journalistisch-redaktionell gestaltete“ Plattformen.....	87
aa.) Was ist eine Plattform?.....	87
bb.) Was heißt „journalistisch-redaktionell“?	88
c.) Online-Ausgaben von Zeitungen sind von der Überwachungspflicht ausgenommen!.....	88
d.) Sonstige Betroffene	89
9. Parteienfreiheit insbesondere, Art. 5 Abs. 1 S.1 i.V.m. Art 21 GG	90
10. Persönlichkeitsrechte Dritter (Verletzter) – kein Recht auf Anhörung?	90
11. Informationsfreiheit dritter Nutzer, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG	91
12. Gleichheit der Medien	92
13. Europäische Grundrechte	93
a.) Berufsfreiheit.....	93
b.) Eigentum, Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK.....	94
c.) Meinungsfreiheit, objektiv-rechtlich und subjektiv-rechtlich	94
d.) Kunst, Wissenschaft, Persönlichkeitsrechte, Kirche, Parteien	95
14. EuGR-Charta	95
15. Fazit insgesamt	96

Zusammenfassung des Gutachtens zur Verfassungsmäßigkeit des NetzDG-E in Thesen

A. Formelle Verfassungsmäßigkeit

1. Die Länder sind für die Gesetzgebung nach Art. 70 GG zuständig, soweit das Grundgesetz keine andere Regelung enthält. Wegen der detaillierten Regelung von Verhaltens- und Organisationspflichten der Träger von „sozialen Netzwerken“ handelt es sich wesentlich um eine Materie des Medienrechts und nicht des Wirtschaftsrechts. Es besteht eine Gesetzgebungs- und Verwaltungszuständigkeit der Länder.
2. Die Länder haben von ihrer Gesetzgebungskompetenz insbesondere durch §§ 54, 59 RStV sowie dem JMStV Gebrauch gemacht. Hier überschneiden sich Regelungen eindeutig mit dem NetzDG-E, was wiederum gegen das Verbot der Doppelzuständigkeit verstößt.
3. Das NetzDG-E verstößt in mehrfacher Hinsicht gegen das Gebot der Bestimmtheit von Gesetzen. Dies ist umso gravierender, als das Gesetz den betroffenen Providern bei Verletzung der nur vage formulierten Pflichten erhebliche Geldbußen androht.
4. „Soziale Netzwerke“ als Adressaten des Gesetzes sind ebenfalls in nur unbestimmter Weise umschrieben.
5. Der Entwurf vernachlässigt die verfassungskonforme Ausgestaltung der Prüf- und Löschungs- bzw. Sperrpflichten sowie der formalen Anforderungen, die an Beschwerden gestellt werden können. Insbesondere ist unklar, ob eine unspezifische Beschwerde ohne jede Konkretisierung ausreicht und ob die Provider solche Anforderungen selbst formulieren dürfen. Erfordernisse der Anhörung der sich Äußernenden wie der Drittbetroffenen (z.B. Personen, die in ihren Persönlichkeitsrechten verletzt sind) sind im Gesetzestext nicht enthalten, in der Begründung finden sich nur vage Hinweise.

B. Materielle Verfassungsmäßigkeit des NetzDG-E

1. Das Gesetz greift in verfassungswidriger Weise in die Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG der sozialen Netzwerke i.S.d. § 1 Abs. 1 NetzDG-E G ein. Ein Gesetz, das vor allem mit der Androhung von Geldbußen für Verstöße gegen vage normierte Pflichten operiert, ist nicht geeignet zur Erreichung seiner Ziele. In einem solchen Fall empfiehlt sich eher die Wahl der „regulierten Selbstregulierung“ sowie des privat-öffentlichen Lernens.

2. Die Beschränkung auf die Regulierung auf soziale Netzwerke mit mehr als zwei Millionen registrierten Nutzern ist ein ungeeignetes Mittel. Warum sollte ein Post, der bei einem kleineren Provider von 100.000 Nutzern gelesen wird, sanktionslos bleiben, während ein Post, der bei einem großen sozialen Netzwerk von zehn Usern gelesen wird, ggf. sofort gesperrt werden muss? Die undifferenzierte Regelung ist für große Anbieter unverhältnismäßig. Sie verhindert vor allem die notwendige *Setzung von Prioritäten* (z.B. Gewicht der Verletzung, Zahl der Aufrufe, Bedeutung für öffentliche Information und Meinungsbildung). Gravierende Verletzungen sollten im Vordergrund stehen.

3. Allein offene, auf Anpassung und Selbständerung angelegte Regeln, sind für die Regulierung der komplexen Materie geeignet: Soziale Netzwerke i.S.d. § 1 Abs. 1 NetzDG-E sind hybride Medien verschiedenen Übergängen zwischen Privatem und Öffentlichem. Deswegen käme es zunächst darauf an, durch eine experimentelle Praxis soziale Kommunikationsregeln für *Fallgruppen* zu entwickeln. Es gibt immer mehr Teilforen, für die eigene Regeln entwickelt werden müssen (z.B. Fußballfans, politische Foren). Einige haben eher privaten Charakter, weil sie nur von wenigen genutzt werden, andere sind ursprünglich als private beabsichtigt worden, entfalten aber durch schnelle Proliferation der Inhalte im Netz plötzlich eine unerwartete öffentliche Dynamik.

4. Das Gesetz will den Adressaten nach eigenen Angaben „Compliance-Pflichten“¹ aufgeben, die angesichts der Diversität der Rechtsprechung zum Verhältnis von Meinungsfreiheit und insbesondere Persönlichkeitsschutz nicht in klare Regeln zu fassen sind. Sie sind indes nicht erfüllbar. Wohl deswegen existiert auch kein Maßstab für die Bestimmung der Fahrlässigkeit bei der Nichterfüllung der Verfahrens- und Organisationspflichten.

5. Das Gesetz verstößt in mehrfacher Hinsicht gegen den Schutz der Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG. Nach dem allgemeinen Haftungsrecht müssen im Einzelfall unter Beachtung der Drittwirkung der Grundrechte sowohl das allgemeine Persönlichkeitsrecht als auch die Meinungsfreiheit durch *Abwägung* berücksichtigt werden. *Hier* werden die Gewichte aber mit Hilfe des Ordnungswidrigkeitenrechts *einseitig zu Lasten der Meinungsfreiheit* neu verteilt. Das Gesetz übt durch den völlig unkalkulierbaren Einsatz der Drohung mit Geldbußen in Höhe von bis zu 50 Millionen EUR erheblichen Druck auf soziale Netzwerke i.S.d. § 1 Abs. 1 NetzDG-E aus, *sehr schnell* zu entscheiden – auf *unvollständiger Grundlage*. Die pragmatische Option „im Zweifel löschen!“ wäre trotz Einseitigkeit nicht als Ordnungswidrigkeit zu sanktionieren; anders als die umgekehrte Option im Zweifel nicht zu löschen.

6. Das NetzDG-E ist mit der Pressefreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, unvereinbar. Auch die Posts von Journalisten über soziale Netzwerke könnten ohne angemessene Kontrolle gelöscht werden. Das Gleiche gilt für die Freiheit der politischen Parteien, Art. 5 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art 21 GG.

7. Das Gesetz verstößt durch seine Sperrungsvorschriften auch gegen die Informationsfreiheit. Internetnutzer werden in ihrem Recht aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG beeinträchtigt, wenn der freie Fluss der öffentlich zugänglichen Informationen durch staatliche Maßnahmen oder durch Intervention eines privaten Dritten behindert oder partiell ausgeschlossen wird.

¹ Diesen Begriff verwendet die Begründung des Entwurfs mehrmals: z.B. auf den Seiten 2, 9ff.

8. Die Regelungen des NetzDG-E führen zu einer Ungleichbehandlung der Medien führen – insbesondere im Hinblick auf die Staatsfreiheit, die für Presse, Rundfunk und andere Telemedien gewährleistet sein muss.

Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG) i.d.F. vom 16. Mai 2017 – BT-Drs. 18/12356

Regierungsentwurf des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (BT-Drs. 18/12356; nachfolgend: NetzDG-E) zielt auf eine Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken. Soziale Netzwerke i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 1 NetzDG-E sollen bestimmte, objektiv strafbare Inhalte ab Kenntnis einer Beschwerde unverzüglich prüfen und bei festgestellter Rechtswidrigkeit entfernen oder den Zugang hierzu sperren. Damit soll einer „Verrohung der Debattenkultur in sozialen Netzwerken“² insgesamt entgegengetreten werden. Im Auftrag des Bitkoms ist der Gesetzentwurf hinsichtlich seiner formellen und materiellen Verfassungsmäßigkeit zu prüfen.

A. Grundlagen

Der Regierungsentwurf des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (BT-Drs. 18/12356, nachfolgend: NetzDG-E) zielt auf eine Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken i.S. d. § 1 Abs. 1 S. 1 NetzDG-E. Es soll Hasskriminalität und Fake News zurückdrängen. Diese Begriffe gilt es zu definieren – und auf ihre empirische Relevanz einzugehen. Gleichzeitig soll die Verantwortung sozialer Netzwerke betont werden.

I. Zielsetzung des NetzDG-E

Das NetzDG-E soll eine effektivere Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken bewirken. Soziale Netzwerke i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 1 NetzDG-E sollen bestimmte, objektiv strafbare Inhalte ab Kenntnis einer Beschwerde unverzüglich prüfen und bei festgestellter Rechtswidrigkeit entfernen oder den Zugang hierzu sperren. Damit soll einer

² NetzDG-E, BT-Drs. 18/12356, S. 11.

„Verrohung der Debattenkultur in sozialen Netzwerken“³ entgegenzutreten werden.⁴ Schließlich sei diese „oft aggressiv, verletzend und nicht selten hass erfüllt“⁵. Hasskriminalität und andere strafbare Inhalte seien aber eine „große Gefahr für das friedliche Zusammenleben in einer freien, offenen und demokratischen Gesellschaft“⁶. Dies solle durch eine wirkungsvollere Löschungs- bzw. Sperrpraxis von sozialen Netzwerken i.S.d. § 1 Abs. 1 NetzDG-E erreicht werden. Ziel sei zu gewährleisten, dass objektiv strafbare Inhalte wie etwa Volksverhetzung, Beleidigung oder die Störung des öffentlichen Friedens durch das Vortäuschen von Straftaten nach einer Beschwerde gelöscht bzw. gesperrt werden.⁷ Überdies formuliert der Gesetzentwurf nach eigenen Angaben „Compliance-Regeln“ wie Berichtspflichten oder die Einführung eines Beschwerdemanagements. Verstöße hiergegen sind durch Bußgelder zu ahnden. Letztlich solle eine zügigere und umfassendere Bearbeitung von Beschwerden erreicht werden. Demgegenüber habe sich eine Selbstverpflichtung sozialer Netzwerke als unzureichend erwiesen.

Das NetzDG-E ist so aufgebaut, dass es zunächst in § 1 den Anwendungsbereich definiert; sowohl hinsichtlich der Adressaten des Gesetzes als auch hinsichtlich der zu löschenden Inhalte. In § 2 NetzDG-E werden umfangreiche Berichtspflichten an soziale Netzwerke vorgesehen, etwa vierteljährlich die Anzahl eingegangener Beschwerden nach Beschwerdestellen, Nutzern und Beschwerdegrund aufzuschlüsseln. § 3 NetzDG-E normiert die Ausgestaltung des Prüf- und Löschungs- bzw. Sperrverfahrens, also die Pflichten von sozialen Netzwerken i.S.d. § 1 NetzDG-E im Umgang mit rechtswidrigen Inhalten. Es folgen die einzelnen Bußgeldtatbestände in § 4 NetzDG-E. Aus § 5 NetzDG-E ergibt sich wiederum für das Erfordernis einen inländischen Zustellungsbevollmächtigten zu benennen.

1. Hasskriminalität und Falschnachrichten

Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz soll zu einer Löschung oder Sperrung von objek-

³ NetzDG-E, BT-Drs. 18/12356, S. 1, 11.

⁴ NetzDG-E, BT-Drs. 18/12356, S. 9.

⁵ NetzDG-E, BT-Drs. 18/12356, S. 1, 9.

⁶ NetzDG-E, BT-Drs. 18/12356, S. 1, 9.

⁷ NetzDG-E, BT-Drs. 18/12356, S. 1, 9 sowie der Straftatenkatalog in § 1 Abs. 3 NetzDG-E.

tiv strafbaren Inhalten führen, die in § 1 Abs. 3 NetzDG-E abschließend genannt werden. Hierzu zählen gem. § 1 Abs. 3 NetzDG-E die Tatbestände des Verbreitens von Propagandamitteln (§ 86 StGB), des Verwendens von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen (§ 86a StGB), der Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (§ 89a StGB), der Verunglimpfung des Bundespräsidenten (§ 90 StGB), der Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole (§ 90a StGB), der verfassungsfeindlichen Verunglimpfung von Verfassungsorganen (§ 90b StGB), der Anleitung zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (§ 91 StGB), der landesverräterischen Fälschung (§ 100a StGB), der öffentlichen Aufforderung zu Straftaten (§ 111 StGB), der Störung des öffentlichen Friedens durch Androhung von Straftaten (§ 126 StGB), der Bildung krimineller Vereinigungen (§ 129 StGB), der Bildung terroristischer Vereinigungen, auch im Ausland (§ 129a - 129b StGB), der Volksverhetzung (§ 130 StGB), der Gewaltdarstellung (§ 131 StGB), der Belohnung und Billigung von Straftaten (§ 140 StGB), der Beschimpfung von Bekenntnissen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsvereinigungen (§ 166 StGB), der Verbreitung, des Erwerbs und des Besitzes kinderpornographischer Schriften (§ 184b StGB), des Zugänglichmachens pornographischer Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien sowie Abruf Kinder- und jugendpornographischer Inhalte mittels Telemedien (§ 184d StGB), der Beleidigung (§ 185 StGB), der üblen Nachrede (§ 186 StGB), der Verleumdung (§ 187 StGB), der Bedrohung (§ 241 StGB) und der Fälschung beweisheblicher Daten (§ 269 StGB). Durch die Löschung von solchen strafbaren Inhalten sollen sowohl Hasskriminalität („Hate Crime“) als auch Falschnachrichten („Fake News“) bekämpft werden.

a. Hasskriminalität

Unter Hasskriminalität ist die strafrechtlich relevante Verbreitung von Inhalten auf sozialen Netzwerken zu verstehen. Dabei geht es regelmäßig um die Diffamierung aufgrund der Zugehörigkeit der Opfer zu einer bestimmten Nationalität, Ethnie, Re-

ligion oder sexueller Orientierung.⁸ Ziele der Hasskriminalität sind also nicht nur personengebundene Beweggründe, sondern auch die Erniedrigung einer ganzen Gemeinschaft. Der Regierungsentwurf fixiert dabei die Straftatbestände, die zu ihrer Verwirklichung führen sollen. Sie reichen – wie benannt – von Beleidigung, Volksverhetzung bis hin zur Störung des öffentlichen Friedens.⁹

b. Falschnachrichten

Als Falschnachrichten im Sinne des NetzDG-E sollen allein strafrechtlich relevante Falschinformationen zu qualifizieren sein, die über soziale Netzwerke verbreitet werden. Hierzu zählt etwa die Störung des öffentlichen Friedens durch Verbreitung von Falschnachrichten gem. § 126 Abs. 2 StGB. In der Begründung des NetzDG-E heißt es daher auch zum Normziel: *„Nach den Erfahrungen im US-Wahlkampf hat auch in der Bundesrepublik Deutschland die Bekämpfung von strafbaren Falschnachrichten („Fake News“) in sozialen Netzwerken hohe Priorität gewonnen. Es bedarf daher einer Verbesserung, um objektiv strafbare Inhalte wie etwas Volksverhetzung, Beleidigung, Verleumdung oder Störung des öffentlichen Friedens durch Vortäuschen von Straftaten unverzüglich zu entfernen.“*¹⁰ Damit erfasst das NetzDG-E nur einen Ausschnitt aller denkbaren Falschnachrichten, die online verbreitet werden; viele hiervon sind – gerade wenn kein konkretes Rechtsgut betroffen ist – rechtlich irrelevant.¹¹ Neu an über soziale Netzwerke verbreiteten „Fake News“ ist allerdings, dass es grundsätzlich jedermann möglich ist, in gesteigertem Umfang Sender und Empfänger für Falschinformationen zu sein. Zwar gab es immer schon Falschinformationen, die etwa als Gerüchte¹² weiter erzählt wurden. Und auch Massenmedien wurden seit ihrem Bestehen für die Verbreitung von Falschmeldungen und Propaganda missbraucht („Zeitungsenten“).

⁸ Zu verschiedenen Facetten des Begriffs z.B. die Publikation „Geh Sterben! Der Umgang mit Hate Speech und Kommentaren im Internet“ der Antonio-Amadeo-Stiftung, abrufbar unter <https://www.amadeu-antonio-stiftung.de/w/files/pdfs/hatespeech.pdf> (Stand: 26.05.2017).

⁹ Als Überblick bereits Brugger, JA 2006, 687 ff..

¹⁰ NetzDG-E, BT-Drs. 18/12356, S. 1, 9.

¹¹ Dazu auch Gostomzyk, Gerüchte, Halbwahrheiten Lügen. Wie schützt das Recht den zivilen Diskurs, in: Lilienthal/Neverla, Lügenpresse, 2017, 173 ff.; Gostomzyk, Interview in Die Welt v. 05.01.2017, abrufbar unter: <https://www.welt.de/kultur/medien/article160892114/Die-Regierung-ist-nicht-Hueter-der-Oeffentlichkeit.html> (Stand: 21.05.2017).

¹² Zu Sorgfaltspflichten bei der Weitergabe von Gerüchten etwa EGRM, Urt. v. 22.02.2017, Az. 20996/10.

Doch war der Weg von Informationen in die Öffentlichkeit – neben einer nicht unproblematischen Praxis der Informationsselektion¹³ – grundsätzlich durch eine Qualitätssicherung gekennzeichnet, da Medien rechtlich zur sorgfältigen Prüfung von Nachrichten auf Wahrheit, Inhalt und Herkunft verpflichtet sind.¹⁴ Hieraus haben sich nach und nach professionelle Standards für Journalisten entwickelt, die im Übrigen auch durch eine begleitende, durch vergleichsweise hohes Fallaufkommen gekennzeichnete Rechtsprechungspraxis zum Äußerungsrecht gewährleistet wurden.¹⁵ Diese eigenen Medienstandards für Informationsqualität spiegeln sich auch im Pressekodex als selbstregulativer Kanon journalistisch-ethischer Grundregeln wider.¹⁶

Über soziale Netzwerke kann heute prinzipiell jedermann Falschinformationen mit erheblicher Reichweite verbreiten, was Folgen für die Sorgfaltsstandards hat. Dabei gelingt die Verbreitung von Falschnachrichten oftmals erfolgreich, weil sie nicht selten auf die Bindung von Aufmerksamkeit zielende, algorithmisch generierte Relevanzkriterien erfüllen. Dies können etwa Reizthemen sein, die unabhängig von ihrem Wahrheitsgehalt Empörung auslösen (z.B. Kinder, Flüchtlinge, Missbrauch).¹⁷ Entscheidend ist zunächst, ob eine Nachricht per Klick aufgerufen wird – und so für soziale Netzwerke zur Verbreitung zunächst von begleitender Werbung attraktiv ist.¹⁸ Überdies können technische Hilfsmittel wie „Social Bots“ automatisiert Falschnachrichten verbreiten.¹⁹

Fazit: Sowohl Hasskriminalität als auch Falschnachrichten sind keine Rechtsbegriffe. Vielmehr beschreiben sie Phänomene unlauterer dissozialer, teilweise aber auch nicht strafbarer Kommunikation, die durch Verbreitung in sozialen Netzwerken an

¹³ *Ruchmann*, Der Wert der Nachricht, 2003; *Eidlers/Wirth*, Publizistik 1999, 35 ff.; *Schulz*, Die Konstruktion von Realität, 1976.

¹⁴ Vgl. nur § 6 S. 1 Hamb. PresseG sowie *Gostomzyk*, a.a.O., 173, (177 ff.).

¹⁵ Vgl. nur aus einem bekannten Lehrbuch zum Medienrecht das Kapitel „Die Berichterstattungsfreiheit und ihre Grenzen“, in: *Branahl*, Medienrecht, 7. Aufl. 2013, 83 – 193.

¹⁶ Der Pressekodex ist abrufbar unter

http://www.presserat.de/fileadmin/user_upload/Downloads_Dateien/Pressekodex_BO_2016_web.pdf (Stand: 26.05.2017).

¹⁷ Einen guten Überblick über Falschmeldungen bietet die Webseite www.hoaxmap.org; dazu auch: *Hertle*, Das Kalkül von „Fake News“, in: F.A.Z. v. 14.01.2017, S. 7.

¹⁸ Hier etwa die Studie von *Tambini*, Fake News: Public Policy Responses. Media Policy Brief 20, 2017 abrufbar unter

http://eprints.lse.ac.uk/73015/1/LSE%20MPP%20Policy%20Brief%2020%20-%20Fake%20news_final.pdf (Stand: 26.05.2017).

¹⁹ Zur rechtlichen Relevanz etwa *Milker*, ZUM 2017, 216 ff. oder *Dreyer/Dankert*, K&R 2017, 73 ff..

Sichtbarkeit gewonnen haben. Nach dem NetzDG-E sollen sowohl Hasskriminalität als auch Falschnachrichten durch Löschung oder Sperrung von in § 1 Abs. 3 NetzDG-E selektiv benannten, objektiv strafbaren Inhalten bekämpft werden.

2. Empirische Befunde

Viele Internetnutzer bekunden, bereits mit Hassbotschaften in sozialen Netzwerken, Internetforen oder Blogs konfrontiert worden zu sein. Das ergab beispielsweise eine Forsa-Umfrage aus dem Jahr 2016 im Auftrag der Landesmedienanstalt NRW.²⁰ In dieser repräsentativen Umfrage wurden im Juni 2016 insgesamt 2.044 Bundesbürger ab 14 Jahren online befragt. Dabei gaben zwei Drittel aller befragten Personen an, bereits Hassbotschaften in sozialen Netzwerken, Internetforen oder Blogs gesehen zu haben.

Aus sozialwissenschaftlichen Studien ergibt sich aber gleichzeitig, dass strafbare Äußerungen nicht den Regelfall von über soziale Netzwerke verbreiteten Äußerungen darstellen. Auch ist ihre Bedeutung für die politische Meinungsbildung schwer zu ermitteln ist. Beispielsweise nutzen nach einer Studie Mainzer Medienwissenschaftler 90 Prozent der Bundesbürger selten oder nie Facebook oder Twitter für politische Meinungsäußerungen. In Bezug auf die Netzkommunikation handelt es sich mithin bei Hasskriminalität – quantitativ betrachtet – um Randerscheinungen, die allerdings – qualitativ betrachtet – das Potential haben, den Tonfall in sozialen Netzwerken grundlegend zu verändern. Es besteht das Risiko, dass gerade aggressive Posts auch die darüber hinausgehende Wahrnehmung der Kommunikation prägen.

Weiter ist der Einfluss von Falschinformationen auf die individuelle und öffentliche Meinungsbildung empirisch nicht ohne Weiteres belegbar. Schließlich handelt es sich bei der individuellen Meinungsbildung um mehrstufige, an verschiedene Kontexte gebundene Prozesse.²¹ Bisher vorliegende Forschungsarbeiten kommen deshalb auch

²⁰ Die Ergebnisse der Forsa-Studie zu Hate Speech sind abrufbar unter http://www.lfm-nrw.de/fileadmin/user_upload/lfm-nrw/Service/Veranstaltungen_und_Preise/Medienversammlung/2016/EthikimNetz_Hate_Speech-PP.pdf (Stand: 26.05.2017).

²¹ Dazu instruktiv *Schmidt/Merten/Hasebrink/Petrich/Rolfs*, Zur Relevanz von Online-Intermediären für die Meinungsbildung, Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Instituts Nr. 40, März 2017, 11 ff. (24 ff.)

regelmäßig zu zurückhaltenden Ergebnissen.²² Etwa folgte eine gemeinsame Studie der Harvard University und des Massachusetts Institute of Technology (MIT) nach Analyse von 1,2 Millionen Artikeln auf über 25.000 Internetseiten, dass „Fake News“-Seiten allein eine untergeordnete Rolle im US-Wahlkampf zugekommen sein dürfte.²³ Auch ist in diesem Zusammenhang zu sehen, dass es ganz verschiedene Formen von Falschnachrichten gibt.²⁴ Es spricht also vieles dafür, bei der Einordnung der Relevanz von Falschnachrichten nicht monokausal zugehen, sondern die politischen Informationsumwelten insgesamt in den Blick zu nehmen.²⁵

Natürlich können „Fake News“ Schaden anrichten, gerade Falschnachrichten i.S.d. NetzDG. Auch ist es denkbar, dass gezielt gestreute Falschinformationen unter Umständen bewirken, das Informationsvertrauen generell zu erschüttern. Es ist allerdings im Wesentlichen unklar, wie viele „Fake News“ tatsächlich im Umlauf sind,²⁶ ob es sich also quantitativ um ein randläufiges oder zentrales Phänomen handelt, und wie sie sich genau auf die individuelle und öffentliche Meinungsbildung auswirken.

3. Verantwortung sozialer Netzwerke

Der Gesetzentwurf wird in bisherigen Fachveröffentlichungen zumeist kritisch gesehen.²⁷

oder etwa speziell zu Falschnachrichten im Kontext von Satire: *Brewer/Young/Morreale*, *The Impact of Real News about ‚Fake News‘: Intertextual Processes and Political Satire*, *International Journal of Public Opinion Research*, 2013.

²² Dazu etwa den unter *Journalist’s Resource* unter abrufbaren Überblick:

<https://journalistsresource.org/studies/society/internet/fake-news-conspiracy-theories-journalism-research> (Stand: 26.05.2017).

²³ Ergebniszusammenfassung abrufbar unter: <https://www.cjr.org/analysis/breitbart-media-trump-harvard-study.php> (Stand: 26.05.2017).

²⁴ Dazu *Rubin/Chen/Conroy*, *Deception Detection for News: Three Types of Fakes*, *Proceedings of the Association for Information Science and Technology*, Vol. 52, 2015.

²⁵ Eindrucksvoll hierzu die Studie von *van Aelst/Strömbäck/Aalberg/Esser/de Vresse/Matthes/Hopmann/Salgado/Hube/Stepinska/Papathanassopoulos/Berganza/Legnante/Reinemann/Sheafer/Stanyer*, *Political Communication in a High-Choice Media Environment: A Challenge for Democracy?*, *Annals of the International Communication Association* 2017, Vol. 41, 3 ff..

²⁶ Beispielsweise soll auf Anfrage des Nachrichtenportals Golem.de der Bundesregierung aktuell keine einzige strafbare Falschnachricht geläufig gewesen sein, <https://www.golem.de/news/hate-speech-gesetz-regierung-kennt-keine-einzige-strafbare-falschnachricht-1704-127370.html> (Stand: 26.05.2017).

²⁷ *Elsaß/Labusga/Tichy*, CR 2017, 234 ff.; *Feldmann*, K&R2017, 292 ff.; *Koreng*, GRUR-Prax 2017, 203 ff.; *Lundberg*, CR 2017, R41 f. ; *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, 93 ff.; *von Blumenthal / Niclas*, ITRB 2017, 97 ff.; *Schulz*, *Comments on the Draft for an Act improving Law Enforcement on Social Networks*

Selbst Befürworter rügen – obwohl sie die grundsätzliche Zielrichtung des Gesetzes teilen – im Detail seine konkrete Umsetzung.²⁸ Dabei geht es keineswegs um Gleichgültigkeit oder gar Befürwortung von Hasskriminalität oder Falschnachrichten, die über soziale Netzwerke verbreitet werden.²⁹ Vielmehr bezieht sich die Ablehnung allein auf die konkrete Ausgestaltung des Prüf- und Löschungs- bzw. Sperrverfahrens.

Ein Monitoring der Löschungsquoten von sozialen Netzwerken durch jugendschutz.net, Kompetenzzentrum für den Jugendschutz im Internet, kam Anfang 2017 zu zwar unterschiedlichen, aber nach Meinung des BMJ insgesamt unzureichenden Löschungsquoten.³⁰ Allerdings sind offenbar bislang weder der methodische Ansatz noch die Ergebnisse überprüfbar.³¹ Unabhängig von der Belastbarkeit dieses Monitorings ist darauf hinzuweisen, dass soziale Netzwerke gesellschaftliche Verantwortung tragen. Sie kennzeichnet allerdings nicht nur selbst Adressat von Rechten und Pflichten zu sein, sondern auch für die Rechte und Pflichten ihrer Nutzer Sorge zu tragen. Deshalb ist es problematisch, wenn sie bußgeldbewährt „gezwungen“ werden, in vielfältige Rechte ihrer Nutzer – allen voran die Meinungsfreiheit – einzugreifen.³²

B. Verfassungsmäßigkeit

Der NetzDG-E verstößt sowohl formell als auch materiell gegen das Grundgesetz.

(NetzDG), abrufbar unter <http://www.hans-bredow-institut.de/en/teaser/comments-wolfgang-schulz-draft-act-improving-law-enforcement-social-networks-netzdg> (Stand: 26.05.2017); sowie nahezu alle unter <http://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/NetzDG.html> (Stand: 15.15.2017) abrufbare Stellungnahmen von Interessenverbänden und Einzelpersonen.

²⁸ So *Eifert*, NJW 2017, 1450 (1452) – gerade mit einer Kritik an der Bestimmtheit des Gesetzentwurfs –; insgesamt weniger kritisch allerdings *Höch*, K&R 2017, 289 ff. sowie *Kubiciel*, jurisPR-StrafR, 7/2017 Anm. 1., die allerdings nicht die Verfassungsmäßigkeit des NetzDG-E prüfen.

²⁹ So auch die Stellungnahme des Bitkoms zum NetzDG-E v. 20.04.2017, S. 1 f..

³⁰ NetzDG-E, BT-Drs. 18/12356, S. 1 f..

³¹ Hierzu das Auskunftsersuchen von *Liesching* an das Bundesjustizministerium v. 26.04.2017, abrufbar unter Beck-Blog <https://community.beck.de/2017/04/27/das-bundesverfassungsgericht-wird-das-netzwerkdurchsetzungsgesetz-kippen> (Stand: 26.05.2017).

³² Hierzu dieses Gutachten umfangreich unter dem Gliederungspunkt „materielle Verfassungsmäßigkeit“.

I. Formelle Verfassungsmäßigkeit

Hinsichtlich der formellen Verfassungsmäßigkeit ergeben sich insbesondere Bedenken in Bezug auf die Zuständigkeit des Bundes (Gesetzgebung, Verwaltung), den Anspruch auf rechtliches Gehör, die Bestimmtheit zahlreicher Regelungen des NetzDG-E, die Abstimmung zwischen Verwaltungsverfahren und Ordnungswidrigkeiten-Verfahren sowie der Ausgestaltung des Rechtsschutzes.

1. Zuständigkeitsfragen

Zuständigkeitsmängel ergeben sich hinsichtlich der Gesetzgebungs- als auch der Verwaltungskompetenz.

a) Zuständigkeit des Bundes?

Die Kompetenz des Bundes soll sich gemäß der Begründung des NetzDG-E aus dem Recht der Wirtschaft gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, der öffentlichen Fürsorge gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG, soweit der Jugendschutz betroffen ist, sowie dem Strafrecht gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG ergeben. Kernziel des NetzDG-E ist allerdings, einer „Verrohung der Debattenkultur in sozialen Netzwerken“³³ entgegenzutreten, um den freiheitlich-demokratischen Kommunikationsprozess durch Auferlegung von Prüf- und Lösungs- bzw. Sperrpflichten zu schützen.³⁴ Damit handelt es sich im Kern um eine auf Kommunikationsinhalte bezogene verhaltenssteuernde Regulierung, die in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fällt, Art. 70 Abs. 1 GG.

aa.) Gesetzgebungskompetenz der Länder

Gem. Art. 70 Abs. 1 GG haben die Länder die Gesetzgebungskompetenz, soweit die Verfassung nicht ausdrücklich den Bund ermächtigt. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes findet allerdings wegen der Pflicht zum bundesfreundlichen Verhalten

³³ NetzDG-E, BT-Drs. 18/12356, S. 11.

³⁴ So auch *Feldmann*, K&R 2017, 292 (294).

dort seine Grenze, wo Kernbereiche der Länderkompetenz betroffen sind wie dem Prozess der öffentlichen oder individuellen Meinungsbildung über Medien. So haben die Länder zweifelsohne die Gesetzgebungskompetenz für inhaltsbezogene Ausgestaltungen von Presse und Rundfunk.³⁵ Dies betont das BVerfG in ständiger Rechtsprechung durch Hinweis auf eine enge Verbindung zwischen Grundrechten – hier Art. 5 Abs. 1 GG – und Kompetenznormen, je nach grundrechtlicher Prägung des jeweiligen Lebenssachverhalts. Auch das spricht für eine Gesetzgebungskompetenz der Länder gem. Art. 70 Abs. 1 GG. Der Bundesrat weist in seiner Empfehlung zum NetzDG-E entsprechend darauf hin, dass der Gesetzentwurf *„die Regulierung der Kommunikation in sozialen Netzwerken betrifft und damit Auswirkungen auf die nach Artikel 5 Absatz 1 Satz 1 und 2 GG geschützten freiheits- und kommunikationsfördernden Grundrechte (Meinungsfreiheit, Informationsfreiheit und Medienfreiheiten) hat.“*³⁶

Fraglich ist allerdings die grundrechtliche Einordnung von sozialen Netzwerken. Derzeit existieren hierzu verschiedene, hier nicht im Einzelnen aufzuführende Ansätze.³⁷ Gersdorf spricht davon, dass die Diskussion hierüber *„in den Kinderschuhen“*³⁸ stecke. Allerdings ist es – entsprechend der bisherigen Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen – auch hier unstrittig, dass die Gesetzgebungskompetenz für Telemedien Ländersache ist, soweit es um die Regulierung von Telemedienhalten geht. Das gilt insbesondere für die Verbreitung von Inhalten über soziale Netzwerke, die mit einiger Reichweite und Relevanz zur individuellen und öffentlichen Meinungsbildung beitragen. Hierum geht es im Wesentlichen bei den Vorschriften des NetzDG-E, da sie dazu dienen sollen, einer *„Verrohung der Debattenkultur in sozialen Netzwerken“*³⁹ entgegenzutreten. Es wird bezweckt, dass nach Beschwerden sowohl Hasskriminalität als auch Falschnachrichten effektiv geprüft und gelöscht werden.

Durch das NetzDG-E soll letztlich ein Prüf- und Löschungs- bzw. Sperrverfahren eingeführt werden, das über die bisherige, im Telemediengesetz verortete Störerhaftung hinausgeht. Denn aus § 10 TMG ergibt sich unmittelbar keine Löschungspflicht. Vielmehr handelt es sich um eine Haftungsprivilegierung von Host Providern, die –

³⁵ Für den Rundfunk etwa BVerfG 12, 205, 225 ff.; 114, 371 sowie *Ladeur/Gostomzyk*, JuS 2002, 1145 ff..

³⁶ Empfehlung des Bundesrats vom 23.05.2017, BR-Drs. 315/17.

³⁷ Zu einigen Konzepten im Überblick etwa *Franzius*, JZ 2016, 650 (657).

³⁸ Stellungnahme *Gersdorf* zum NetzDG-E v. 28.03.2017, S. 7.

³⁹ NetzDG-E, BT-Drs. 18/12356, S. 1, 11.

abweichend vom allgemeinen Haftungsregime – erst bei Untätigkeit ab Kenntnis zur Verantwortung gezogen werden sollen. Nach dem NetzDG-E geht es allerdings über eine Pflicht zur Löschung von Inhalten hinaus, die zwar den Tatbestand von in § 1 Abs. 3 NetzDG-E aufgeführten Strafrechtsnormen erfüllen, aber nicht zwingend strafbar sein müssen, weil sie z.B. wegen eines berechtigten Interesses gem. § 193 StGB gerechtfertigt sind, oder mangels Strafantrag gem. § 194 StGB nicht sanktioniert werden könnten. Der Begriff „Netzwerkdurchsetzungsgesetz“ ist insofern irreführend. Zielsetzung des Gesetzes ist nicht allein die Durchsetzung bestehender Pflichten, sondern faktisch ihre Erweiterung unter – wie zu zeigen sein wird – für die Meinungsfreiheit prekären Umsetzungsbedingungen.

bb) Abgrenzung: Gesetzgebungskompetenzen des Bundes

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes gem. Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG für Telekommunikation erstreckt sich allein auf technische Fragen der Telekommunikation.⁴⁰ Um sie zu begründen, müsste dieser Sachbereich ganz oder zumindest ganz überwiegend betroffen sein.⁴¹ Das ist nicht der Fall. Im Zentrum des NetzDG-E steht die Frage, welche Inhalte nicht über soziale Netzwerke verbreitet werden sollen, nicht hingegen wie ihre technische Infrastruktur ausgestaltet werden soll.

Auch aus dem Recht der Wirtschaft gem. Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ergibt sich keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Zwar wird diese weit definiert und umfasst damit alle Normen, die sowohl das wirtschaftliche Leben als auch die wirtschaftliche Betätigung als solche regeln. So fallen wirtschaftsbezogene Regelungen zu Telemedien unter diese Gesetzgebungskompetenz und werden durch das Telemediengesetz (TMG) ausgeübt. Das TMG enthält in §§ 7 ff. TMG allerdings nur allgemeine Vorschriften über die Verantwortlichkeit von Providern. Das NetzDG-E geht weiter hierüber hinaus, indem es der Verbreitung rechtswidriger Inhalte entgegenzutreten will. Es zielt auf die konkrete Regulierung der inhaltlichen Dimension einer besonderen Variante von Telemedien, nämlich der soziale Netzwerke i. S. d. § 1 Abs. 1

⁴⁰ Dazu etwa BVerfGE 113, 348 (368); 114, 371 (385); dazu auch *Ladeur/Gostomzyk*, K&R 2011, 777 ff..

⁴¹ Etwa BVerfGE 97, 228 (252); 98, 265 (299); 121, 30 (47).

NetzDG-E. Hierzu wird von sozialen Netzwerken gem. § 1 Abs. 3 NetzDG-E verlangt, sowohl ein Beschwerdemanagement im Sinne von § 3 NetzDG-E einzuführen als auch umfangreichen Berichtspflichten gem. § 2 NetzDG-E nachzukommen. Die Umsetzung von beidem soll durch Bußgeldtatbestände gem. § 4 NetzDG-E abgesichert werden.

Weiter ergibt sich keine Gesetzgebungskompetenz gem. Art. 72, 74 Nr. 7 GG aus dem Recht der öffentlichen Fürsorge in seiner Ausprägung als Jugendschutz, soweit der Regelungsbereich der Gesetzgebungskompetenz der Länder für Medien kraft Sachzusammenhang zuzuordnen ist und keine bundeseinheitliche Regelung erforderlich ist. Das ist zumindest der Fall, soweit bereits entsprechende Regelungen im Jugendmedienschutzstaatsvertrag (JMStV) getroffen wurden.

Allenfalls eine Kompetenz des Bundes für die Bußgeldvorschrift gem. § 4 NetzDG-E könnte bestehen. Gem. Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 1 GG ist der Bund für das Strafrecht zuständig. Hierzu ist auch das Ordnungswidrigkeitenrecht zu zählen.⁴² Dies ließe allerdings vom Regierungsentwurf einen untauglichen Torso übrig, weil die Bußgeldvorschriften auf die genannten Vorschriften zur Ausgestaltung von Berichtspflichten und eines Beschwerdemanagements Bezug nehmen.

cc) Ausübung der Gesetzgebungskompetenz

Die Länder nehmen ihre Gesetzgebungskompetenzen durch den Staatsvertrag über Rundfunk und Telemedien (RStV) sowie den Jugendmedienstaatsvertrag (JMStV) wahr.

Abschnitt VI. des RStV regelt die inhaltsbezogene Regulierung von Telemedien. Hierzu gehört auch die Aufsicht über Telemedien gem. § 59 Abs. 2 RStV: *„Die Einhaltung der Bestimmungen für Telemedien einschließlich der allgemeinen Gesetze und der gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der persönlichen Ehre mit Ausnahme des Datenschutzes wird durch nach Landesrecht zu bestimmenden Aufsichtsbehörden überwacht.“* Damit

⁴² Vgl. *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 74 Rn. 7 sowie die Stellungnahmen von *Gersdorf* zum NetzDG-E v. 28.03.2017, S. 5; Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins zum NetzDG-E v. Mai 2017, S. 8.

haben die Länder von ihrer Regelungskompetenz Gebrauch gemacht, indem meist – wenn auch nicht in allen Ländern – die jeweiligen Landesmedienanstalten bestimmt wurden.⁴³ Mithin tragen die Länder hinreichend Sorge dafür, dass die allgemeinen Gesetze beachtet werden, § 54 Abs. 1 S. 2 und 3 RStV. Das erfolgt gem. § 59 RStV auf Basis eines abgestuften, den Anforderungen der Meinungsfreiheit tragenden Sanktionssystems, das zwischen bloßen Beanstandungen per Verwaltungsakt und der Verhängung von Bußgeldern unterscheidet.

Der JMStV gilt gem. § 2 Abs. 1 JMStV für alle Telemedien. Hinsichtlich des Jugendmedienschutzes sind die in § 4 JMStV („unzulässige Angebote“) aufgeführten Straftatbestände teilweise deckungsgleich mit den in § 1 Abs. 3 NetzGD-E genannten. Hierzu zählen §§ 86, 86a, 130, 130a, 131, 184a bis 184c StGB. Hinzu kommen gegen die Menschenwürde verstoßende Informationen. Gem. § 14 Abs. 1 JMStV ist wiederum die jeweils zuständige Landesmedienanstalt für die Prüfung geltender Bestimmungen nach dem JMStV verantwortlich.

dd.) Verbot der Doppelzuständigkeit

Das Verbot der Doppelzuständigkeit bestimmt, dass für eine bestimmte Gesetzgebungsmaterie entweder nur der Bund oder nur die Länder zuständig sein dürfen. Eine Aufteilung ist nach dem stärkeren Sachzusammenhang vorzunehmen⁴⁴, wobei eine Vermutung zugunsten der Regelungskompetenz der Länder besteht. Sofern eine Regelung Gesetzgebungskompetenzen des Bundes als auch der Länder betrifft, ist eine Abgrenzung vorzunehmen.⁴⁵ Es sprechen – wie gezeigt – gute Gründe dafür, dass der Bund in den bereits von den Ländern wahrgenommen Kompetenzbereich eingreifen würde. Eine Abgrenzung der Regelungsgegenstände des NetzDG-E und des RStV ist dagegen nicht ersichtlich. Dies widerspricht dem Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens als ungeschriebenen Grundsatz des Verfassungsrechts.⁴⁶

⁴³ Schulz, in: Hahn/Vesting, RStV, § 59 Rn. 21 f..

⁴⁴ BVerfGE 97, 228, 252; 98, 265, 299; 121, 30, 47.

⁴⁵ Vgl. etwa die Forderung des Bundesrates, BR-Drs. 315/1/17, S. 5 f..

⁴⁶ Dazu BVerfGE 12, 205, 239 f.

b) Keine Zuständigkeit des Bundes für Verwaltung, Art. 83 ff. GG

Die Gesetzgebungszuständigkeit bildet zugleich die Grenze der Verwaltungszuständigkeit des Bundes.⁴⁷ Die Aufsicht über Telemediendiensteanbietern obliegt ebenfalls den Ländern, die sie gem. § 59 Abs. 2 bis 4 RStV für das gesamte Bundesgebiet einheitlich und meist durch die Landesmedienanstalten wahrnehmen. Gleiches gilt – wie gezeigt – für spezifische in den JMStV aufgenommene Strafnormen. Die Aufsicht über Telemedien enthält in § 59 RStV in Verbindung mit § 20 Abs. 4 JMStV bereits Instrumente, um hier die Verbreitung unzulässiger Inhalte zu erfassen und mit Bußgeldern zu sanktionieren.⁴⁸ Demgegenüber würde eine Zuständigkeit des Bundesamtes für Justiz (BfJ) gem. § 4 Abs. 5 NetzDG-E zu einer Doppelzuständigkeit führen⁴⁹, die im Übrigen auch vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Staatsferne problematisch wäre.

2. Lösungsverfahren, Anspruch auf Anhörung aus dem Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG

Der Anspruch auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 Abs. 1 GG gilt für private Entscheidungsverfahren zwar nicht unmittelbar.⁵⁰ Doch ergibt sich ein vergleichbarer Anspruch auf Gehör aus der Verfahrensdimension der Grundrechte, hier der Meinungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG. So plant die Bundesregierung beim Recht auf Vergessen konsequenterweise künftig ein Anhörungsrecht für Betroffene vorzusehen, um die Presse- und Meinungsfreiheit zu stärken.⁵¹ Das ist umso mehr bei Werturteilen erforderlich, welche „die subjektive Beziehung des sich Äußernden zum Inhalt seiner Aussage kennzeichnend“.⁵² Das NetzDG-E hingegen sieht weder eine verpflichtende Anhörung des sich Äußernden noch des von Äußerungen Betroffenen vor. Der Entwurf spricht davon, dass der sich äussernde Nutzer angehört werden kann. Das gilt sowohl für das durch soziale Netzwerke i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 1 NetzDG-E

⁴⁷ BVerfGE 15, 1 (16); 78, 374 (386); 102, 167 (174).

⁴⁸ Dazu etwa auch *Feldmann*, K&R 2017, 292, 293

⁴⁹ Vgl. etwa die Forderung des Bundesrates, BR-Drs. 315/1/17, S. 5 f..

⁵⁰ Anders dagegen *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, 93, 98.

⁵¹ So *Rath*, Recht auf Vergessen. Anhörung für Betroffene geplant, in: taz v. 22.05.2017, abrufbar unter: <http://www.taz.de/!5019379/>.

⁵² BVerfGE 94, 1 (7); 90, 241 (247).

durchzuführende Lösungsverfahren als auch für das staatliche Bußgeldverfahren, in dem gem. § 4 Abs. 5 NetzDG-E sogar ohne mündliche Verhandlung entschieden werden kann. Das ist indes problematisch, weil das NetzDG-E zwar für den Fall eines Bußgeldverfahrens eine gerichtliche Kontrolle für sog. Vorabentscheidungsverfahren vorsieht, doch keine Prüfung vorgesehen ist, wenn ein soziales Netzwerk eine Löschung oder Sperrung vornimmt.

3. Unbestimmtheit, Art. 20 Abs. 3, 103 Abs. 2 GG

Der Bestimmtheitsgrundsatz als Konkretisierung des Rechtsstaatsgebots verpflichtet den Gesetzgeber, Rechtsvorschriften erwartungsfest zu formulieren.⁵³ Gerade Adressaten belastender Normen sollen wissen können, welche Verpflichtungen sie unter welchen Umständen binden. Das gilt gem. Art. 103 Abs. 2 GG insbesondere dann, wenn an die Nichtbefolgung von Normen erhebliche Bußgelder geknüpft werden. Schließlich darf eine Tat nur dann sanktioniert werden, wenn die Bußgeldbewährung gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Betroffene sollen sich über sie potentiell treffende Belastungen im Klaren sein; gerade im grundrechtssensiblen Bereich. Das erfordert wiederum, die Voraussetzungen für die Erteilung von Bußgeldern gesetzlich so festzulegen, dass sich Tragweite und Anwendungsbereich zumindest unmittelbar aus dem Wortlaut des Gesetzes durch Auslegung ermitteln lassen.⁵⁴

Rechtsvorschriften sind letztlich so genau zu fassen, „*wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalt mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist*“⁵⁵. Zwar ist hierdurch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe nicht ausgeschlossen. Doch muss ein Normadressat der gesetzlichen Bestimmung selbst entnehmen können, unter welchen Umständen ein Verhalten geahndet werden soll.⁵⁶ An der Bestimmtheit

⁵³ BVerfGE 49, 168 (181); 59, 104 (114); 62, 169 (180); 80, 103 (107 f.).

⁵⁴ Hierzu etwa BVerfG, Beschl. v. 06.05.1987, Az. 2 BvL 11/85, BVerfGE 75, 341 m.w.N.

⁵⁵ BVerfGE 93, 213(238); 87, 234 (263); 102, 254 (337).

⁵⁶ Hierzu etwa BVerfG, NJW 2005, 349.

des NetzDG-E bestehen in vielfacher Hinsicht Zweifel.⁵⁷ Auf die wichtigsten Punkte soll hier eingegangen werden:

a) „offensichtlich rechtswidrige Inhalte“

§ 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG-E fordert, „einen offensichtlich rechtswidrigen Inhalt innerhalb von 24 Stunden nach Eingang einer Beschwerde“ zu entfernen oder den Zugang zu ihm zu sperren. Bereits der Begriff „offensichtlich“ ist paradoxerweise selbst unbestimmt. Das ist gerade im Hinblick auf die äußerungsrechtliche Beurteilung von Inhalten problematisch. Die Rechtswidrigkeit von Äußerungen – etwa Beleidigungen – lässt sich nicht allein objektiv, also allein nach der Lektüre von Begriffen beurteilen. Beispielsweise hat das OLG Hamburg jüngst selbst die Bezeichnung „Arschloch“ als zulässig erachtet, weil der Äußernde nachweisen konnte, dass sich der Betroffene in anderen Zusammenhängen selbst als „Arschloch“ bezeichnet habe oder jedenfalls die Bezeichnung von ihm als „Arschloch“ geduldet habe.⁵⁸ Letztlich sind also etliche, oftmals einzelfallabhängige Wertungen vorzunehmen. Es bedarf einer komplexen, kontextbezogenen Bewertung, die sich nach den gefestigten Standards der Meinungsfreiheit auf mehreren Stufen (insb. Erfassung des Sachverhalts, Verständnis der Äußerung, Einordnung als Tatsachenbehauptung oder Meinungsäußerung) bis hin zu Abwägung zu vollziehen ist. Die hiermit oftmals verbundenen Unsicherheiten dokumentiert bereits die Rechtsprechung selbst: Instanzgerichte können bekanntermaßen im Einzelfall zu höchst unterschiedlichen Einschätzungen kommen. Dabei streitet regelmäßig für die Meinungsfreiheit, dass durch das BVerfG entwickelte Regeln existieren, die den Prozess freier individueller und öffentlicher Meinungsäußerung schützen sollen. Beispielsweise fallen auch polemische Meinungsäußerungen in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG.⁵⁹ Bei Mehrdeutigkeit müssen alle Lesarten in Rechnung gestellt werden⁶⁰ - und es ist gerade bei einer denkbaren Bestrafung

⁵⁷ Hierzu auch die Empfehlung des Bundesrates v. 23.05.2017, BR-Drs. 315/1/17, S. 3 f.

⁵⁸ OLG Hamburg, Beschl. V. 14.11.2016, Az. 9 W 93/16).

⁵⁹ BVerfGE 61, 1 (9); BVerfG K&R 2017, 327 m. Anm. *Ladeur* („SA- Horden“); BVerfG K&R 2017, 327 m. Anm. *Ladeur* (Gabriele Pauli).

⁶⁰ BVerfG, ZUM 2014, 965 m. Anm. *Ladeur*.

die, die Meinungsfreiheit am wenigsten belastende Deutung zu wählen.⁶¹ Bei der Vermengung von Tatsachenbehauptungen und Meinungsäußerungen soll im Zweifel von einer Meinungsäußerung auszugehen sein.⁶² Oder es spricht eine Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede, wenn eine Frage die Öffentlichkeit wesentlich berührt. Auch muss, wer sich in der Öffentlichkeit äußert, prinzipiell auch scharfe und abwertende Kritik hinnehmen.⁶³ Gleiches gilt – und letztlich noch im höheren Maße – für die Feststellung einer einfachen, also nicht offensichtlichen Rechtswidrigkeit von Äußerungen. Gerade hier kommen die Instanzgerichte immer wieder zu unterschiedlichen Ergebnissen, wie aktuell etliche neuere Entscheidungen des BVerfG zum Äußerungsrecht dokumentieren. Diese aus der Unsicherheit des Verständnisses von Meinungsäußerungen zum Schutz der Meinungsfreiheit geborenen Regeln, werden im Übrigen durch das NetzDG-E ins Gegenteil verkehrt: Im Zweifel soll unter Zeitdruck eine Löschung erfolgen, um ein Bußgeld abzuwenden.

b) Anforderungen an Verfahrensausgestaltung

Die Ausgestaltung des Prüf- und Lösungsverfahrens gem. § 3 Abs. 2 NetzDG-E folgt nur scheinbar dem Leitbild „regulierter Selbstregulierung“. Schließlich setzt diese ein Kooperationsverhältnis öffentlicher und privater Entscheidungsträger voraus. Hierzu sind wiederum durch den Gesetzgeber Vorgaben für das Verfahren zu formulieren (insb. Anhörungsrechte), um die Grundrechte der von Löschungen bzw. Sperrungen Betroffenen zu schützen. Das gilt umso mehr, wenn Private bußgeldbewährt verpflichtet werden, bestimmte Äußerungen durch Löschung bzw. Sperrung zu unterbinden.

c) Umfang der Berichtspflicht

§ 2 NetzDG-E bestimmt umfangreiche, vierteljährliche Berichtspflichten. Wenn ein

⁶¹ BVerfGE 93, 266 (295 f.).

⁶² BVerfGE 85, 1 (15 f.).

⁶³ BVerfGE 54, 129 (138).

Bericht „*nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig*“ erstellt und veröffentlicht wird, soll dies gem. § 4 Abs. 1 Nr. 1 NetzDG-E zu einer Geldbuße führen können. Unbenommen der Verwendung eher alltagssprachlicher, juristisch nicht exakt fixierbarer Begrifflichkeiten („nicht richtig“), ist problematisch, dass durch das NetzDG-E nicht deutlich wird, wann ein Bericht normgemäß erstellt wurde; zumal § 2 Abs. 2 NetzDG-E allein von Mindestpflichten für die Berichterstattung vorgibt. Im Übrigen könnte die Berichtspflicht gegen den Grundsatz des Verbots zum Zwang der Selbstbeziehung verstoßen, etwa bei Informationen zur Dauer von Entscheidungsprozessen.⁶⁴

d) Organisatorische Unzulänglichkeit

§ 3 Abs. 4 S. 2 NetzDG-E bestimmt organisatorische Pflichten hinsichtlich des Beschwerdemanagements. „*Gefordert werden wirksame und transparente Verfahren zur unverzüglichen Lösung rechtswidriger Inhalte einschließlich nutzerfreundlicher Mechanismen zur Übermittlung von Beschwerden.*“⁶⁵ Ausgangspunkt für diese „Compliance-Pflicht“ soll die Haftungsregelung gem. § 10 TMG sein. Hierzu soll eine monatliche Überwachung durch die Leitung von sozialen Netzwerken i.S.d. § 1 Abs. 1 NetzDG-E stattfinden, um „organisatorische Unzulänglichkeiten“ zu beseitigen. Andernfalls kann dies gem. § 4 Abs. 1 Nr. 5 NetzDG-E zu einer Geldbuße führen. Wiederum ist unklar, wann von einer „organisatorische Unzulänglichkeit“ auszugehen sein soll, zumal es sich um eine vage Begrifflichkeit handelt, da wiederum genauere Vorgaben für das Prüf- und Lösungsverfahren fehlen.

e) Schulungs- und Betreuungspflichten

§ 3 Abs. 4 S. 3 NetzDG-E verlangt mindestens halbjährliche Schulungs- und Betreuungspflichten für die mit der Bearbeitung von Beschwerden beauftragten Personen.

⁶⁴ So auch *Feldmann*, K&R 2017, 292 (294); *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, 93 (101).

⁶⁵ NetzDG-E, BT-Drs. 18/12356, S. 10.

Wird eine „Schulung“ oder „Betreuung“ nicht oder nicht rechtzeitig angeboten, soll diese gem. § 4 Abs. 1 Nr. 6 NetzDG-E zu einer Geldbuße führen können. Wiederum ist unklar, welche Anforderungen an eine „Schulung“ oder „Betreuung“ zu stellen sind.

4. Verhältnis Verwaltungsverfahren - Ordnungswidrigkeitenverfahren

Würden Vorgaben des NetzDG-E durch soziale Netzwerke i. S. d. § 1 Abs. 1 NetzDG-E hinsichtlich der Löschung bzw. Sperrung von Inhalten nach Auffassung des Bundesamtes der Justiz nicht hinreichend erfüllt werden, könnte dies sowohl zu einer administrativen Beanstandung durch Verwaltungsakt als auch zu einem Ordnungswidrigkeitenverfahren führen. Die hier notwendige Abgrenzung ist dem NetzDG-E nicht zu entnehmen; anders als im RStV der Länder. Hier wird gerade wegen der komplexen, im Einzelfall schwierigen Beurteilung von Inhalten richtigerweise nicht jeder Verstoß als Ordnungswidrigkeit sanktioniert.

Weiter ist es die Aufgabe von Verwaltungsbehörden für die Verfolgung und Sanktionierung von Ordnungswidrigkeiten zuständig zu sein. Gerichte werden dagegen erst tätig, wenn ein Einspruch von Betroffenen erfolgt. Von diesem Grundprinzip weicht § 4 Abs. 5 NetzDG-E ab, indem die geplante Vorschrift ein gerichtliches Vorabentscheidungsverfahren vorsieht. Der Grund hierfür kann allerdings allein eine Zurückhaltung des Bundesamtes für Justiz im grundrechtssensiblen Bereich sei, insbesondere der Meinungsfreiheit. Denn Ordnungswidrigkeiten können allein von Verwaltungsbehörden geahndet werden. Abweichendes ergibt sich nicht durch die inzidente Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen von Delikten gem. § 1 Abs. 3 NetzDG-E. Schließlich ist gem. Art. 92 GG allein den ordentlichen Gerichten die Verhängung von Kriminalstrafen vorbehalten.⁶⁶ Demgegenüber wäre es wiederum Aufgabe der Verwaltung den entsprechenden Sachverhalt zu ermitteln, nicht des vorabentscheidenden Gerichts.⁶⁷

⁶⁶ Dazu BVerfGE 22, 125 (130).

⁶⁷ Zum Amtsermittlungsgrundsatz *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, 93 (101).

a) Kriterien für Bußgeld nach OWiG, § 4 Abs. 2 NetzDG-E

Das NetzDG-E enthält keine Vorgaben zur Festsetzung der Höhe von Bußgeldern, die eine erhebliche Spannweite aufweisen (bis 500 000 EUR, bis 5 000 000 EUR, bis 50 000 000 EUR). Diese Unbestimmtheit dürfte gerade zu einer vorauseilenden Löschung bzw. Sperrung führen (§ 4 Abs. 3 i. V. m. § 4 Abs. 5 NetzDG-E), um das Risiko eines unkalkulierbaren Bußgeldes zu minimieren. Das wiederum verstößt gegen den Grundsatz der Staatsfreiheit, gerade weil die Kriterien für die Festsetzung dieser Bußgelder in hohem Maße unbestimmt sind. Hieran ändert auch nichts, dass die neue Fassung des NetzDG folgende Begründung zu § 4 Abs. 3 NetzDG-E anführt: *„Der Tatbestand wird in der Regel nicht bereits durch einen einmaligen Verstoß gegen die Pflicht, offensichtlich rechtswidrige Inhalte innerhalb von 24 Stunden nach Eingang der Beschwerde oder andere rechtswidrige Inhalte innerhalb von 7 Tagen zu löschen oder zu sperren, erfüllt. Bei einem einmaligen Verstoß kann regelmäßig noch nicht davon ausgegangen werden, dass kein wirksames Verfahren für den Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte vorgehalten wird.“*⁶⁸ Bei sozialen Netzwerken sollen ausweislich der Begründung des NetzDG-E jährlich mindestens 500.000 Beschwerden eingehen.⁶⁹ Demnach ist es wenig beruhigend, dass ein einmaliger Verstoß keine Bußgeldzahlung auslösen soll. Die Unsicherheit bleibt bestehen, wenn es zu einer Bußgeldzahlung kommen soll. Das gilt gerade auch, weil nicht ersichtlich wird, nach welchen Kriterien die Höhe des Bußgeldes bis 50 Millionen EUR festgesetzt werden soll. Selbst wenn Näheres gem. § 4 Abs. 4 NetzDG-E in Bußgeldleitlinien geregelt werden soll, fehlen hierfür die gesetzlich festgelegten Kriterien.

Auch wird diese Rechtsunsicherheit nicht dadurch gemildert, dass *„zum Schutz der Meinungsfreiheit ist generell ein behutsames Vorgehen der Bußgeldbehörde angezeigt. Auch soll ein Bußgeldverfahren nicht eingeleitet werden, wenn die Rechtswidrigkeit von dessen Wahrheitsgehalt abhängt und das soziale Netzwerk keine Möglichkeit hat, den Wahrheitsgehalt zeitnah zu klären und den Inhalt deswegen nicht in einer der in § 3 Absatz 2 genannten Frist entfernt oder sperrt.“*⁷⁰ Wie oben gezeigt, hängt die rechtliche Beurteilung von

⁶⁸ NetzDG-E, BT-Drs. 18/12356, S. 22.

⁶⁹ NetzDG-E, BT-Drs. 18/12356, S. 3.

⁷⁰ NetzDG-E, BT-Drs. 18/12356, S. 23.

Äußerungen von mehreren Wertungsfragen ab. Die Frage des Wahrheitsgehalts ist nur eine hiervon, weil sie bei Tatsachenbehauptungen in hohem Maße entscheidend ist. Meinungsäußerungen dürfen dagegen auch unbegründet und irrational sein. Entsprechend formulierte das BVerfG: „Jeder soll frei sagen dürfen, was er denkt, auch wenn er keine nachprüfbaren Gründe für sein Urteil angibt oder angeben kann.“⁷¹

b) Anwendungsbereich „soziale Netzwerke“ i. S. d. § 1 Abs. 1 NetzDG-E

Der Anwendungsbereich „soziale Netzwerke“ ist aus mehreren Gründen unbestimmt. Eine Plattform soll hier – entgegen § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV – dann anzunehmen sein, wenn Telemediendiensteanbieter es Nutzern ermöglichen, „beliebige Inhalte mit anderen Nutzern auszutauschen, zu teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich zu machen“. Hierunter lässt sich nahezu jeder Internetdienst fassen. Schließlich existieren zahlreiche Plattformen, die den vernetzten Austausch von Text-, Foto- oder Videoinhalten ermöglichen. Die Adressaten des Gesetzes werden vielmehr erst durch die weitere Begründung des Gesetzentwurfs deutlich („höchstens zehn soziale Netzwerke betroffen“⁷²), was nicht ausreichend ist, weil das Gesetz aus sich selbst heraus verständlich sein muss. Offenbar herrschen selbst bei den Verfassern des Gesetzentwurfs Unsicherheiten, wie weit der Anwendungsbereich reichen soll.

Allein „Plattformen mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten, die vom Diensteanbieter selbst verantwortet werden“ sollen gem. § 1 Abs. 1 S. 2 NetzDG-E ausdrücklich nicht erfasst werden.⁷³ Hingegen ist unscharf, wann eine Plattform als „journalistisch-redaktionell“ einzustufen ist (dazu unten). Dass auf diesen Plattformen regelmäßig Interaktionsmöglichkeiten wie Kommentarfunktionen bestehen, wird dabei offenbar geduldet. Hingegen wird nicht beachtet, dass Medieninhalte auch über soziale Plattformen gem. § 1 Abs. 1 NetzDG-E distribuiert werden. Hier abgrenzbare

⁷¹ BVerfGE 61, 1 (13) – NPD Europas -.

⁷² NetzDG-E, BT-Drs. 18/12356, S. 2.

⁷³ So auch *Feldmann*, K&R, 292 (295).

Bereiche wie etwa ein Youtube-Channel sollen unter die Regulierung fallen, die eigenständige Plattform hingegen nicht.⁷⁴

Weiter sollen soziale Netzwerke gem. § 1 Abs. 2 NetzDG-E mit „weniger als zwei Millionen Nutzern im Inland“ von den Pflichten des NetzDG-E befreit werden. Hierunter sollen – wie gesagt – höchstens zehn in Deutschland nutzbare soziale Netzwerke fallen.⁷⁵ Die genaue Anzahl der Nutzer ist aber technisch schwierig zu bestimmen, zumal unklar ist, wie ihre Messung für welchen relevanten Zeitraum erfolgen soll.⁷⁶ Im ersten Gesetzentwurf war vorgesehen, auf die Anzahl der Registrierungen abzustellen. Dieses Kriterium ist jetzt entfallen. Das ist zwar sachgerecht, weil es gemessen an der Zielsetzung des Gesetzentwurfs auf die Reichweite und Relevanz von einzelnen Posts ankommt. Die generelle Nutzergröße eines sozialen Netzwerks kann dagegen allenfalls etwas über seine wirtschaftliche Ressourcen aussagen – zumindest wenn keine Mitgliedsbeiträge, sondern ausschließlich Werbeeinnahmen erzielt werden. Hinsichtlich der rechtlichen Bewertung einzelner Äußerungen kann es dagegen allein auf ihre konkrete Reichweite ankommen. In Frage kämen die Messung mittels sog. „Page Impressions“, also Aufrufe auf sozialen Netzwerken, wobei ein Nutzer mehrere Seitenaufrufe erzeugen könnte. Als weiterer Maßstab kämen sog. „Unique Visitors“ in Frage. Hier würde allein eine Zählung pro Nutzer innerhalb eines bestimmten Zeitraums erfolgen, selbst wenn er mehrere „Page Impressions“ erzeugen würde. Hinsichtlich der Zeit stellt sich überdies die Frage, ob die zwei Millionen Nutzer täglich, wöchentlich, monatlich oder jährlich erreicht werden müssen. Weiter ließe sich fragen, ob sie durchschnittlich oder einmal auf dem sozialen Netzwerk präsent sein müssen. Auch wird der territoriale Anwendungsbereich des Gesetzes nicht hinreichend deutlich, der letztlich Grundlage für die Anwendung des Gesetzes bleibt. Wie lassen sich Nutzer mit Bezug zum Rechtsraum Deutschland bei weltweit spannenden sozialen Netzwerken abgrenzen? Zwar hat die Rechtsprechung hierfür im Einzelfall Kriterien entwickelt,⁷⁷ doch bleibt die Abgrenzung bei der Messung der Zwei-Millionen-Nutzergrenze völlig offen. Fazit: Letztlich bleibt

⁷⁴ Hierzu im Gutachten unten unter „Gleichbehandlungsgrundsatz“.

⁷⁵ NetzDG-E, BT-Drs. 18/12356, S. 2 unten.

⁷⁶ So auch *Feldmann*, K&R, 292 (295); Gutachten unten.

⁷⁷ Dazu etwa *Handel*, MMR 2017, 227 ff..

der Anwendungsbereich im hohen Maße unbestimmt, was gerade angesichts drohender Bußgelder problematisch ist.

5. Ausgestaltung des Rechtsschutzes

Art. 19 Abs. 4 GG fordert die Ausgestaltung effektiven Rechtsschutzes in staatlichen gerichtlichen Entscheidungsverfahren. Aus der verfahrensrechtlichen Dimension der Grundrechte – hier: Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG – ergeben sich aber ähnliche prozedurale Anforderungen an private Eingriffe in die Meinungsfreiheit. Weder beim Prüf- und Lösungsverfahren durch soziale Netzwerke i. S. d. § 1 Abs. 1 NetzDG-E, noch beim Ordnungswidrigkeitenverfahren unter Einbeziehung des zuständigen AG gem. § 4 Abs. 5 NetzDG-E sind verlässlich Anhörungsrechte vorgesehen – zumal „ohne mündliche Verhandlung“ entschieden werden soll. Die Begründung des Entwurfs spricht davon, dass das soziale Netzwerk der Verfasserin oder dem Verfasser des gemeldeten Inhalts Gelegenheit zu Stellungnahme geben kann, aber nicht muss.⁷⁸

II. Materielle Verfassungsmäßigkeit

1. Vorbemerkung zu den Adressaten und zur Grundrechtsfähigkeit inländischer und ausländischer juristischer Personen

Der persönliche Anwendungsbereich des Gesetzes bleibt – wie im ersten Teil gezeigt – unklar. Insbesondere die Definition der „sozialen Netzwerke“ ist unscharf. Die Bezugnahme auf die Möglichkeit, beliebige Inhalte auszutauschen, ist zu weit gefasst. Es trifft schließlich auf viele Internetdienste zu.

a.) Inländische Juristische Personen, Art. 19 Abs. 3 GG

⁷⁸ NetzDG-E, BT-Drs., 18/12356, S. 21.

Nach Art. 19 Abs. 3 GG sind Grundrechte auf juristische Personen anwendbar, soweit dies „ihrem Wesen“ entspricht. Dies ist sowohl für die Berufsfreiheit als auch für das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 S. 1, den Gleichheitssatz, aber auch andere hier möglicherweise einschlägige Grundrechte zu bejahen. Für die Berufsfreiheit liegt dies auf der Hand.⁷⁹ Auf andere Grundrechte kommt es hier im Hinblick auf die betroffenen Provider nicht an.

b.) Ausländische Juristische Personen

Soweit es sich um ausländische juristische Personen handelt, ist die Rechtslage anders. Dies gilt nicht, wenn sie zumindest auch eine rechtlich eigenständige Niederlassung in der Europäischen Union haben. Das BVerfG hat aus dem Europarecht die Verpflichtung abgeleitet, Art. 19 Abs. 3 GG weiter zu verstehen und auch auf europäische juristische Personen zu erstrecken.⁸⁰ Dann kommt es auch nicht darauf an, wie weit die Aktivitäten von einem europäischen Standort aus gesteuert werden. Es genügt, dass die hier einschlägigen Tätigkeitsbereiche nicht ausdrücklich bei einem von dem europäischen rechtlich unterschiedenen Unternehmen konzentriert sind.⁸¹

2. Adressaten als Träger der Medienfreiheit?

Das Grundgesetz nennt in Art. 5 Abs. 1 S. 2 ausdrücklich zwei Medien mit eigenständigem Schutzbereich: die Presse und den Rundfunk. Die Entwicklung von Multimedia und die Herausbildung von Intermediären wie Suchmaschinen insbesondere, aber auch Plattformen, die eine eigenständige Organisationsleistung in der Meinungsbildung und Informationsverbreitung erbringen, haben in Wissenschaft und Rechtspraxis eine Diskussion darüber ausgelöst, ob und in welchem Maße auch der Handlungsbereich dieser neuen hybriden Akteure dem Schutzbereich einer weiter

⁷⁹ BVerfGE 50, 290 (363); 53, 1 (13).

⁸⁰ BVerfGE 129, 78 (94 ff.).

⁸¹ Vgl. dazu im Hinblick auf Facebook VG Hamburg, ZUM-RD 2012, 92.

zu fassenden „Medienfreiheit“ zuzuordnen seien.⁸² Eine solche Funktion der Organisation und Kanalisierung von Medieninhalten nehmen die Adressaten des geplanten Gesetzes aber für sich nicht in Anspruch. Sie ist den „sozialen Medien“ auch nicht jenseits der Absicht der Veranstalter durch den Prozess der Entfaltung ihrer Leistung gegenüber den Nutzern zugewachsen.

Hier geht es eher um die *Beschränkung* der Ausgestaltung der Nutzungsbedingungen, die sich möglicherweise aus dem Grundrecht der Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1, 2 GG, für das Handeln der Provider ergibt. Die Grundlage dieser Ausgestaltung findet sich im Vertragsrecht, soweit Nutzer sich „registrieren“ lassen, insbesondere im Recht der AGB, §§ 305 ff. BGB. Gegenüber Dritten können sich Provider nach einer im Vordringen befindlichen Auffassung auch auf das „virtuelle Hausrecht“ berufen.⁸³ Jedenfalls aber zielt das Handeln der Provider auf die Setzung von Schranken gegenüber Nutzern. Sie nehmen demgegenüber – anders als Plattformbetreiber im Rundfunkrecht – keine, etwa die Vielfalt gewährleistende Organisationskompetenz in Anspruch. Deshalb können sich die Provider gegenüber dem regulierenden Gesetzgeber nicht selbst auf ein *subjektives* Abwehrrecht oder ein Recht auf angemessene Ausgestaltung der Ausübungsbedingungen der „Medienfreiheit“ berufen. Dies ist allerdings nicht völlig unstrittig.⁸⁴ Darauf kommt es aber im Einzelnen nicht an, da jedenfalls die Möglichkeit der Setzung von Schranken der Berufsfreiheit auch durch die *objektiv-rechtliche* Dimension der Meinungsfreiheit begrenzt wird (vgl. unten).

3. Art. 12 GG (Provider)

a.) Wer ist Adressat?

Der Gesetzentwurf betrifft die Stellung der Adressaten als „Hostprovider“, d.h. als Unternehmen, die inhaltsbezogene Leistungen von Softwareapplikations- und Internetdiensten bereitstellen, nicht aber Telekommunikationsleistungen erbringen.

⁸² Für die Erstreckung des Schutzes der Meinungsfreiheit auf Intermediäre *Gersdorf*, Stellungnahme zum Netzwerkdurchsetzungsgesetz v. 30.03.2017; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 14. Aufl., 2016, Art. 5, Rn. 111; *Hoffmann-Riem*, AK-GG, Art. 5, Rn. 150, and. *Degenhart*, HStR IV, § 105 Rn. 31.

⁸³ Vgl. *Elsaß/Labusga/Tichy*, CR 2017, 234, 236; auch *Ladeur*, MMR 2011, 787.

⁸⁴ Vgl. die Nachweise in Fn. 4.

b.) Verpflichtung zur Sperrung/Löschung

Die Adressaten sind unter den im Gesetz in § 3 Abs. 2 Nrn. 2, 3 genannten Voraussetzungen insbesondere verpflichtet, Inhalte zu sperren bzw. zu löschen. Das Gesetz hat eine „berufsregelnde Tendenz“⁸⁵, und zwar in der Gestalt eines Berufsausübungsgesetzes. Damit wird in die Berufsfreiheit eingegriffen. Voraussetzung für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines solchen Eingriffsgesetzes ist nach der Rechtsprechung die Verfolgung eines legitimen Zweckes und die Einhaltung des Gebots der Verhältnismäßigkeit.⁸⁶

aa.) Zweck des Gesetzes

Das Gesetz verfolgt den Zweck, im Interesse der Erhaltung der Offenheit des Prozesses der Meinungsbildung, die Verbreitung falscher Behauptungen und unterschiedlicher Varianten der Verunglimpfung von Personen oder Institutionen zu verhindern oder zu begrenzen, soweit diese Äußerungen unter die im Gesetz genannten Straftatbestände subsumiert werden können. Die in Frage stehenden Äußerungen sind an Strafvorschriften zu messen, deren Legitimität kaum zweifelhaft sein kann. Der Zweck des Gesetzes besteht darin, die schon jetzt nach Strafrecht (und Strafprozessrecht) sowie nach allgemeinem Zivilrecht zu verfolgenden Tathandlungen schneller durch Sperrung des Zugangs zu den Diensten der Hostprovider zu sanktionieren.

Dieser Zweck ist legitim, da sich die bisherigen Sanktionsmöglichkeiten des allgemeinen Rechts als nicht in vollem Umfang praktikabel erwiesen haben. Der Grund hierfür dürfte insbesondere sein, dass die Kommunikation über soziale Netzwerke eigenständige Regeln nahelegt, auch wenn damit die Bekämpfung der Schwierigkeiten, von den Mitteln des allgemeinen Rechts Gebrauch zu machen, nicht ausgeräumt würden. Doch muss bei der Beurteilung der Eignung des Gesetzes berücksichtigt werden, dass gegen alle Äußerungen, die unter die in Bezug genommenen Strafnor-

⁸⁵ BVerfGE 70, 191 (214); 97, 228 (254).

⁸⁶ Vgl. zum Begriff *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl., 2016, Vorb. vor Art. 1, Rn. 45.

men subsumiert werden können, schon jetzt strafrechtliche und – überwiegend, also bei Beleidigungen – zivilrechtliche Instrumente einsetzbar sind. Die im neuen Gesetz vorgesehenen Sanktionen müssten also besser oder mit weniger Aufwand verfügbar sein, damit sie als geeignet angesehen werden könnten. Allerdings muss man auch berücksichtigen, dass es in einer liberalen Demokratie weder möglich noch erstrebenswert ist, insbesondere unwahre Behauptungen möglichst umfassend von der öffentlichen Diskussion fernzuhalten. Weitestgehend muss die Auseinandersetzung damit, soweit nicht qualifizierende Merkmale hinzutreten, durch die öffentliche Diskussion selbst erfolgen.⁸⁷ Es ist keineswegs so, dass falsche Behauptungen, auch soweit sie öffentliche oder private Rechtsgüter beeinträchtigen, grundsätzlich nicht durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützt wären. Selbst falsche, aber zunächst nicht als solche erkennbare Behauptungen oder Verdächtigungen können durch das Grundrecht der Meinungsfreiheit geschützt sein.⁸⁸ Dann ist allerdings die Abwägung besonders sorgfältig vorzunehmen – und das heißt auch: Der Sachverhalt ist genau aufzuklären. Da die Rechtsdurchsetzung im Internet aber bisher jedenfalls nicht effektiv war, ist es legitim, die Erreichung dieses Zweckes in neuer Form zu unternehmen. Allerdings ist anzumerken, dass die Ungeduld, die die Entwurfsverfasser⁸⁹ gegenüber den angeblich nur zögerlich gegen rechtswidrige Inhalte in sozialen Medien vorgehende Provider zeigen, nicht ganz nachvollziehbar ist: Das allgemeine Problem der mangelnden Rechtsdurchsetzung im Internet ist seit Jahren bekannt.⁹⁰ Dennoch hat sich der Staat dieser Problematik bisher nicht effizient angenommen. Die Betonung liegt auf „effizient“: Tatsächlich besteht nicht nur eine Gesetzgebungskompetenz der Länder, wie im ersten Teil des Gutachtens gezeigt worden ist. Die Länder haben davon auch (insbesondere) in §§ 54 Abs. 1 S. 3, 59 Abs. 3 RStV durch die Ermächtigung zur Vornahme von Aufsichtsmaßnahmen (aber auch in § 49 RStV durch die Regelung der Ordnungswidrigkeiten) Gebrauch gemacht. Allerdings lässt diese Regelung die Berücksichtigung von Elementen der Selbstregulierung und der privat-öffentlichen Kooperation vermissen. Die Regelung ist möglicherweise in dieser Form

⁸⁷ *Ladeur*, KritV 1999, 281.

⁸⁸ *Prinz/Peters*, Medienrecht. Die zivilrechtlichen Ansprüche, 1999, Rn. 265 ff.

⁸⁹ Vgl. Begründung des NetzDG-E, Referentenentwurf, S. 10.

⁹⁰ Die Verf. haben sich seit Jahren dafür eingesetzt, mit neuen privaten „Cyber Courts“ zu experimentieren, an die sich Opfer von Rechtsverletzungen wenden könnten, vgl. *Ladeur*, DuD 2012, 711; *Ladeur/Gostomzyk* NJW 2012, 710.

nicht praktikabel, weil die Aufsichtsstellen offenbar keine ausreichende Information über Rechtsverstöße erhalten, obwohl eine staatliche Regulierung existiert.

Der Gesetzentwurf betont, dass es um die Abstützung des allgemeinen Haftungsrechts gehe, nicht um einen Eingriff in die Meinungsfreiheit. Dazu ist weiter unten Näheres auszuführen. Es sollte aber nicht vergessen werden, dass sich daraus auch die Ansprüche (z.B. auf Unterlassung) ergeben, die vor den Zivilgerichten geltend zu machen sind. Dieser allgemeine Rechtsschutz mag nicht ausreichend sein - zu einer besonderen *Beschleunigung der Rechtsdurchsetzung auf Kosten der Gründlichkeit* der Prüfung besteht aber kein Anlass. Eine Verschärfung der Situation ist sicher durch den amerikanischen Präsidentschaftswahlkampf eingetreten, der aber erst wenige Monate zurückliegt. Im Übrigen ist die neue Variante von Rechtsverletzungen im Internet durch „Fake News“, manipulierte User-Accounts etc. noch relativ neu und für private wie öffentliche Akteure eine Herausforderung.

Fazit: Der Zweck des Gesetzes ist legitim.

bb) Eignung

Das Gesetz muss aber auch geeignet sein, den legitimen Zweck zu erreichen. Dies muss nicht sicher, aber doch wahrscheinlich sein. Überdies ist die Erreichung eines wesentlichen Teils des Zweckes ausreichend.⁹¹ Das Gesetz muss „Umfang und Grenzen des Eingriffs deutlich erkennen lassen“⁹². Es handelt sich um eine Berufsausübungsregelung.

(1) Strafbarkeit der Äußerung als geeignetes Auswahlkriterium?

Wenn man die im letzten Präsidentschaftswahlkampf der USA gewonnenen Erfahrungen auswertet, so lässt sich jedenfalls vermuten, dass ein großer Teil der als problematisch angesehenen irreführenden Posts gemessen am deutschem Recht nicht

⁹¹ BVerfGE 30, 292 (316); 68, 193 (218).

⁹² BVerfGE 86, 28 (40).

strafbar war und auch sonst nicht gegen Gesetze verstieß.⁹³ Damit wird allenfalls ein Teil des Zweckes des Gesetzes erreicht werden können.⁹⁴

(2) Beschränkung auf Provider mit mehr als zwei Millionen Nutzern

Problematisch erscheint dieses Kriterium im Hinblick auf die Eignung des Gesetzes deshalb, weil die Marktstellung des Providers weder im Hinblick auf die Zumutbarkeit der Kontrollmaßnahmen noch im Hinblick auf das Gewicht der zu bekämpfenden Gefahren einen zuverlässigen Maßstab bietet. Kleinere Anbieter hätten erstens einen geringeren Kontrollaufwand und zweitens geht von kleineren Anbietern keineswegs eine geringere Gefahr aus: Das Gesetz stellt hier nicht auf die Zahl der Aufrufe eines problematischen Posts ab, sondern auf die Größe des Host-Providers: Warum sollte aber ein Post, der bei einem kleineren Provider von 100.000 Nutzern gelesen wird, sanktionslos bleiben, während ein Post, der bei einem großen Provider von zehn Usern gelesen wird, unter Umständen sofort gesperrt werden müsste? Daraus ergibt sich nicht nur ein Bedenken unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes, sondern auch im Hinblick auf die Eignung: Das Gesetz nimmt selbst in Kauf, dass nicht nach dem Gewicht der Gefahr sanktioniert wird und viele Posts nicht sanktioniert werden können, weil sie von einem kleineren Anbieter gehostet werden. Umgekehrt müssten große Provider auch problematische Posts, die nur von Wenigen gelesen werden oder nur geringfügig die Grenze der Strafbarkeit überschreiten, unter Zeitdruck prüfen und ggf. sperren. Im Übrigen gibt es auch große Provider wie den Kurznachrichtendienst Twitter, die sehr viele Nutzer haben, aber nur relativ geringe Gewinne erzielen. Twitter könnte sich ein „Beschwerdemanagement“, das nicht auf gravierende Fälle begrenzt würde, kaum leisten.

(3) Umgehungsgefahr

⁹³ New York Times 8.11.2016, https://www.nytimes.com/2016/11/09/us/politics/debunk-fake-news-election-day.html?_r=0.

⁹⁴ So auch *Feldmann*, K&R 2017, 292 (293).

Die problematische Interventionsgrenze von zwei Millionen Nutzern lädt geradezu zur Umgehung ein: Zwar geht das Gesetz von einer Pflicht zur Sperrung/Löschung von rechtswidrigen Inhalten aus, doch wäre es mit dem Gesetz kaum zu verhindern, wenn betroffene Provider zu sperrende Inhalte an alternative, kleinere Hostprovider weiterleiten würden, damit dort ein Forum etabliert werden könnte, auf dem problematische Inhalte zugänglich blieben. Warum sollte es einen Unterschied machen, ob die Äußerung sogleich oder erst nach Umleitung von einem größeren Hostprovider bei einem kleineren Provider vorgehalten würde? Dass der Sinn des Gesetzes dabei verfehlt werden könnte, ist kein Grund, dies als missbräuchlich anzusehen. Das Gesetz selbst nimmt ja diese Unterscheidung zwischen größeren und kleineren Providern vor.

Fazit: Auch die Gefahr der Umgehung auf eine sehr einfache Weise weckt Zweifel an der Eignung des Gesetzes.

(4) Spielraum für die Entwicklung eigener Regeln

Die Regulierungsphilosophie des Gesetzes ist widersprüchlich. Wie *Spindler/Thorun* mit Recht ausgeführt haben, muss der Gesetzgeber unter Bedingungen hoher Ungewissheit der Entwicklung von Regulierungsfeldern eine strategische Entscheidung darüber vornehmen, ob insbesondere mit einer relativ detaillierten und *verhaltenssteuernden* Regulierung oder mit dem Modell der *regulierten Selbstregulierung* gesetzgeberische Ziele realisiert werden sollen. Regulierte Selbstregulierung ist vor allem dann angezeigt, wenn das zu regulierende Handlungsfeld durch eine Vielzahl von zu berücksichtigenden Faktoren zerklüftet und die Zukunftsentwicklung schwer abschätzbar ist.⁹⁵ Die Bedeutung der politischen Kommunikation in sozialen Netzwerken wird jedenfalls stark zunehmen. In der letzten amerikanischen Präsidentschaftskampagne (2016) haben 18 Prozent aller Wahlberechtigten und 35 Prozent aller 18- bis 29-Jährigen soziale Medien zur politischen Information benutzt.⁹⁶ In Deutschland

⁹⁵ Für Selbstregulierung auch *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 203.

⁹⁶ <http://www.journalism.org/2016/02/04/the-2016-presidential-campaign-a-news-event-thats-hard-to-miss/>.

haben nach einer Umfrage des Instituts für Demoskopie, Allensbach, 12 Prozent der Deutschen soziale Medien zum politischen „Austausch“ benutzt. Auch in Deutschland ist die Altersverteilung ähnlich. Das lässt jedenfalls erkennen, dass es sich um ein neues, dynamisches, in seiner Entwicklung schwer zu prognostizierendes Medium handelt. Wie bedeutsam problematische Posts zu politischen Fragen sind, ist immer noch nicht leicht zu bestimmen. Das Gesetz setzt aber jedenfalls einen problematischen Schwerpunkt: Das größere Problem bilden eher Manipulationen mit Fake-Accounts und Social Bots, die einen falschen Eindruck über Inhalte und ihre Bedeutung erzeugen oder koordinierte (nicht individuelle) Wiederholungen rechtswidriger Inhalte, deren Muster – im Gegensatz zu rechtswidrigen Äußerungen selbst – durch Methoden der künstlichen Intelligenz und des Maschinenslernens erkannt werden können.⁹⁷ Dies setzt komplexe Untersuchungsstrategien voraus und die Anpassung der Nutzungsbedingungen⁹⁸ an diese neue Formen des Missbrauchs.

(5) Regulierungsmodell „regulierte Selbstregulierung“

Für Fälle schneller dynamischer Veränderung digitaler Netzwerke empfiehlt sich eher die Wahl der „regulierten Selbstregulierung“⁹⁹, die Normadressaten dazu anregt das praktische Wissen zu erzeugen, das für die Bewältigung von Komplexität erforderlich ist.¹⁰⁰ Das ist hier offenbar der Fall: Obwohl eine Vielzahl von Gesetzen vorliegt, die für die Sanktionierung problematischer Inhalte eingesetzt werden könnten, gehen die Verfasser des Entwurfs offenbar – und mit guten Gründen – davon aus, dass das bisherige Recht nicht ausreichend ist. Das ist sicher mindestens teilweise richtig. Das spricht aber umso mehr dafür, die Strategie der „regulierten Selbstregulierung“ zu wählen und auf einen *experimentellen Ansatz* zu setzen. Schließlich ist dies nicht nur eine Frage der Zweckmäßigkeit. Vielmehr werden die ohnehin schon bestehenden Zweifel an der Eignung des Gesetzes dadurch verstärkt, dass das Gesetz prozedural einen widersprüchlichen Regulierungsansatz wählt: Zwar gibt das Ge-

⁹⁷ Facebook Information Operations abrufbar unter <https://fbnewsroomus.files.wordpress.com/2017/04/facebook-and-information-operations-v1.pdf> (Stand: 26.05.2017), S. 10.

⁹⁸ Vgl. *Elsaß/Labusga/Tichy*, CR 2017, 234 (236).

⁹⁹ *Spindler/Thorun*, MMR 2016, Beilage Nr. 6 zur Ko-Regulierung.

¹⁰⁰ Vgl. zu diesem Problem auch *Eifert*, NJW 2017, 1450.

setz partiell das Ziel der „Selbstregulierung“ vor – die Adressaten sollen ein „Verfahren“ entwickeln, doch sind die vorgegebenen Randbedingungen so eng gefasst, dass hier eine widersprüchliche Vermischung aus Handlungssteuerung und Selbstregulierung entsteht. Bedenklich ist vor allem, dass nicht zwischen gravierenden und weniger schweren Rechtsverletzungen oder nach dem Grad der Verbreitung von Posts unterschieden wird. Durch die Vorgabe starrer Fristen wird der Spielraum der Selbstregulierung so weit verengt, dass man zu dem Eindruck kommen muss, dass hier das Moment der Selbstregulierung faktisch nur zu einer Legitimation unbestimmter und wenig durchdachter Verhaltensregulierung eingesetzt wird. Die Adressaten der Regulierung haben zwar „freie Hand“ bei der Selbstregulierung des „Verfahrens“ und des „Umgangs“ mit Beschwerden, jedoch wird die Freiheit vor allem durch die kurzen Fristen praktisch eine nähere Ausdifferenzierung der Anforderung an die Prüfung von Beschwerden und die Entscheidung über die Sperrung/Löschung verhindert. Dies fängt schon auf der ersten Stufe bei den „offensichtlich“ rechtswidrigen Äußerungen an, über die innerhalb von 24 Stunden entschieden werden soll.

Diese kurzen Fristen gelten nach dem heutigen Recht nicht für das Äußerungsrecht in der Offline-Welt, obwohl dort die Beeinträchtigungen wegen der größeren Verbreitung der klassischen Medien viel gravierender sein können. Man darf ohnehin die Bedeutung des Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruchs im Äußerungsrecht nicht primär in der tatsächlichen Unterdrückung oder Wirkungsbegrenzung einer Äußerung sehen. Die Erzielung dieser Wirkung ist vielfach objektiv nicht mehr zu erreichen. Vor allem geht es um die rechtliche Anerkennung, dass eine Äußerung den Betroffenen in seinen Rechten verletzt hat. Der Unterlassungsanspruch soll primär eine „Rehabilitierungsfunktion“ haben. Auch das BVerfG hat auf die „ideelle Genugtuung durch den Unterlassungstitel“¹⁰¹hingewiesen. Der obsiegende Betroffene kann z.B. seinem „persönlichen Umfeld“ und ggf. der Öffentlichkeit von der Entscheidung berichten.¹⁰²

¹⁰¹ BVerfG v. 02.04.2017, Az. 1 BvR 2194/15 - „das kleine Luder vom Lerchenberg“.

¹⁰² Prinz/Peters, aaO, Kap. 12 Rn. 303.

(6) Was heißt „offensichtlich“ rechtswidrig?

Von diesen grundsätzlichen Bedenken abgesehen, ist zu beachten – wie schon im ersten Teil des Gutachtens genauer ausgeführt –, dass schon die Bedeutung des Begriffs „offensichtlich“, § 3 Abs. 2 Nr. 2, alles andere als „offensichtlich“ ist. Es stellt sich auf der Verfahrensebene die Frage, ob die Rechtswidrigkeit auf den ersten Blick „offensichtlich“ sein muss, also ohne nähere Prüfung des *Sachverhalts* oder ob zunächst der Sachverhalt aufgenommen, ggf. durch Nachforschungen ergänzt und dann auf der Grundlage relativ vollständiger Sachverhaltserfassung festgestellt werden muss, ob die Rechtslage eindeutig ist. „Offenkundig“ ist etwas, was „bereits bei kursorische Prüfung“ erkennbar ist¹⁰³: Die Tatsachenbasis, die „kursorischer Prüfung“ unterzogen wird, muss aber stabil sein. Diese Verfahrensgestaltung bleibt dem Provider überlassen, aber er findet weder Anhaltspunkte im Gesetz, noch hat er die Zeit für eine Sachverhaltsaufklärung. Dies ist mit den Regeln der gesetzlichen Gestaltungsvariante der „regulierten Selbstregulierung“ nicht vereinbar. „Selbstregulierung“ bedeutet in dieser Konstellation nur, dass dem Provider ein erhebliches Risiko aufgebürdet wird, ohne das erkennbar würde, wie aus einem solchen Verfahren eine sich selbst stabilisierende, an Regeln orientierte Praxis entstehen sollte.

Im Übrigen ist anzumerken, dass ein „offensichtlicher“ Fall kein besonders schwerwiegender sein muss! Wenn es z. B. um einen einfachen Sachverhalt geht, etwa die Bezeichnung einer Person als „Idiot“, ohne dass es dafür einen Anlass gab, so ist doch immer noch zu fragen, warum ein eher harmloser Fall unter hohem Zeitdruck entschieden werden soll.

(7) Differenzierung nach der Zahl der User

Es wird auch keinerlei Spielraum für eine Unterscheidung zwischen gravierenden und weniger gravierenden Fällen oder eine Differenzierung nach der Zahl der Leser eines Posts gelassen, wie bereits mit Blick auf die Rechtsverletzungen ausgeführt wurde. Auch besteht kein Regelungskorridor für das notwendige Lernen bei der

¹⁰³ Vgl. z.B. VG Aachen v. 06.05.2015, Az. 4 K 2085/14 – juris.

Entwicklung von Entscheidungskriterien und Verfahrensschritten eröffnet. Dies ist umso problematischer, als die Ausgangsbasis für die Regulierungskonzeption die Einsicht ist, dass das bisherige materielle Recht und die zivil- und strafprozessualen Verfahren (einschließlich des vorläufigen Rechtsschutzes) sich jedenfalls nicht als praktikabel genug erwiesen haben. Man muss also in Rechnung stellen, dass die ganze Variationsbreite bisher verfügbarer Maßnahmen und Verfahren als nicht ausreichend angesehen worden ist. Die Entwurfsverfasser hätten sich mit den zutage getretenen Schwierigkeiten auseinandersetzen müssen, damit eine sinnvolle Strategie und eine ebenso notwendige Evaluation für einen neuen Ansatz eine angemessene Grundlage erhalten. Jedermann kann die hier vorgesehenen Beschwerden nach geltendem Recht bei der Polizei oder der Staatsanwaltschaft erheben oder bei eigener Betroffenheit Rechtsschutz vor den Zivilgerichten suchen. Warum halten die Entwurfsverfasser dies nicht für ausreichend? Es gibt durchaus Gründe, die zu der Einsicht geführt hätten, dass auch die hier vorgesehene öffentlich-rechtliche Regulierung privatrechtlicher Beziehungen zwischen Provider und Nutzer bzw. Drittbetroffenem auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen muss, ohne dass der Gesetzgeber dafür einen angemessenen Lernprozess vorgesehen hätte. Der Provider seinerseits ist aber nicht in der Lage unter den Bedingungen von Komplexität zu lernen, weil er sehr schnell entscheiden muss, wenn er sich nicht seinerseits dem Risiko der Sanktion durch Verhängung einer Geldbuße aussetzen will.

(8) Unberechenbare Zahl der Beschwerden

Unter dem Gesichtspunkt der Eignung ist auch die möglicherweise sehr hohe, in kurzer Zeit zu bearbeitende Zahl der Beschwerden noch einmal unter einem spezifisch auf die Regulierung zu beziehenden Gesichtswinkel zu bewerten: Wenn die Provider eine hohe Zahl von Entscheidern entstellen müssten, könnte dadurch zwar die Frist möglicherweise eingehalten werden, aber die Provider wären nicht in der Lage eine kohärente, auf die Entwicklung sozialer Regeln angelegte Praxis zu gewährleisten, weil dann eine Abstimmung kaum möglich wäre. Man stelle sich vor, ein Landgericht hätte zehn Kammern für Presserecht! Wie soll dann noch eine nur vom Fall aus zu findende Linie entwickelt werden?

(9) Keine Anforderungen an die Form der Beschwerde?

Das Gesetz stellt auch keinerlei Anforderungen an die Form der „Beschwerde“. Dass sie in jedem Fall offenbar kostenlos bearbeitet werden muss, wird dazu führen, dass viele Beschwerdeführer massenhaft Beschwerden erheben werden. Nach der Konstruktion des Gesetzes erscheint es zweifelhaft, dass die Provider ihrerseits Anforderungen an die Substantiierung der Beschwerde stellen dürfen, die zur Zurückweisung gänzlich unsubstantiierten Vorbringens führen könnten. Umgekehrt zeigt schon ein einziges Urteil gegen Facebook, wie komplex die Erwägungen im Einzelfall sein müssten, obwohl es nur eine durchschnittliche Fallkonstellation betraf.¹⁰⁴ Das ist in einem Massenverfahren nicht zu gewährleisten. Die Provider stehen dann in jedem einzelnen Fall unter einem Entscheidungsdruck, der -selbst wenn die Obergrenze der Geldbußen im Einzelfall weit unterschritten würde - durch die Summierung eventueller Geldbußen für mögliche Fehlentscheidungen zu einem erheblichen Kostenrisiko führen kann.

Fazit: Der hier gewählte Regulierungsmodus ist ungeeignet. Er wird der Komplexität einer rechtlichen Problematik, die das bisherige Straf- und Zivilrecht nicht zufriedenstellend bewältigen konnte, nicht gerecht.

(10) Alternative: Kooperation

Zu einer angemessenen Strategie der „regulierten Selbstregulierung“ würde insbesondere auch ein Element der Kooperation zwischen Regulierendem und reguliertem Unternehmen gehören. Dieses könnte darin bestehen, dass eine differenzierte Abstimmung zwischen behördlichen Aufsichtsmaßnahmen und dem Einsatz des Ordnungswidrigkeitsverfahrens vorgenommen würde. Zwar sieht das Gesetz in § 3 Abs. 5 die Aufsicht über die Einhaltung der Verfahrensvorschriften in § 3 Abs. 1 vor,

¹⁰⁴ Vgl. OLG Wien zu einem Facebook betreffenden Fall:
http://www.wienerzeitung.at/_em_daten/_wzo/2017/05/08/170508_1624_sonstigeerledigung_7304_49747_2017_05_05.pdf (Stand: 26.05.2017).

diese soll allerdings einer nicht genannten „Stelle“ übertragen werden. Die mangelnde Spezifizierung erscheint in Verfahren, die zur Überwachung von Medieninhalten eingerichtet werden, verfassungsrechtlich bedenklich. Darauf braucht aber nicht näher eingegangen zu werden, weil das Gesetz zwar die Zuteilung der Aufgabe der Überwachung regelt, aber keine Ermächtigungsgrundlage für Aufsichtsmaßnahmen enthält. Letztlich ist dies auf Kooperation und informelles Handeln angelegt. Diese Vorschrift läuft aber ins Leere, da dahinter die Sanktionsdrohung des § 4 steht. Verwaltungsakte zur Behebung von Mängeln sieht das Gesetz nicht vor. Stattdessen ist sogleich an die Sanktion durch Geldbußen zu denken.

(11) Vergleich mit dem Rundfunkrecht

Im Rundfunkrecht stellt sich ein ähnliches Abstimmungsproblem. So können die Landesmedienanstalten auf Programmverstöße privater Rundfunkveranstalter durch eine Beanstandung, also durch einen Verwaltungsakt, reagieren. Die Sanktion der Geldbuße ist dafür aber nicht vorgesehen, weil die Standards dafür von Fall zu Fall - auch unter Rückgriff auf informelle Rügen - entwickelt werden sollen, während als Ordnungswidrigkeiten nur relativ scharf konturierte Verstöße (Beispiele: § 49 Abs. 2 Nrn. 15 ff. RStV) sanktioniert werden. Trotz des Einsatzes des Verwaltungsakts ermöglicht dieses Verfahren die allein angemessene Kooperation bei der Konkretisierung schwer handhabbarer Programmnormen. In dem durch das neue Gesetz vorgegebenen Verfahren ist aber kein Raum für behördliche Beanstandungen. Stattdessen soll sogleich bei Verstößen¹⁰⁵ gegen Gesetze mit nur schwer bestimmbar Normen eine Geldbuße festgesetzt werden. Dies ist nicht nur ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz (dazu unten), sondern auch ein Einwand gegen die Eignung des Gesetzes. Denn durch den starken Druck, der über die Androhung der Geldbuße von bis zu 50 Millionen EUR erzeugt wird, wird die Neigung entstehen (wird), im Zweifel nicht lange zu prüfen, sondern sogleich zu sperren, weil die Wahrscheinlichkeit groß ist, dass evtl. Betroffene sich scheuen könnten gerichtlichen Rechtsschutz gegen

¹⁰⁵ So ist das Gesetz in der Tat zu verstehen, so auch *Höch*, K&R 2017, 289 (292).

den Provider zu suchen.¹⁰⁶ Auch wenn der Wortlaut des Gesetzes so verstanden werden könnte, dass es nicht eindeutig nur um die Steigerung der Zahl der Sperrungen rechtswidriger Inhalte geht, so ist doch die Begründung ganz einseitig auf dieses Ziel festgelegt. An keiner Stelle wird jedenfalls im Gesetz darauf hingewiesen, dass es auch der Schutz der Äußernden und die Freiheit der Kommunikation auf dem Spiel stehen. Es geht nicht um die Beachtung aller betroffenen Rechte, der sich Äußernden und der davon Betroffenen, sondern um die Steigerung der Sperrungen/Löschungen. In der Begründung wird aufgrund einer Statistik des jugendschutz.net behauptet, Facebook habe nur in „39 Prozent der Fälle“ Hasskriminalität gelöscht. Dass dies selbst ein auslegungsbedürftiger Begriff ist, wird nicht berücksichtigt. Es müssen im Bericht der Provider nach § 2 Nr. 7 auch nur die Beschwerden von Nutzern über *rechtswidrige Inhalte* wiedergegeben und aufgeschlüsselt werden. Die Beschwerden gegen die ihrerseits als rechtswidrig angesehenen Löschungen, in denen es also um Verletzungen der Meinungsfreiheit geht, interessieren nicht. Auch das ist ein deutliches Signal des Gesetzes an die Provider! Dies ist umso wichtiger, als die Behörde, die das Ordnungswidrigkeitenverfahren betreibt, einen weiten Ermessensspielraum für sich in Anspruch nehmen kann. Die Behörde kann willkürlich die Tendenz des Gesetzes noch verschärfen, indem sie selbst gegen *offensichtlich rechtswidrige Löschungen* nicht vorgeht. Für die Provider ist die erwünschte und sichere Alternative klar: Im Zweifel löschen! Nicht löschen kann teuer werden; selbst wenn nicht jeder Einzelfall zu einem Bußgeld führen soll.¹⁰⁷ Allerdings kann bei tausenden von Fällen kaum ein Einzelfall der Maßstab sein, was der Gesetzentwurf offenbar genau als Regelungslogik zugrunde legt. Die Eignung eines Gesetzes wird aber auch durch die Erzeugung erheblicher problematischer Nebenwirkungen (neben der Erreichung des angestrebten Zweckes) in Frage gestellt.

Fazit: Auch unter dem Gesichtspunkt mangelhafter Kooperation zwischen Staat und Unternehmen bestehen erhebliche Zweifel an der Eignung des einseitigen Einsatzes des Ordnungswidrigkeitenrechts zur Sanktion von Pflichtverletzungen der Provider.

¹⁰⁶ Feldmann, a.a.O., 295.

¹⁰⁷ NetzDG-E, BT-Drs. 18/12356, S. 22.

(12) Rekurs auf das Strafrecht – geeignet?

Die Bestimmung der „rechtswidrigen Inhalte“ durch Bezugnahme auf die in § 1 Abs. 3 genannten Straftatbestände ist – wie schon gezeigt – nicht geeignet zur Erreichung des gesetzlichen Zieles: Nahezu alle genannten Vorschriften werfen in ihrer Anwendung erhebliche Probleme auf, da die Fälle stark kontextabhängig sein werden. Das gilt auch für die §§ 184b, 184c StGB (kinder- bzw. jugendpornographische Schriften etc.), schon weil das Alter der dargestellten Personen häufig nicht leicht feststellbar sein wird. Auch der Begriff der „Pornographie“ ist nicht so eindeutig, dass nicht auch häufig mit Auslegungsproblemen gerechnet werden müsste.

Die Vorschriften werfen weitere Probleme der Bestimmung der Zuständigkeit des Bundes auf: Aus der Tatsache, dass Kinder- und Jugendpornographie im Strafrecht geregelt sind und geregelt sein dürfen, folgt nicht, dass auch die spezifische Sanktionierung gegen Provider nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht geregelt werden dürfte, wie bereits gezeigt wurde. Selbst wenn dies so wäre, so müsste jedenfalls eine Abgrenzung von den Zuständigkeiten des Bundes nach dem Jugendschutzgesetz bzw. dem Jugendmedienschutzstaatsvertrag (JMStV) der Länder und den dort geltenden Zuständigkeiten erfolgen.

In dieser Form wäre das Gesetz, wenn überhaupt kompetenzgerecht, ungeeignet zur Erreichung seines Ziels, wenn die Zuständigkeiten nicht genauer abgegrenzt würden. Das Gleiche gilt für die Vorschriften der §§ 86a, 91, 100a, 131 StGB: Bei der Anwendung dieser Straftatbestände ist die Trennung von objektivem und subjektivem Tatbestand nur schwer möglich. Die Auslegung dieser Vorschriften kann so schwierig sein, dass jedenfalls genauere Untersuchungen erforderlich sein werden, die vielfach gar nicht durchgeführt werden können, da die Provider z. B. keine Zeugen hören können – oder nur, soweit sie freiwillig aussagen werden. Der subjektive Tatbestand wird aber auch benötigt, damit überhaupt die Tatbestandsmäßigkeit festgestellt werden kann. Im Übrigen werden die Fälle, in denen es nicht um den Schutz der Persönlichkeit geht, eher weniger zahlreich sein. Dann ist aber auch nicht einzusehen, warum diese Fälle nicht durch *staatliche Strafverfahren* geahndet werden sollten.

(13) Eignung im Hinblick auf exemplarische Tatbestände: §§ 185ff. StGB

(a) Mangelnde Eignung: Probleme der Sachverhaltsaufklärung und der Abwägung

Zweifel an der Eignung des Gesetzes - hier an der Pflicht zur Sperrung/Löschung von rechtswidrigen Inhalten - ergeben sich auch daraus, dass das Gesetz der Komplexität der erforderlichen Sachverhaltsaufklärung sowie der Abwägung zwischen dem Recht auf Meinungsfreiheit der Nutzer und den kollidierenden Rechten auf Schutz der persönlichen Ehre bzw. des Persönlichkeitsrechts nicht gerecht wird.¹⁰⁸ Der Gesetzentwurf scheint davon auszugehen, dass die Erfassung des Sachverhalts dadurch vereinfacht wird, dass nur auf die *objektive Rechtswidrigkeit* der Äußerung abgestellt wird (nicht auf die subjektive Seite, insbesondere den Vorsatz). Dies wäre jedoch verfehlt. Zunächst muss man davon ausgehen, dass das Grundrecht der Meinungsfreiheit auch zwischen Privaten wirkt¹⁰⁹ und deshalb die Provider grundsätzlich bei ihren Entscheidungen über Sperrungen von Inhalten auch das Grundrecht der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG zu beachten haben, soweit Nutzer die Dienste der Provider zur Verbreitung von Meinungen und Tatsachen in Anspruch nehmen. Das schließt die Setzung von Regeln der Provider zur Beschränkung des Gebrauchs der Meinungsfreiheit nicht aus. Das Gesetz hat insoweit *privatrechtsgestaltenden* Charakter,¹¹⁰ als dass die Provider gezwungen sind, ihre Nutzungsbedingungen an das Gesetz anzupassen. Daraus ergibt sich die Konsequenz, dass die Provider sich nicht mit einer groben Prüfung begnügen dürfen, sondern methodisch und sachlich in ihrem Verfahren sowie bei Sachentscheidungen die Grundsätze beachten müssen, die insbesondere das BVerfG für die Interpretation der Meinungsfreiheit entwickelt hat. Das Rechtsverhältnis der Provider zu den Nutzern lässt sich nicht in

¹⁰⁸ Vgl. nur die Entscheidung des OLG Wien v. 05.09.2017 über einen Konflikt zwischen der Fraktionsvorsitzenden der „Grünen“ im österreichischen Parlament, Glawischnig-Pieszek und Facebook, der typisch für eine Vielzahl von Fällen sein dürfte
http://www.wienerzeitung.at/_em_daten/_wzo/2017/05/08/170508_1624_sonstigeerledigung_7304_49747_2017_05_05.pdf (Stand: 26.05.2017).

¹⁰⁹ BVerfGE 7, 198 (208) – Lüth; vgl. dazu nur *Ladeur*, FS Teubner, 2009, 543

¹¹⁰ Vgl. zur Bedeutung der Grundrechte im Privatrecht BVerfGE 72, 230 (243); vgl. auch schon das Lüth-Urteil BVerfGE 7, 198 (208); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl., 2016, Vorb. vor Art. 1 Rn. 101ff.

eine Vielzahl von zweiseitigen Verträgen auflösen, vielmehr handelt es sich um einen *Netzvertrag*¹¹¹, der auch die Ermöglichung und rechtliche Abstützung der Kommunikation zwischen den Nutzern zum Gegenstand hat. Die Provider können die Kommunikationsbedingungen freier gestalten als der Staat, aber sie sind bei der Gestaltung der Bedingungen doch an die Beachtung der *objektiv-rechtlichen Dimension der Grundrechte* gebunden. Das bedeutet, dass die Provider sowohl den Schutz der Meinungsfreiheit als auch den damit konkurrierenden Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts beachten müssen.¹¹²

(b) Ausweitung des Schutzes der Meinungsfreiheit durch das BVerfG

Das BVerfG hat den Schutz der Meinungsfreiheit in den letzten Jahrzehnten immer weiter ausgedehnt und dabei auch die Aufklärungsverpflichtung von Richtern verschärft. Diese Verpflichtung ergibt sich aus Art. 5 Abs. 1 GG selbst, so dass es sich nicht – das sei nur angemerkt – um eine bloß amtliche Verpflichtung handelt. Daraus ergibt sich eine Vielzahl von Problemen, die hier von den Providern zu bewältigen wären. So ist die Abgrenzung von Meinungen und Tatsachenbehauptungen schwierig. Sie kann häufig sicher nur durch Befragung des Äußernden bestimmt werden. Wenn „die Elemente der Stellungnahme, des Fürwahrhaltens oder Meinens geprägt sind“ sind Äußerungen als Meinungen geschützt.¹¹³ Nur bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen sind von Art. 5 Abs. 1 GG nicht geschützt.¹¹⁴ Die Anforderungen an die Wahrheitspflicht muss immer vor dem Hintergrund einer möglichen Gefährdung der Funktion der Meinungsfreiheit gesehen werden.¹¹⁵

Das BVerfG verlangt ausdrücklich, dass auch eine scharfe, als herabsetzend empfundene Äußerung darauf befragt werden muss, ob nicht etwa im Hintergrund doch eine prägende Sachaussage die Bewertung als „Schmähekritik“ ausschließen kann.¹¹⁶ Es

¹¹¹ Vgl. *Teubner*, Netzwerk als Vertragverbund, 2004; *Ladeur DuD* 2012, 711.

¹¹² Vgl. *Hoffmann-Riem* Der Staat 42 (2003), 193; zu den Regulierungsproblemen und der neuartigen Herausforderung durch die Netzkommunikation allg. auch ders., *AöR* 137 (2012), 509.

¹¹³ BVerfGE 85, 1 (15).

¹¹⁴ BVerfGE 61, 1 (8) – kritische Bayer-Aktionäre;.

¹¹⁵ BVerfGE 54, 208 (219f.).

¹¹⁶ Vgl. BVerfG ZUM 2013, 793 m. Anm. *Ladeur* (Ausländeramt).

stellt etwa bei der Prüfung der Voraussetzungen der Beleidigung auf die Frage ab, welches Sachanliegen verfolgt worden ist. Dies kann auch unausgesprochen geblieben sein. Jedenfalls bedarf dies einer Aufklärung (z.B. „durchgeknallte Staatsanwältin“).¹¹⁷ Wie unberechenbar die Rechtsprechung des BVerfG (bzw. der für das Äußerungsrecht zuständigen Kammer) ist, lässt erneut ein Beschluss vom 2.4.2017 erkennen: Die Bezeichnung einer ZDF-Moderatorin als „das kleine Luder vom Lerchenberg“ oder als „delirierende Hausfrau“ soll trotz des Sachgehalts der Kontroverse (Streit um Antisemitismus) das Persönlichkeitsrecht der Angegriffenen „schwerwiegend“ beeinträchtigt haben.¹¹⁸ Die Bezeichnung einer AfD-Politikerin als „Nazi-Schlampe“ soll dagegen zulässig sein, da dem Zuschauer (einer satirischen Sendung) ohne Weiteres erkennbar sei, dass die Bezeichnung als „Nazi“ eine „grobe Übertreibung“ sei und die Bezeichnung als „Schlampe“ nur gewählt worden sei, weil „die Antragstellerin eine Frau ist“, im Übrigen aber „keinerlei Wahrheitsgehalt aufweist“.¹¹⁹ Zulässig soll die Äußerung deshalb sein, weil die Betroffene sich gegen die Beachtung der Regeln der „politischen Korrektheit“ gewandt habe. Die Verfasser des Gesetzentwurfs beachten zu wenig, dass die Rechtsprechung (nicht nur) des BVerfG seit Jahren die Grenzen des Zulässigen in einer Weise ausgeweitet hat, die sehr stark auf den Einzelfall abstellt. Gerade diese Einzelfallorientierung begründet die Gefahr von Fehlbewertungen, wenn die Entscheidung unter großem Zeitdruck erfolgen müssen – wie dies nach dem NetzDG-E der Fall wäre: Kann man z. B. aus der Entscheidung des LG Hamburg die Schlussfolgerung ziehen, dass man eine Abgeordnete der Partei „die Linke“ als „Stalinisten-Schlampe“ bezeichnen dürfte? Grundsätzlich wohl nicht, aber letztlich käme es auf den Kontext an. Problematische Differenzierungen würden ein anderes Problem der Internetkommunikation verschärfen, nämlich die Ausbreitung von Verschwörungstheorien oder das Gefühl der einseitigen

¹¹⁷ BVerfG AfP 2016,431; dazu Ladeur, aaO, 402; auch „durchgeknallter Staatsanwalt“ BVerfG NJW 2013, 217.

¹¹⁸ BVerfG v. 2.4.2017, Az. 1 BvR 2194/15 - „das kleine Luder vom Lerchenberg“.

¹¹⁹ So LG Hamburg, v. 11.05.2017, Az. 324 O 217/17

<http://justiz.hamburg.de/pressemitteilungen/8785972/pressemitteilung-2017-05-17-olg-01/> (Stand: 26.05.2017).

gen Unterdrückung bestimmter Meinungen.¹²⁰ Auch dieses Risiko wird durch die Einseitigkeit des Gesetzes vernachlässigt.

Insbesondere die Abgrenzung von Tatsachen und Wertungen, aber auch – wie an dem letzten Beispiel erkennbar – der jeweilige Kontext, die Situation, in der die Äußerung gefallen ist, verlangen eine genauere Aufklärung. Ähnliches gilt für die Verbreitung eines Verdachts.¹²¹ In vielen Fällen wird es nicht möglich sein, solche Recherche innerhalb der gesetzten Zeiträume vorzunehmen. Das BVerfG ist in den letzten Jahren immer weiter in der Annahme gegangen, dass falsche Tatsachen nur eine untergeordnete Rolle in einer wertenden Äußerung spielen können.¹²² Auch die falsche Bewertung der verfassungsrechtlich bedeutsamen Tatsachen kann die Pressefreiheit verletzen.¹²³

(c) Wertungen und Tatsachen

Das Gericht geht weiter davon aus, dass auch falsche Tatsachenbehauptungen nicht notwendigerweise aus dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit herausfallen, nämlich dann nicht, wenn der Äußernde sich z. B. auf Berichte in der Presse stützen kann.¹²⁴ Auch eine solche Äußerung kann eine nähere Sachaufklärung erfordern, die nicht ohne Anhörung des Äußernden möglich ist. Das Gleiche gilt für den Fall des „Gegenschlages“¹²⁵: Eine Äußerung kann dann auch trotz ihrer Schärfe den Rahmen der Schrankengesetze i.S.v. Art. 5 Abs. 2 GG nicht überschreiten.¹²⁶ Umgekehrt kann das Gewicht einer Persönlichkeitsverletzung dann gesteigert sein, wenn der Äußernde kurze Zeit später „erneut“ das allgemeine Persönlichkeitsrecht (soz. im „Doppelschlag“) durch eine kränkende Äußerung verletzt.¹²⁷ Alle diese Überlegun-

¹²⁰ Vgl. nur die Kommentare zu dem Bericht der Zeitung „Die Welt“ über den zitierten Beschluss des LG Hamburg: <https://www.welt.de/regionales/hamburg/article164655318/AfD-Politikerin-scheitert-mit-einstweiliger-Verfuegung-gegen-NDR.html#Comments> (Stand: 26.05.2017).

¹²¹ *Degenhart*, Bonner Kommentar zum GG, 2017, Art. 5 Rn. 518 f.

¹²² BVerfG ZUM 2013, 793 m. Anm. *Ladeur*.

¹²³ BVerfGE 82, 43 (50); 82, 272 (280)

¹²⁴ BVerfGE 85, 1 (21; 99, 185 (199)).

¹²⁵ Vgl. schon BVerfGE 12, 113 – Richard Schmid; BVerfG K&R 2016, 240 m. Anm. *Ladeur*; dort wird der „Gegenschlag“ auf der Tatbestandsebene lokalisiert, nicht als Rechtfertigungsgrund.

¹²⁶ BVerfG K&R 2013, 648 m. Anm. *Ladeur* – Winkeladvokatur.

¹²⁷ BVerfG v. 2.4.2017, Az. 1 BvR 2194/15.

gen gehören der Verfassung wegen auf die Ebene des Tatbestandes und sind nicht der Prüfung der Schuld zuzuordnen. Für Werturteile ist „die subjektive Beziehung des sich Äußernden zum Inhalt seiner Aussage kennzeichnend“.¹²⁸ Auch polemische Meinungsäußerungen werden vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG umfasst.¹²⁹ Bei Mehrdeutigkeit müssen alle Lesarten in Rechnung gestellt werden¹³⁰; auch dies erfordert eine Aufklärung des Sachverhalts.

Schwierige, auch in den Verfahren der Prüfung durch die Provider zu klärende Fragen, werden bei der möglichen Einordnung einer Äußerung als „Satire“ aufgeworfen: Als ein besonders gravierender Fall einer beleidigenden Fake-News ist vor einiger Zeit eine - nicht den Tatsachen entsprechende - Behauptung über eine Äußerung der Grünen-Politikerin Renate Künast anlässlich eines Vergewaltigungsverdachts gegen einen Flüchtling angesehen worden („Der traumatisierte junge Flüchtling hat zwar getötet, man muss ihm jetzt aber trotzdem helfen.“). Wie aber wäre zu entscheiden, wenn der Äußernde dies als „offensichtliche“ Satire im Anschluss an eine frühere Äußerung der Politikerin bezeichnet hätte? Oder wie wäre ein angebliches, wörtliches Zitat aus der Äußerung eines Dritten zu behandeln, das dieser bestreitet? Auch hier wäre eine Aufklärung und ggf. eine Anhörung der Beteiligten erforderlich, um eine juristisch fundierte Bewertung vornehmen zu können.

(d) Zwang zur Sperrung „im Zweifel“? Kurze Fristen und die Verfahrensdimension der Grundrechte

Aus den materiellen Grundrechten (Meinungsfreiheit) ergeben sich nach der Rechtsprechung auch Verfahrensrechte, die die Geltungskraft der Grundrechte abstützen.¹³¹ Durch Verfahren darf nicht die „Gefahr einer Entwertung der materiellen Grundrechtsposition“ entstehen.¹³² Insbesondere ist aus Art. 5 Abs. 1 ein grundrechtlicher Anspruch abzuleiten, von einer Behörde angehört zu werden, bevor eine Maß-

¹²⁸ BVerfGE 94, 1 (7); 90, 241 (247).

¹²⁹ BVerfGE 61, 1, 9; BVerfG K&R 2017, 327 m. Anm. *Ladeur* („SA- Horden“); BVerfG K&R 2017, 327 m. Anm. *Ladeur* (Gabriele Pauli).

¹³⁰ BVerfG ZUM 2014, 965 m. Anm. *Ladeur*.

¹³¹ JBVerfGE 82, 207 (227); Jarass, in: Jarass/Piero, GG, 14. Aufl. 2016, Vorb. vor Art. 1, Rn.47, 11.

¹³² BVerfGE 63, 131 (143).

nahme getroffen wird, die das materielle Grundrecht - hier: die Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG - verletzen können. Wegen der Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht gilt dies auch für privatrechtlich betriebene soziale Medien.

Die kurzen Fristen - auch die 7-Tagefrist ist kurz, wenn man nur an die Gewährleistung der Anhörung denkt - bringen die Provider dann in eine Zwangslage, nämlich ggf. vor Ablauf der Frist im Zweifel gegen die Meinungsfreiheit zu entscheiden und eine Äußerung zu sperren oder zu löschen, weil dies als die sicherere Handlungsalternative erscheint. Die kurzen Fristen lassen eine einseitige Tendenz des Gesetzes gegen den Schutz der Meinungsfreiheit erkennen, die oft mit dem Schutz der potentiell verletzten Interessen i.S. v. § 1 Abs. 3 kollidieren wird. Die Qualität der Sachverhaltsaufklärung tritt offenbar hinter das Interesse an der „Durchsetzung“ des Schutzes, der von einer Meinungsäußerung tangierten Güter, zurück. Der Titel des Gesetzes drückt diese Einseitigkeit deutlich aus: „Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken“ dient offenbar primär den *Interessen der Verletzten*, nicht aber dem konkurrierendem Kommunikationsrechte. Wenn in der Begründung ausgeführt wird (zu § 3, S. 22), ein Grund für die besondere Regelung von Online-Kommunikationen bestehe darin, dass im Internet eine „rechtswidrige Situation“ anders als in den klassischen Medien „perpetuiert“ werde, so gilt dies allenfalls für einen Teil der Kommunikationen, vor allem ergibt sich daraus aber keine Begründung für die - gegenüber Äußerungen in den klassischen Medien - besondere *Beschleunigung* der Entscheidung über das Vorliegen von Rechtsverletzungen. In den sozialen Medien werden viele Verletzungen ganz unbedeutend und vor allem schnell vergessen sein. Dass das Internet „nicht vergisst“, gilt allenfalls für einen sehr kleinen Teil der Kommunikation, die dementsprechend auch besonders behandelt werden könnte. Warum sollte im Übrigen ein Inhalt, der im Netz besonders „perpetuiert“ wird, deshalb auch besonders schnell gelöscht werden? Viele Inhalte, die über die klassischen Medien verbreitet werden, sind wegen der möglicherweise weiten Verbreitung für die in ihren Persönlichkeitsrechten verletzten Dritten weitaus gravierender.

Die Fassung des Gesetzes wirft noch die Frage auf, ob tatsächlich die Rechtfertigung insbesondere einer üblen Nachrede i.S.v. § 186 StGB durch die Wahrnehmung „be-

rechtigter Interessen“, § 193 StGB, ausgeschlossen sein soll. Dies wäre ein kaum verständlicher Verstoß gegen den Gleichheitssatz: Eine Äußerung hätte auch dann zugunsten des Betroffenen als rechtswidrig zu gelten, wenn sie nach § 193 StGB gerechtfertigt wäre. Hier ist allerdings zu berücksichtigen, dass der Anwendungsbereich der Vorschrift infolge des Wandels der Rechtsprechung zu Art. 5 Abs. 1 GG stark eingeschränkt worden ist, da politische Äußerungen nicht mehr an dieser Vorschrift, sondern unmittelbar am Grundrecht der Meinungsfreiheit zu messen sind.¹³³ Für den verbleibenden Bereich vor allem der privaten Interessen könnte der Anwendungsbereich aber nicht eingeschränkt werden.

(e) Sanktionierung von Straftaten nach §§ 185, 186 StGB ohne Strafantrag und ohne Berücksichtigung von §§ 193, 199?

(aa) Kein Antrag erforderlich?

Straftaten i.S.v. §§ 185 ff. StGB können nach § 194 StGB nur auf Antrag verfolgt werden. Dieses Erfordernis ist eine Ausprägung des Schutzes der Persönlichkeit durch Art. 1, 2 Abs. 1 GG. Der Beleidigte muss selbst entscheiden, ob er sein Persönlichkeitsrecht mithilfe des Strafrechts durchsetzen will. Für einen Verzicht kann es unterschiedliche Gründe geben, z.B. auch den, dass der Berechtigte nicht will, dass seine Sache an die Öffentlichkeit gezerrt wird. Er kann auch den Schutz der Meinungsfreiheit höher bewerten als der Provider oder das Aufsicht führende Bundesamt. Darüber kann von Gesetzes wegen nicht ohne Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Betroffenen hinweggegangen werden.

(bb) Keine Berücksichtigung der Rechtfertigung nach § 193 StGB?

Ausdrücklich wird § 193 StGB, Rechtfertigung von Taten nach § 185 StGB durch Wahrnehmung berechtigter Interessen, nicht in Bezug genommen. Doch dann würde eine Äußerung gesperrt, die nicht rechtswidrig ist. Dies wäre seinerseits nicht zu

¹³³ Vgl. BVerfG, NJW 2014, 764; anders aber BVerfG, NJW 2016, 491 – dort wird § 193 StGB erwähnt, ohne dass dazu nähere Ausführungen gemacht würden.

rechtfertigen. Dann müsste aber ggf. wiederum genauer recherchiert werden, ob dessen Voraussetzungen erfüllt sind. Damit würde die Zeitraum, der für die Kontrolle benötigt wird, von Umständen abhängig, auf die der Provider keinen Einfluss hat.

(cc) Berücksichtigung der Erwiderung auf eine Kränkung nach § 199 StGB?

Eine Erwiderung auf eine Beleidigung (Unterschied zu Gegenschlag: Tatbestandsebene) führt möglicherweise zum Wegfall der Strafbarkeit bei unmittelbarem Zusammenhang mit der Erstbeleidigung. Dabei muss beachtet werden, dass auch hier nach der Rechtsprechung des BVerfG der „Gegenschlag“ zunächst auf der Tatbestandsebene geprüft werden muss, wenn es um Fragen von öffentlichem Interesse geht (vgl. die Nachweise oben). Wenn es dagegen um eine persönliche „de“ geht¹³⁴, kann die Berücksichtigung der Erwiderung einer Beleidigung nicht ausgeschlossen werden. Anderenfalls müsste der „Zweitbeleidiger“ seinerseits immer selbständig gegen die „Erstbeleidigung“ vorgehen. Das soll § 199 StGB gerade ausschließen – aber sollte dies nach dem NetzDG-E ohne Berücksichtigung bleiben? Auch dies wäre mit dem Schutz der Meinungsfreiheit nicht zu vereinbaren.

Fazit: Wenn die Verweisung auf die §§ 185 ff. StGB nicht auch die genannten Vorschriften umfassen soll, entsteht eine Ungleichbehandlung zu Lasten des „Beleidigers“, der nach § 193 StGB gerechtfertigt bzw. nach § 199 StGB nicht strafbar wäre, aber nach dem NetzDG-E (§ 3 Abs. 2 Nr. 1) die Sperrung einer strafrechtlich nicht zu sanktionierenden Äußerung hinzunehmen hätte.

(f) Keine Aufhebung einer Entscheidung möglich?

Das Gesetz sieht keine Möglichkeit vor, eine im Nachhinein (z.B. aufgrund verspätet eingegangener Hinweise) als falsch angesehene Sperrung wieder aufzuheben. Man könnte annehmen, dass dies stillschweigend vorausgesetzt wird. Doch das ist alles andere als selbstverständlich. Jedenfalls bedürfte es dazu eines besonderen Verfahrens der Anhörung und Information aller Beteiligten. Ein solches Verfahrenselement

¹³⁴ BVerfG, NJW 2016, 491.

wäre aber unbedingt erforderlich, da die Beschleunigung des Verfahrens stark fehleranfällig ist. Umgekehrt müsste eine Pflicht bestehen, ggf. wichtige neue Tatsachen noch später zu berücksichtigen. Warum sollte jemand, dessen Post aufgrund unzureichender Berücksichtigung des Sachverhalts zu Unrecht gesperrt worden ist, im Nachhinein nicht die Möglichkeit erhalten, Einwände vorzubringen? Dies ist für die Provider auch deshalb wichtig, weil sie sich Klagen der von einer Sperrung betroffenen Usern ausgesetzt sehen können.

Fazit: Die Provider müssen die Möglichkeit haben, falsche Entscheidungen im Nachhinein zu korrigieren. Dies sieht das Gesetz jedenfalls nicht vor. Eine verspätete Sperrung wäre sicher nicht ausgeschlossen. Ob aber umgekehrt die Beseitigung einer Sperrung zulässig sein soll, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen.

(14) Androhung von Geldbußen – geeignet zur Zweckerreichung?

Die Androhung hoher Geldbußen ist sicher geeignet, um großen Druck auf die Provider auszuüben und für die Einhaltung der ihnen auferlegten Pflichten zu sorgen. Dass das Gesetz über das Ziel hinausschießt, ist schon oben ausgeführt worden. Zu den bereits Argumenten tritt noch ein weiterer Gesichtspunkt hinzu: Im Allgemeinen wird es sich um fahrlässige Verstöße z.B. durch Unterlassung der Sperrung von beleidigenden Äußerungen handeln. Das OWiG verlangt auch nur fahrlässiges Handeln - hier also auf der Seite der Provider. Das Gesetz unterscheidet selbst zwischen offensichtlich rechtswidrigen und Fällen nicht offensichtlicher Rechtswidrigkeit.

Wie soll der Provider bzw. der für ihn Handelnde in den letzteren Fällen aber angesichts häufig auftretender Wertungsproblemen unterscheiden können, wann es in einem weniger gravierenden Fall fahrlässig wäre von einer Sperrung abzusehen? Wenn man allein an die Vielzahl von Fällen denkt, in denen das BVerfG Entscheidungen von Strafgerichten aufgehoben hat wegen nicht ausreichender Beachtung der Bedeutung der Meinungsfreiheit, stellt sich die Frage, in welchen Fällen davon auszugehen wäre, dass der Provider die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat. Die geänderte Begründung des Entwurfs zu § 4 Abs. 1 Nr. 2 macht den Versuch einer Einschränkung zugunsten der Meinungsfreiheit: Danach sollen

„vertretbare“ Entscheidungen der Provider nicht die Annahme begründen können, dass das „Beschwerdemanagement“ nicht angemessen erfolgt. Damit ist für den Schutz der Meinungsfreiheit nichts gewonnen: Der Begriff der „Vertretbarkeit“ wird in der Rechtsprechung primär dann herangezogen – und nur dann ist er sinnvoll –, wenn es vor der Konsolidierung einer Rechtsprechungspraxis durch die Obergerichte (zunächst) unterschiedliche dogmatische und systematische Annahmen zu einem Rechtsproblem gibt (z.B. zur Drittwirkung der Grundrechte vor dem Lüth-Urteil des BVerfG).¹³⁵ Im Bereich der Abstimmung von Meinungsfreiheit und Persönlichkeitschutz geht es aber fast durchweg um *Abwägungen im Einzelfall*. Auch für eine solche Konstellation mag man von einer Marge der „Vertretbarkeit“ sprechen, dann ist aber mit der Einführung dieses Begriffs kein Konkretisierungsgewinn gegenüber dem Bezug auf die Fahrlässigkeit verbunden. Dies wird auch nicht durch den Erlass von Richtlinien nach § 4 Abs. 4 erreicht werden, denn diese können sich – wie der Entwurf selbst festhält – nur auf die Ausübung des behördlichen Ermessens bei der *Verfolgung* von Ordnungswidrigkeiten, nicht aber auf die Konkretisierung des Verständnisses der Fahrlässigkeit beziehen. Dies ist ein Rechtsbegriff, den die Behörde nicht verbindlich konkretisieren könnte.

Die Behörde müsste bei der Stellung des Antrags auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Unterlassung bzw. bei der Festsetzung der Geldbuße noch einmal unterscheiden zwischen der Rechtswidrigkeit der Unterlassung und der Schuld (Fahrlässigkeit), während der für den Provider Handelnde diese Unterscheidung antizipieren müsste. Außerdem müsste die Behörde ihr Ermessen darüber ausüben, ob sie gegen ein rechtswidriges und fahrlässiges Verhalten eines Providers vorgehen will. Dann würde ggf. das Amtsgericht noch einmal über diese Frage entscheiden, nachdem die Behörde die Geldbuße festgesetzt und der Provider Einspruch erhoben hätte. Dies zeigt noch einmal, wie stark der Druck sein wird, im Zweifel eine Sperrung vorzunehmen, um sicherzugehen, dass eine Geldbuße nicht verhängt wird. Zugleich wird der Provider sich dann dem möglicherweise geringeren Risiko eines Rechtsstreits mit dem Äußernden aussetzen. Das Problem verschärft sich zwangsläufig durch die Kürze der Zeit und die zu erwartende Vielzahl der Fälle.

¹³⁵ BVerfG, NJW 2015, 3386 („Vielfalt vertretbarer Rechtsauffassungen“); BGHZ 97, 372: „... wenn sich eine gefestigte Rechtsauffassung nicht gebildet hat“.

(15) Schneller Wandel des Verhältnisses von Öffentlichkeit und Privatheit

Hinzu kommt ein weiterer Gesichtspunkt: Die Abstimmung von Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsschutz unterliegt ständigem Wandel. In der Gesellschaft der Gegenwart differenzieren sich die Auffassungen zur Zulässigkeit des Sagbaren immer weiter aus. Es entwickeln sich immer neue Fragmentierungen. Diese Entwicklung setzt sich im Internet fort. Zunächst ist zu beachten, dass der Ton im Internet rauer ist als in der Offline-Welt. Darauf muss sich das Verfassungsrecht durch Anpassung seiner Unterscheidungen einstellen. Insbesondere die Grenzen zwischen Privatsphäre und der Öffentlichkeit lassen sich immer weniger genau bestimmen. Sodann entwickeln sich gerade im Internet Nischen von Gleichgesinnten, die eigene Vorstellungen von den Grenzen des Zulässigen haben. Dies lässt sich z.B. selbst an moderierten Diskussionen unter Fans auf Onlineseiten der Sportteile der Zeitungen beobachten. Wenn der Moderator auf die Einhaltung der z.B. in einem beruflichen Milieu üblichen Achtungsregeln bestehen würde, müsste er wahrscheinlich einen großen Teil der Posts unterdrücken und würde damit wütende Zensurvorfälle der Leser provozieren.

Da die „sozialen Medien“ hybride Medien sind - mit allen möglichen Übergängen zwischen Privatem und Öffentlichem - käme es zunächst darauf an, durch eine *experimentelle Praxis* Kommunikationsregeln für die unterschiedlichen Teilnetze zu entwickeln.¹³⁶ Es gibt immer mehr Teilforen, für die eigene Regeln entwickelt werden müssen. Einige haben eher privaten Charakter, weil sie nur von wenigen genutzt werden, andere sind als private intendiert worden, entfalten aber durch schnelle Proliferation der Inhalte im Netz plötzlich eine unerwartete öffentliche Dynamik. Dafür werden offene, auf Anpassung und Selbsterneuerung angelegte Regeln benötigt. Darauf ist das Gesetz nicht eingestellt. Ob diese Versuche zu einer haltbaren Regel führen, ist allenfalls ex post zu beobachten.

¹³⁶ Vgl. Ladeur, epd-medien v. 27.01.2017, S. 3 ff.; Interview in taz v. 02.02.2017, abrufbar unter <http://www.taz.de/!5376482/> (Stand: 26.05.2017).

(16) Die Überwindung der Grenzen des bisherigen Äußerungsrechts verlangt mehr Flexibilität

Es ist kein Zufall, dass das bisherige Äußerungsrecht praktisch nur wenig Bedeutung für das Internet gewonnen hat – auch wenn es dazu durchaus einige Gerichtentscheidungen gibt. Es ist durchaus legitim durch neue Formen der gesetzlichen Regulierung diese Schwäche zu kompensieren, aber es kann nur darum gehen, im Zusammenwirken von Staat (Gerichten, Aufsichtsbehörden), privaten Unternehmen und Nutzern *praktische Regeln in einem emergenten Prozess* zur Geltung kommen zu lassen, die im Angesicht von Ungewissheit in einem Versuch-Irrtums-Prozess hervorgebracht werden und einer experimentellen Logik folgen. Die Provider können sich auf der Grundlage dieses Gesetzes an einem solchen Prozess nicht rational und überlegt beteiligen, weil sie immer die Möglichkeit der Verhängung einer Geldbuße beachten müssen.

Die Provider könnten dagegen eher eine Rolle als Vermittler zwischen Nutzern und Drittbetroffenen und dem Interesse an einer Stabilisierung von sozialen Regeln übernehmen und wie ein „*information broker*“ handeln. Auch andere Formen der Durchsetzung von Rechten durch eigene Institutionen wie im Jugendschutz sind als Ausdruck „regulierter Selbstregulierung“ denkbar. Das ist aber nach der durch das Gesetz entstehenden Konstellation nicht möglich. Hier muss auch bedacht werden, dass die normative Grenze der Äußerungsfreiheit (Art. 5 Abs. 2 GG) in den Schranken des Gesetzes eine Abstützung durch konkretisierende soziale Regeln bedarf. Diese sozialen Regeln müssen auch von der (Teil-)Öffentlichkeit akzeptiert werden. Durch Sperrungen oder Verbote allein kann der Schutz der persönlichen Ehre nicht gewährleistet werden. Sonst besteht ein Anreiz, immer wieder gegen Verbotsentscheidungen zu verstoßen und rechtswidrige Äußerungen mit Aussicht auf Resonanz zu wiederholen. Es ist gänzlich ausgeschlossen, in der Kürze der Zeit alle Beschwerden zu bearbeiten, wenn dabei der hohe Prüfungsstandard des BVerfG beachtet wird. Dabei ist diese Rechtsprechung in neuerer Zeit ambivalent, da sie immer mehr „Situationen“ unterscheidet, auf die bei der Einordnung einer Äußerung abzustellen ist. *Regeln* für ein rationales „Verfahren“ der Prüfung der Rechtmäßigkeit zu formulieren, ein „Beschwerdemanagement“ von Äußerungen einzurichten, ist also

auch bereits wegen dieser flexiblen und oftmals einzelfallbezogenen höchstrichterlichen Rechtsprechung allenfalls in Fällen *nicht bestrittener Unrichtigkeit* von Tatsachenbehauptungen denkbar. Die Rechtsprechung entscheidet eher durch Anschluss an Fallgruppen, nicht aber nach stabilen Regeln. Für eine private Praxis der Entscheidung von Providern über die Grenzen der Meinungsfreiheit käme es darauf an, für die Internetkommunikation neue Fallgruppen zu bilden und zur Diskussion zu stellen. Dafür schafft der vorgesehene Zeitdruck denkbar schlechte Voraussetzungen.

Fazit: Auch diese Überlegung bestätigt, dass die Wahl der Mittel - insbesondere die Vorgabe eines engen zeitlichen Rahmens - für die Prüfung von Beschwerden ungeeignet ist.

cc) Erforderlichkeit

Weiter stellt sich nach der Rechtsprechung des BVerfG die Frage, ob ein gesetzlicher Eingriff in die Berufsfreiheit erforderlich ist. Dies ist dann der Fall, wenn es kein geeignetes milderes Mittel gibt, das den Zweck ebenso gut oder in ähnlicher Weise erreichen kann.¹³⁷ Da das Gesetz schon nicht zur Erreichung des gesetzlichen Zweckes geeignet ist, muss diese Eignung hier hypothetisch unterstellt werden.

(1) Milderes Mittel?

Als milderes Mittel wäre hier als eine kooperative, privat-öffentliche Strategie denkbar, die mit Aufsichtsverfügungen arbeitet und den Privaten mehr Spielraum eröffnen würde. Angesichts der vielen Probleme der Bestimmtheit und der Eignung der an die Privaten adressierten Löschungspflicht, wäre dies die grundrechtsangemessenere, weil weniger belastende Alternative, die gleich wirksam sein dürfte. Dass diese Variante rechtlich nicht zulässig wäre, weil die Länder für die Gesetzgebung nicht zuständig wären, steht dieser Überlegung nicht entgegen. Die Beanstandung einer

¹³⁷ BVerfGE 80, 1 (30).

Entscheidung der Provider durch Verwaltungsakte des Bundesamtes würde gegen das Gebot der Staatsfreiheit der Aufsicht über die Ausübung der Meinungs- und Medienfreiheit verstoßen (dazu unten).

(2) Erforderlichkeit eines Experimentiergesetzes?

In Anbetracht der vielen – quantitativen und qualitativen – Ungewissheiten, die mit dem Einsatz des Gesetzes verbunden wären, käme hier nur ein Experimentiergesetz in Betracht, das zunächst auf die Sammlung von Erfahrungen und die Erprobung unterschiedlicher Formen der Prüfung und Entscheidung zielen würde. Nicht erforderlich erscheint auch die undifferenzierte, nicht nach der Bedeutung der Beeinträchtigung (Gewicht der Verletzung, Zahl der Leser etc.) unterscheidende Fristvorgabe und der Verzicht auf die Möglichkeit der Abänderung von Entscheidungen. Das BVerfG hat gerade in einer seiner letzten Entscheidungen betont, dass das Gewicht einer Persönlichkeitsverletzung im Internet von der Zahl der Aufrufe einer Seite abhängt und dass ca. 6.000 Aufrufe auch bei einer in der Sache schwerwiegenden Verletzung keinen „besonderen Verletzungsgrad“ erreichen, der zu einem Anspruch auf Entschädigung führen könne.¹³⁸

Auch der Verzicht auf nähere Anforderungen an die Begründung oder den Verzicht auf die Einräumung eines Spielraums für die Formulierung von solchen Anforderungen durch die Provider ist nicht „erforderlich“ i.S. der Prinzipien des BVerfG. Hier ist daran zu denken, dass ggf. „Beschwerden“ auch pauschal durch Social Bots in dem gleichen Maße erhoben werden können, wie diese Kommunikationen verbreiten oder „kommentieren“ können.

Insbesondere ist die starre Fixierung von Fristen nicht erforderlich. Hier hätte der Entwurf ohne Weiteres zwischen schweren und weniger schweren Rechtsverletzungen unterscheiden können und müssen. Längerfristig mag es möglich sein, Verfahren der künstlichen Intelligenz zu entwickeln, die auch sehr komplexe Abwägungs-

¹³⁸ BVerfG v. 02.04.2017, Az. 1 BvR 2194/15 - „das kleine Luder vom Lerchenberg“.

entscheidungen simulieren könnten. Einstweilen ist die Technologie davon aber noch weit entfernt.¹³⁹

Fazit: Wenn das Gesetz überhaupt geeignet wäre, so wäre es jedenfalls nicht erforderlich.¹⁴⁰

dd) Verhältnismäßigkeit i.e.S. ¹⁴¹

Da die gesetzliche Sperrungs- bzw. Löschungspflicht in weiten Teilen zur Erreichung des gesetzten Zwecks nicht geeignet und – selbst wenn man die Eignung unterstellen würde – zum erheblichen Teil nicht erforderlich ist, weil auch mildere Mittel zur Verfügung stehen, ist auch hier nur eine hypothetische Erwägung zur Verhältnismäßigkeit¹⁴² i.e.S. notwendig.

Selbst wenn die Regelung erforderlich wäre, so wäre es doch unverhältnismäßig den Providern eine hohe Belastung aufzuerlegen¹⁴³, aber keine Differenzierung nach der Schwere der Beeinträchtigung vorzusehen: Sollen auch geringfügig belastende Äußerungen, die von ganz Wenigen gelesen werden, mit großem Aufwand gelöscht und verfolgt werden? Es wäre auch unverhältnismäßig, sogleich für alle Rechtsverstöße das Ordnungswidrigkeitenrecht in Anschlag zu bringen und auf die Mittel des Aufsichtsrechts (Beanstandung durch Verwaltungsakt) zu verzichten. Dies ist hier nur deshalb nicht möglich, weil der Bund für deren Ausgestaltung keine Kompetenz hat. Für das Ordnungswidrigkeitenrecht gilt aber nichts anderes (s. o.). Die angemessene Form wäre eine bessere Abstimmung von staatlichen Aufsichtsmaßnahmen durch Verwaltungsakt und dem (begrenzten) Einsatz des Ordnungswidrigkeitenrechts.

¹³⁹ Vgl. aber <https://www.lawgazette.co.uk/law/artificial-intelligence-mimics-judicial-reasoning/5056017.article> (Stand: 26.05.2017).

¹⁴⁰ So auch *Feldmann*, a.a.O., 293.

¹⁴¹ *Gersdorf*, Stellungnahme zum Netzwerkdurchsetzungsgesetz v. 30.03.2017.

¹⁴² Dazu BVerfGE 30, 292 (316).

¹⁴³ Vgl. zur Komplexität der Erwägungen, die von einem Provider angestellt werden müssten, auch OLG Wien v. 05.05.2017 in einem Verfahren, das Facebook betrifft:

http://www.wienerzeitung.at/_em_daten/_wzo/2017/05/08/170508_1624_sonstigeerledigung_7304_49747_2017_05_05.pdf (Stand: 26.05.2017).

Nach der Rechtsprechung ist auch weiter eine Güterabwägung erforderlich, für die das Gesetz aber die Einräumung eines Spielraums nicht erkennen lässt.

Fazit: Es wäre unverhältnismäßig, die Provider nicht zunächst durch andere Aufsichtsmittel (Beanstandung), sondern sogleich durch Festsetzung von Geldbußen unter Druck zu setzen.

c.) Suchpflicht, § 3 Abs. 2 Nr. 7 NetzDG-E a.F.

aa) Internationale Reichweite

Das Gesetz sollte zunächst die Provider auch verpflichten rechtswidrige Äußerungen, zu denen der Zugang gesperrt worden ist, jedenfalls auf ihren Seiten weiter zu verfolgen und zu beobachten, ob sie an andere Stelle wieder reproduziert werden. Obwohl die Verpflichtung in der letzten Fassung des Entwurfs nicht mehr enthalten ist, ist dazu doch eine Anmerkung sinnvoll, da die ursprüngliche Fassung die Kontrollintention des Gesetzes gut erkennen lässt.

Unter dem Gesichtspunkt der internationalen Anwendbarkeit des deutschen Rechts, auf die hier im Einzelnen nicht eingegangen werden kann, ist eine transnationale Verfolgungspflicht zunächst nur zulässig soweit der in seinen Rechten Betroffene seinen Lebensmittelpunkt in Deutschland hat und soweit es sich um deutschsprachige Seiten handelt. Für andere Sprachen fehlt es jedenfalls an der Zumutbarkeit der Recherche durch die Provider, weil dazu sprachlich jeweils aufwendige Suchstrategien entwickelt werden müssten. Anders scheint es bei deutschsprachigen Seiten im Inland zu sein.¹⁴⁴

¹⁴⁴ Vgl. zur internationalen Reichweite einer Sperrungsverpflichtung OLG Wien : http://www.wienerzeitung.at/_em_daten/_wzo/2017/05/08/170508_1624_sonstigeerledigung_7304_49747_2017_05_05.pdf (Stand: 26.05.2017).

bb) Schwierigkeit und Aufwand einer Suchstrategie

Vor allem wegen der noch einmal gesteigerten Schwierigkeit der Bewertung von erneut geposteten Inhalten ist eine solche erweiterte Suchstrategie aber, soweit sie überhaupt möglich ist, nicht zumutbar und verstößt deshalb gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.¹⁴⁵ Der EuGH¹⁴⁶ hat die Suchpflichten des Providers für die Reproduktion von als rechtswidrig untersagten Seiten – in dem einfacheren Fall der Urheberrechtsverletzung – gegenüber der Rechtsprechung des BGH noch einmal beschränkt. Dies gilt umso mehr, als bei politischen Meinungsäußerungen bei der Weiterverbreitung durch Dritte häufig eine Sinnveränderung stattfindet. So soll die Verpflichtung zur Unterlassung nicht die Kommentierung und Zitierung eines rechtswidrigen Inhalts verhindern.

(1) Insbesondere Sperrung bzw. Löschung von „Kopien“, § 3 Ziff. 6 NetzDG-E

Sperrung bzw. Entfernung von „Kopien der rechtswidrigen Inhalte“ nach § 3 Abs. 2 Nr. 6 NetzDG-E

Die Vorschrift ist zunächst zu unbestimmt, was die Beschreibung des Kreises der Betroffenen angeht: Soll es nur um „Kopien“ gehen, die der Adressat einer Sperrung/Löschung selbst an anderer Stelle hochgeladen hat oder auch – das ist wohl eher naheliegend – ein Dritter? Im letzteren Falle wäre zunächst zu konstatieren, dass dies weit über die Regelung des Ehrenschatzes für die Offline-Welt hinausginge: Ein gerichtliches Urteil, das einen Äußernden zur Unterlassung verurteilt, wirkt nicht gegen Dritte. Soll die Regelung bezwecken, dass nicht einmal cursorisch geprüft wird, ob sich der Sachverhalt nicht – auch wenn es sich um „Kopien“ handelt – anders darstellt, weil der Dritte die Äußerung zwar wiederholt hat, aber der Kontext ein anderer wird durch eine Kommentierung oder weil in der Person des Dritten Voraussetzungen begründet sind, die zur Anwendung von § 193 StGB (Wahrnehmung berechtigter Interessen) oder § 199 StGB (Erwiderung auf eine vorausgegangene Be-

¹⁴⁵ LG Würzburg, ZUM 2017, 437– m. Anm. *Ladeur*, 449 – Facebook.

¹⁴⁶ EuGH, GRUR 2012, 265 (267).

leidigung) führen? Dies wäre ein weiterer Verstoß gegen die verfahrensrechtliche Dimension Art. 5 Abs. 1 GG.

Die Vorschrift ist aber auch zu unbestimmt im Hinblick auf den objektiven Tatbestand: Was ist mit „Kopien“ gemeint? Sind damit „Kopien“ im strengen Sinne gemeint, also die Reproduktion des Wortlauts der zunächst gesperrten Äußerung oder ist es ausreichend, dass der Sinn der gesperrten Äußerung erneut verbreitet wird? Was bedeutet dies für Bilder, die anders kommentiert werden, und was für Äußerungen oder Bilder, die nur teilweise reproduziert werden? Die Unklarheit wird noch gesteigert durch die Bestimmung zum zeitlichen Ablauf der Prüfung der Voraussetzungen der Sperrung von „Kopien“: Die Sperrung soll „unverzüglich“, also ohne schuldhaftes Zögern erfolgen. Diese subjektive Voraussetzung ist aber von der Interpretation der Reichweite der Prüfungspflicht abhängig.¹⁴⁷ Soll die Prüfung sich auf die Feststellung beschränken, dass es um eine „Kopie“ i.e.S. geht, oder soll der Sachverhalt genauer erfasst und beurteilt werden? Die Vorschrift ist für den Anwender mit erheblichen Unsicherheiten verbunden, die vor dem Hintergrund der möglichen Sanktion als Ordnungswidrigkeit nicht zumutbar sind.

Fazit: Die Regelung über die Löschung von „Kopien“ verstößt gegen die objektivrechtliche Dimension des Art. 5 Abs. 1 GG (hier: die Verfahrensdimension).¹⁴⁸

(2) Manipulation durch Social Bots?

Ein spezifisches Problem der Manipulation von Internetseiten wird durch den Einsatz von Social Bots entstehen, die rechtswidrige Seiten immer wieder neu und in vielfacher Weise erzeugen. Zur Zeit scheint dies quantitativ noch nicht ins Gewicht zu fallen. Dennoch zeigt sich auch hier, dass sich die Kommunikation in der Online-Welt von der in den klassischen Medien unterscheidet. Die Provider sind dabei Technologien zu entwickeln, die durch den Einsatz künstlicher Intelligenz solche Praktiken, die den verbreiteten Text unverändert lassen, identifizieren können. Ver-

¹⁴⁷ Vgl. auch die Bedenken bei *Feldmann*, a.a.O., 295.

¹⁴⁸ Vgl. dazu allg. *Wahl*, in: Handbuch der Grundrechte, Band 1, 2004, § 19.

füßbar ist diese Technologie aber noch nicht. Hier zeigen sich deutliche Unterschiede zu nicht koordinierten Prozessen der Wiederholung, die einer pauschalierenden Gleichbehandlung entgegenstehen.

Auch dies zeigt noch einmal, dass die Verfolgung der Weiterverbreitung von als rechtswidrig gesperrten Inhalten der Differenzierung und Spezifizierung bedarf. Die Provider können nicht alle rechtswidrigen Inhalte mit gleichem Aufwand verfolgen. Dies wäre wiederum ein Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip.

Fazit: Es ist unverhältnismäßig, die Provider angesichts der Risiken ihrer Überschwemmung mit Beschwerden zur Kontrolle und ggf. Sperrung aller rechtswidrigen Inhalte zu verpflichten – ohne Rücksicht auf Relevanz und Aufwand.

(3) Maßnahmen gegen erneute Speicherung § 3 Abs. 2 Nr. 7 NetzDG-E a.F.

Wie gezeigt, ist schon die Bestimmung des Begriffs „Kopien“ äußerst unklar. Das Gleiche galt für die zunächst vorgesehene Pflicht des betroffenen Providers, der eine Sperrung/Löschung vorgenommen hat, Maßnahmen gegen die erneute Verbreitung zu treffen. Technisch mag es möglich sein, ex ante eine Suchstrategie zu entwickeln, wenn exakt deren Gegenstand als „die Kopie“ des gesperrten Inhalts vorgegeben werden kann. Dies erscheint aber wenig geeignet, da der Text nur variiert werden muss, um der Suchstrategie zu entgehen. Die Entwicklung einer komplexeren Suchstrategie zu verlangen, wäre aber, wenn sie überhaupt geeignet wäre, unverhältnismäßig. Denn der Aufwand ist kaum ex ante abzuschätzen und es wäre auch nicht absehbar, in welchem Verhältnis hier Aufwand und Ertrag zueinander stünden. Auch diese ex ante zu formulierende Suchstrategie könnte nur durch das Regulierungsmodell der „regulierten Selbstregulierung“ abgestützt werden, die nicht unter dem permanenten Druck einer Sanktion stehen müsste, damit sie sich erfolgreich entwickeln könnte.

Fazit: Auch wenn die Norm inzwischen nicht mehr im Entwurf enthalten ist, so zeigt sie doch die Intention der Entwurfsverfasser, ohne Rücksicht auf technische Schwierigkeiten und die Verhältnismäßigkeit - insbesondere das Gewicht der Rechtsverletzung - ein umfassendes Gesetz zur Kontrolle der Kommunikation über soziale Medien einzuführen. Vor allem dann, wenn eine Vielzahl von gesperrten Posts weiterverfolgt werden müssen, kann dies auf die Auferlegung einer faktisch erweiterten Haftung führen, die das Europarecht gerade ausschließen will.¹⁴⁹

d.) Berichtspflicht

aa) Grundsätzliche Eignung - Detailliertheit der Vorgaben

Die Eignung der Berichtspflicht zur Eindämmung der Verbreitung rechtswidriger Inhalte wäre grundsätzlich zu bejahen, wenn die Sperrungsmaßnahmen verfassungsmäßig wären. Allerdings gehen die einzelnen Anforderungen an die Erstellung des Berichts viel zu weit. Insbesondere die Aufschlüsselung nach Bearbeitungsfristen läuft darauf hinaus, dass die Provider sich selbst wegen einer möglichen Ordnungswidrigkeit anzeigen müssen. Weiter ist nicht einzusehen, welches öffentliche Interesse an einer Mitteilung der Mitgliedschaften in Berufsverbänden bestehen könnte. Auch hier erscheint die Detailliertheit der Anforderungen kaum geeignet zur Erreichung der gesetzgeberischen Zwecke beizutragen. Die Fülle der Vorgaben zeigt erneut, dass das gewählte Regulierungsmodell - eine Mischung aus Elementen der Selbstregulierung und der detaillierten Verhaltenssteuerung - ungeeignet ist: Die Fülle der Berichtspflichten läuft darauf hinaus, nur der Behörde die Aufsicht zu erleichtern.¹⁵⁰ Dies ist auch der eigentliche Zweck der gewählten Elemente aus dem Modell der „regulierten Selbstregulierung“.

bb.) Minimale Freiheit der Selbstregulierung

¹⁴⁹ Vgl. dazu das Gutachten von *Spindler*, <https://www.bitkom.org/Bitkom/Publikationen/Kurzzusammenfassung-des-Gutachtens-von-Prof-Dr-Gerald-Spindler-zum-Netzwerkdurchsetzungsgesetz.html> (Stand: 26.05.2017).

¹⁵⁰ Dies darf aber nicht der primäre Zweck eines Gesetzes sein, BVerfGE 65, 116 (129).

Die Spielräume der Selbstregulierung sind minimal und schwer bestimmbar, stattdessen wird eine umfassende Berichterstattung über die Erfüllung der detailliert gesetzlich vorgegebenen Verpflichtungen verlangt. Hier sei besonders hervorgehoben die Pflicht über die „sprachliche Kompetenz“ derjenigen Auskunft zu geben, die Beschwerden bearbeiten: Sehen die Verfasser des Entwurfs hier die Gefahr, dass Analphabeten oder Personen, die die deutsche Sprache nicht beherrschen, eingesetzt werden? Wie soll die Auskunftspflicht in dieser Hinsicht aufgeschlüsselt werden? Sollen Sprachtests durchgeführt und die Ergebnisse nachgewiesen werden?

Soweit diese umfassenden Verpflichtungen überhaupt einen Beitrag zur Erreichung der gesetzlichen Ziele leisten können, sind sie nicht erforderlich. Dies gilt umso mehr, als damit gerechnet werden muss, dass jedenfalls in Wahlkampfzeiten auch eine große Zahl von geringfügigen Beschwerden eingehen wird. Alle diese Beschwerden nach den vorgegebenen Kriterien aufzuschlüsseln wäre mit Sicherheit nicht erforderlich.

Fazit: Die Erforderlichkeit der Berichterstattung in dem vorgesehenen Umfang ist zweifelhaft, weil auch hier eine kooperative Strategie möglich ist.

e.) Weiterbildung, § 3 Abs. 4 S. 3 NetzDG-E

Die Pflicht zur Weiterbildung des bei der Kontrolle eingesetzten Personals erscheint grundsätzlich sowohl zweckgerecht als auch geeignet und erforderlich zur Erreichung des gesetzlichen Ziels. Der Aufwand dürfte auch den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit i.e.S. entsprechen. Anzumerken sei hier nur ein eher nebensächlicher Punkt, der Handlungsspielräume der Provider so gut wie eliminiert: Die Weiterbildung des Personals muss in deutscher Sprache stattfinden. Es ist selbstverständlich, dass das Personal dem Programm der Fortbildung und Schulung folgen können muss, aber es erscheint seltsam, dass nicht ein Teil der Fortbildung z.B. auch durch amerikanische Experten in englischer Sprache möglich sein soll, soweit das Personal ausreichende englische Sprachkenntnisse hat. Erforderlich ist diese Anforderung jedenfalls nicht.

Fazit: Die Vorgabe der Sprache für die Fortbildungsmaßnahmen der Entscheidenden ist nicht erforderlich.

f.) Auskunftsanspruch bei Persönlichkeitsverletzung, Art. 2 NetzDG-E i.V.m. § 14 Abs. 2 TMG

aa) Die Vorschrift läuft leer!

Diese Vorschrift soll, ähnlich wie § 101 UrhG dem Inhaber eines Urheberrechts, dem in seinen Persönlichkeitsrechten Verletzten einen Auskunftsanspruch zur Identität eines Verletzenden gegen den Provider geben. Ein solcher Anspruch ist dem Grunde nach schon verschiedentlich in Rechtsprechung und Literatur aus § 242 BGB abgeleitet worden.¹⁵¹ Ein Problem ergibt sich aber aus dem für das Privatrecht atypischen Erfordernis einer speziellen gesetzlichen „Ermächtigungsgrundlage“, § 12 Abs. 2 TMG.¹⁵² Mit der Neufassung des § 14 Abs. 2 TMG durch Einfügung der Worte „oder anderer absolut geschützter Rechte“ soll offenbar eine solche Ermächtigungsgrundlage geschaffen werden. Dies wäre grundsätzlich verfassungsrechtlich zulässig. Allerdings fehlt es schon an der Bestimmung der „zuständigen Stelle“ und an der Konkretisierung der materiellen und verfahrensrechtlichen Voraussetzungen. Die Stellung der Hostprovider ist im Übrigen eine andere als die der Telekommunikationsunternehmen, die nach § 111 TKG zur Feststellung der Identität der Nutzer verpflichtet sind, während die Anbieter von Telemedien sogar verpflichtet sind, die anonyme oder pseudonyme Nutzung zu ermöglichen, § 13 Abs. 6 TMG. Die Verpflichtung zur Erhebung personenbezogener Daten kann auch nicht konkludent aus dem Sinn des § 14 Abs. 2 NetzDG-E entnommen werden. Dies wäre schon mit der Vorschrift des § 12 Abs. 2 TMG nicht vereinbar. Diese Vorschrift läuft jedenfalls ins

¹⁵¹ Vgl. *Feldmann a.a.O.*, 293; vgl. auch zu den Problemen der Gewährleistung eines solchen Anspruchs *Paschke/Halder MMR* 2016, 723 (724f.).

¹⁵² Diese Vorschrift wird von Höch K&R 2017, 289 (290) vernachlässigt: Deshalb kann § 242 BGB nicht die „Ermächtigungsgrundlage“ sei; *Bizer/Hornung*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), *Informations- und Medienrecht*, 2014, § 12 TMG, Rn. 62; diese Meinung vertritt allerdings offenbar irrigerweise auch das Bundesministerium der Justiz, http://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2017/04052017_NetzDG.html (Stand: 26.05.2017).

Leere. Sie ist unvollständig und deshalb nicht anwendbar.¹⁵³ Die Frage, ob eine solche Norm verfassungsmäßig wäre, stellt sich deshalb nicht.

bb) Hilfsweise: Verhältnismäßigkeit?

Die Vorschrift würde von der Ungleichbehandlung der in ihren Persönlichkeitsrechten Betroffenen gegenüber den Inhabern von Urheberrechten zur Gleichbehandlung ohne Berücksichtigung der Unterschiede übergehen: Das Urheberrecht hat für den Verletzten per se einen vor allem ökonomischen Wert. Der Berechtigte wird, zumal angesichts des umständlichen Verfahrens – ein Richtervorbehalt ist vorgesehen – den Auskunftsantrag nur dann stellen, wenn es um Rechte von einiger Bedeutung geht. Das Gesetz enthält im Übrigen in § 101 Abs. 4 UrhG ausdrücklich einen Vorbehalt für Fälle, in denen das Auskunftsverlangen unverhältnismäßig wäre. Das ist aber bei der Persönlichkeitsverletzung anders: Der Anspruch sollte nicht in geringfügigen Fällen bestehen.

cc) Richtervorbehalt

Es sollte auch – wie in § 101 Abs. 9 UrhG – der Richtervorbehalt für die Auskunft über den Verletzenden eingeführt werden.

Fazit: Die Norm ist technisch missglückt. Im Übrigen wäre sie unverhältnismäßig: Ein Auskunftsverlangen ist nur bei schweren Persönlichkeitsverletzungen gerechtfertigt.

g.) Aufsicht der Behörde, § 3 Abs. 5 NetzDG-E

Nach § 3 Abs. 5 NetzDG-E kann die Aufsicht über die Verfahren nach § 3 Abs. 1 auf eine „beauftragte Stelle“ übertragen werden. Sollte es sich dabei um eine private Stelle handeln, so würde damit weitgehend die Beurteilung der Entscheidung über die

¹⁵³ Feldmann a.a.O., 294.

Einleitung eines Verfahrens nach dem OWiG privatisiert. Dies ist mit der Bedeutung des Verfahrens und der Notwendigkeit, die staatliche Verantwortung zu wahren, nicht vereinbar.

h.)Pflicht zur Beaufsichtigung des Personals

aa) Haftung für handelnde Angestellte? - §§ 30, 130 OWiG

In §§ 2, 3 sieht das NetzDG-E eine Fülle von Aufsichtspflichten der Provider vor. Der spezifischen rechtlichen Erörterung muss eine allgemeine Darstellung der Haftung für Dritte nach dem OWiG vorausgeschickt werden. Nach § 30 OWiG haftet das Unternehmen zunächst nur für rechtswidrige Handlungen oder Unterlassungen von Organen und anderem leitendem Personal. Dazu werden diejenigen nicht gehören, die über die Sperrungen entscheiden sollen. Im Übrigen haftet das Unternehmen für Handlungen seines Personals nur dann, wenn es bzw. leitendes Personal seine Aufsichtspflicht gegenüber dem Personal verletzt hat, § 130 Abs. 1 OWiG. Diese Pflicht wird durch die „Compliance“-Regeln des § 3 des NetzDG-E konkretisiert. Dies ist der Grund dafür, dass hier das Gesetz selbst eine Fülle von Aufsichtsmaßnahmen vorgibt § 3 Abs. 2, bei deren Missachtung das Unternehmen für rechtswidrige, auch fahrlässige Fehlentscheidungen des Personals - hier der im Einzelfall entscheidenden Mitarbeiter - haftet. Voraussetzung dafür ist zunächst das Verschulden des unmittelbar handelnden Entscheidenden, § 9 OWiG. Das Unternehmen muss durch Organisation ex ante und Kontrolle der Entscheidungen ex post den Ablauf der Verfahren strukturieren und Fehlentwicklungen beobachten. Das ergibt sich schon aus den genannten allgemeinen Normen des OWiG. Das NetzDG-E geht aber darüber weit hinaus, weil er detailliert Überwachungspflichten vorgibt, ohne den Providern einen nennenswerten Spielraum zu überlassen: So muss der Provider insbesondere „durch Verfahren gewährleisten“, dass das zur Überwachung bestellte Personal „unverzüglich von Beschwerden Kenntnis nimmt und prüft, ob der Inhalt rechtswidrig und zu entfernen (...) ist“ (§ 3 Abs. 2, Nr. 1). Die Vorschrift wird in den folgenden Nummern ergänzt, u.a. durch die oben untersuchte Vorgabe von Fristen und Dokumentationspflichten. Es treten aufgrund von § 3 Abs. 2 des Entwurfs monatliche „Kontroll-

pflichten“ hinzu sowie die Pflicht zur „unverzöglichen“ Beseitigung von „organisatorischen Unzulänglichkeiten“. Was „organisatorische Unzulänglichkeiten“ sind, ist wiederum schwer abschätzbar.

bb) Komplexität der Aufgabe der Aufsicht – komplexes gerichtliches Verfahren

(1) Aufspaltung des Verfahrens: Getrennte Prüfung von Rechtswidrigkeit der Entscheidungen und der Schuld der Aufsichtspflichtverletzung, § 4 Abs. 5 NetzDG-E

Der sehr ungewöhnlichen Aufspaltung des gerichtlichen Verfahrens erfolgt in zwei Schritten, die Beurteilung der Rechtswidrigkeit der Entscheidungen der Provider und – im Streitfall – die Prüfung der Rechtmäßigkeit des Bußgeldbescheides, liegt ein rechtlicher Irrtum zugrunde (zu § 4 Abs. 5, S. 24): „Nach der Kompetenzverteilung des Grundgesetzes sind allein die Gerichte dazu berufen, über die Strafbarkeit einer Handlung zu entscheiden“. Dies gilt in der Tat für die *Strafbarkeit* selbst, also die Verhängung von Strafen. Hier werden aber keine Strafen verhängt, sondern es wird an die Erfüllung von *Straftatbeständen* eine ganz *andere Rechtsfolge* außerhalb des Strafrechts geknüpft, nämlich die Verfolgung als Ordnungswidrigkeit. Das ist von der Sanktionierung von Straftaten zu unterscheiden.

Dem Gesetzentwurf geht es in erster Linie um die inhaltliche Kontrolle der *Entscheidungspraxis*. Dies geht aus § 4 Abs. 5 S. 1 NetzDG-E deutlich hervor: Von der Verletzung einer *Aufsichtspflicht* ist hier nicht die Rede, sondern nur von der rechtswidrigen Unterlassung einer Sperrung. Die Regelung des § 4 Abs. 5 S. 1 und S. 2 ist für die Erreichung des gesetzlichen Zweckes ungeeignet: Der Entwurf hält hier wiederum nicht die – nach seiner eigenen Konzeption – notwendige Unterscheidung zwischen rechtswidrigen Entscheidungen und rechtswidriger Aufsichtspraxis durch. Aus der Rechtswidrigkeit selbst einer Mehrzahl von Entscheidungen ergibt sich für die Bewertung der Aufsicht der Provider über ihre eigenen Entscheidungen noch gar nichts. Die Begründung zu § 4 Abs. 5 (S. 24) versucht hier wieder eine Unklarheit des Gesetzes selbst durch Erläuterungen zu kompensieren. Das ist erstens nicht zulässig - ein

Gesetz muss aus sich heraus verständlich sein - und zweitens ist dieser Versuch auch zum Scheitern verurteilt, weil die beispielhaft gewählte Konstellation praktisch keine Bedeutung hat: Es ist angesichts der Komplexität der Fallvarianten kaum vorstellbar, dass ein Provider eine beispielhaft genannte „Leitlinie“ oder eine „Richtlinie“ für bestimmte Fallgruppen vorgeben könnte, die „regelmäßig“ zu Falschbewertungen von vorgelegten Fällen führen könnten. Dies ist eine sehr fernliegende Annahme: Die Provider werden vielmehr versuchen, Spezifizierungen für *Abwägungen* vorzugeben. Denn wie die Behörde von der Bewertung einzelner Entscheidungen der Provider zu einer Bewertung der Aufsichtspraxis kommen will, bleibt völlig unklar. Das ist die zentrale Frage, zu der das Gericht aber keine Vorabentscheidung treffen soll. Die Vorschrift ist eine Fehlkonstruktion: Es ist möglich - und diese Variante ist naheliegend -, dass das Gericht erkennt, dass zwar eine bestimmte Zahl von Fehlentscheidungen von den Entscheidenden der Provider getroffen worden ist, aber daraus nicht der Schluss auf die Rechtswidrigkeit der Aufsichtspraxis gezogen werden kann. Doch in diesem Vorabentscheidungsverfahren dürfte das Gericht dazu keine Feststellung treffen. Es müsste sehenden Auges eine Entscheidung vornehmen, welche die Behörde zu einem falschen Bußgeldbescheid veranlassen wird. Die Vorschrift ist somit nicht praktikabel und bereits deshalb auch nicht geeignet zur Erreichung des gesetzten Ziels.

Zu ergänzen ist, dass es offenbar auch weder auf die Schuld des Entscheidenden noch des Aufsichtsführenden ankommen soll. Diese würde vorab nicht gerichtlich überprüft. Das Gericht wäre nur auf die Prüfung der Rechtswidrigkeit der Unterlassung beschränkt. Dann erst würde die Behörde im Bußgeldverfahren eine Bewertung der Schuld vornehmen und der Provider könnte ggf. den Rechtsweg beschreiten. Dies ist eine schwer nachvollziehbare Aufspaltung: Selbst wenn das Gericht der Auffassung wäre, dass ganz offensichtlich weder dem Entscheidenden noch dem Aufsichtsführenden ein Schuldvorwurf gemacht werden könnte, müsste es doch allein über die Rechtswidrigkeit entscheiden. Die Provider können diese Entscheidung nicht anfechten. Der Drittbetroffene soll offenbar nicht angehört werden. Da die Entscheidung des Gerichts für den Provider nicht bindend sein soll, kann er im *Einspruchsverfahren*

ren doch die Rechtswidrigkeit in Frage stellen. Dies ist extrem aufwendig und deshalb unverhältnismäßig.

(2) Schwer kalkulierbare Schuldfrage

Wie oben beschrieben, sind die meisten der in § 1 Abs. 3 in Bezug genommenen Straftatbestände in der Handhabung schwierig. Das wird nicht dadurch erleichtert, dass einige wohl in der Praxis eher selten zur Anwendung kommen werden. Dies wird aber anders sein für die §§ 130, 166 StGB, vor allem aber für die §§ 185 ff. StGB. Deren Anwendung ist aufgrund der Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung in den letzten Jahrzehnten stark *fallabhängig* geworden. Das auch durch §§ 185 ff. StGB geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht ist – wie oben gezeigt – zu einem „Rahmenrecht“¹⁵⁴ geworden, d. h. dass die aktuelle, von der Fallsituation bestimmte Bedeutung des Rechts nur durch Abwägung (insbesondere) mit dem Grundrecht der Meinungsfreiheit entwickelt werden kann. Das BVerfG betont seinerseits, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht durch seine Rechtsprechung „nicht abschließend umschrieben“¹⁵⁵ worden ist – und man könnte ergänzen: nicht abschließend beschrieben werden *kann*. Stattdessen sind Fallgruppen gebildet und Verknüpfungen zwischen den Entscheidungen hergestellt worden, die es erlauben, von Fall zu Fall Ähnlichkeiten aufzugreifen und Muster zu bilden, die aber nicht in der Form von Regeln systematisiert und transferiert werden können.¹⁵⁶ Dadurch wird die Kontrolle durch die Leitung einer Gruppe von Entscheidenden nur sehr schwer möglich sein – von der Behebung einfacher „organisatorischer Unzulänglichkeiten“ abgesehen.

cc) Insbesondere: Das Problem der „Compliance“ – Wie soll die Aufsicht über Entscheidende durch die Provider gestaltet werden?

Der Aufsicht führende Mitarbeiter eines Providers wird kaum einen rational überprüfbar Standard formulieren können, an denen er evtl. die Fahrlässigkeit des

¹⁵⁴ Prinz/Peters, a.a.O., Kap. 3 Rn. 51.

¹⁵⁵ Prinz/Peters, a.a.O., Kap. 3.

¹⁵⁶ Brüggemeier, Prinzipien des Haftungsrechts, 1999, 25.

Handelns der Entscheidenden prüfen kann, während sich zugleich für ihn selbst die kaum zu beantwortende Frage stellt, wann seine eigenen Überwachung die Anforderungen der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ vermissen lässt. „Compliance“ der Unternehmen ist in diesem Fall ganz anders gefasst als in sonstigen Bereichen, in denen bestimmte Unternehmensziele, etwa die Produktqualität, nach Verhaltensregeln kontrolliert werden können. Hier geht es aber um Einzelfallentscheidungen, die eher durch *Gruppierung nach Beispielfällen* Orientierung geben können.

Wegen dieser besonderen Konstellation, der Schwierigkeit der Formulierung von *Anwendungsregeln*, die die Prüfung der Entscheidenden leiten können, wird sich für den Provider die Frage stellen, ob er nicht alle Fälle durchgehen muss, da ihm eine knappe Beschreibung nicht dabei helfen wird, sich einen zuverlässigen Eindruck von der Praxis zu verschaffen. Auch dann wird es angesichts der von situativen Abwägungen bestimmten Praxis kaum möglich sein, nach rationalen Gesichtspunkten zu entscheiden, wann er eine Praxis des beaufsichtigten Mitarbeiters „durchgehen“ lassen kann und wann er intervenieren muss. Vor allem lassen sich keine stabilen Regeln aufstellen, die der Entscheidende zu beachten hätte. Die Rechtsprechung differenziert das Maß der Kontrollpflicht insbesondere nach der Qualifikation der zu Beaufsichtigenden und nach der Wahrscheinlichkeit von Regelverstößen.¹⁵⁷ Vor allem der letztere Gesichtspunkt hilft hier nicht weiter: Die eine zentrale Regel, die Beachtung des Erfordernisses der *Abwägung und der Aufklärung des Sachverhalts*, lässt sich außer durch Bildung von Fallgruppen kaum konkretisieren. Vor allem ist zu beachten, dass § 130 Abs. 2 OWiG dem Unternehmer ein „*Delegationsrecht*“ für die ihn treffenden Pflichten gibt. D.h. dass er „*Vorkehrungen trifft und überwacht, die die von ihm betrauten Personen in die Lage versetzen, den gesetzlichen Pflichten nachzukommen*“.¹⁵⁸ In der Rechtsprechung wird davon ausgegangen, dass Art und Ausmaß der Überwachung vom Einzelfall abhängen.¹⁵⁹ Das ist trotz der Unbestimmtheit solange nicht problematisch, wie der jeweilige *interne* Betriebsablauf durch die organisierte Erfüllung einer Aufgabe bestimmt wird. Hier geht es aber um die Bewertung

¹⁵⁷ OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 1893-1901 (Herv. nicht i. Orig.).

¹⁵⁸ OLG Düsseldorf, GewArch 1999, 69.

¹⁵⁹ OLG Hamm, GewArch 1999, 246.

von Äußerungen, die *außerhalb* eines organisierten Betriebsablaufs getan werden und rechtlich in einem quasi-richterlichen Verfahren „von außen“ geprüft werden sollen. Darin unterscheidet sich diese Konstellation von anderen Fällen der „Compliance“: „Das Haftungsrecht der entwickelten Industriegesellschaft ist norm- und prinzipienorientierte *ad hoc*-pragmatische Kasuistik“ (Herv. i. Orig.)¹⁶⁰ – und dies gilt auch und gerade für das Äußerungsrecht. Den Providern wird hier unter dem Deckmantel der Auferlegung einer Kontrollpflicht eine ganz neuartige, nicht zu erfüllende Pflicht auferlegt. Praktisch könnte angesichts der Dynamik der Entwicklung der Rechtsprechung nur verlangt werden, dass sie dafür sorgen, dass nicht von bewährten, durch die Rechtsprechung stabilisierten *Mustern* des Entscheidens abgewichen wird. Darüber hinaus muss zwangsläufig vieles offenbleiben. Das Gesetz kann selbst in dieser Hinsicht nichts zur Konkretisierung der Organisationspflichten beitragen, obwohl es im Übrigen zu sehr konkreten Vorgaben neigt, § 3 Abs. 2, 4 NetzDG-E.

Diese Situation wird noch einmal durch den verfehlten Einsatz des Ordnungswidrigkeitenrechts verschärft, das hier allein für Aufsichtszwecke des Staates zur Verfügung steht.

cc) Insbesondere die Fallorientierung der Entscheidung und die Kontrolle der Entscheidenden

Der Aufsicht führende Mitarbeiter muss sich immer fragen, ob er dazu beigetragen hat, dass ein „Verfahren (...) nicht richtig“ (§ 4 Abs. 1 Nr. 3 NetzDG-E) eingerichtet worden ist oder dass er die Entscheidungstätigkeit „nicht richtig überwacht hat“ (Nr. 4), wenn er z. B. eher für eine liberale, die Besonderheiten der Meinungsfreiheit betonende Entscheidungspraxis eintritt und dies den Entscheidenden mitteilt. Er muss immer damit rechnen, dass die Behörde oder das zuständige Amtsgericht dies für „fahrlässig“ halten könnten. Es bildet sich geradezu eine Kaskade der Selbst- und Fremdprüfungen von Fahrlässigkeit: Zuerst muss sich der Entscheidende fragen, ob er durch seine Entscheidungspraxis fahrlässig gegen Prüfungs- und Sperrungspflichten verstößt, dann muss der Aufsicht Führende sich fragen, ob fahrlässige Gesetzes-

¹⁶⁰ Brügemeier, Prinzipien des Haftungsrechts, 1999, 33.

verstöße des Entscheidenden vorliegen und ob er selbst fahrlässig handelt, wenn er dies in (nach seiner Einschätzung vorliegenden) Grenzfällen nicht beanstandet.

Entscheider wie Aufsichtführende müssen sich auch fragen, ob und wie weit die Ausnahme eines „journalistisch-redaktionellen“ Dienstes vorliegt, gegen den wegen des „Medienprivilegs“ (§ 1 Abs. 1 S. 2 NetzDG-E) nicht eingeschritten werden darf. Wie kann dies konkretisiert werden? Im Anschluss daran muss die Behörde prüfen, ob Fahrlässigkeit auf der ersten oder der zweiten Stufe vorliegt. Schließlich muss das Gericht eine eigenständige Fahrlässigkeitsprüfung vornehmen. Auf allen Stufen müssen sich die Entscheider mit dem Problem des Fehlens von Standards auseinandersetzen, noch dazu in einem Medium, den sozialen Netzwerken, in denen es bisher nur wenige Rechtsstreitigkeiten entwickelt haben, die zur Konkretisierung von Standards hätten beitragen können.

Fazit: Durch die vielen, kaum auszuräumenden Ungewissheiten wird der Provider unter erheblichen Druck gesetzt, in den fallbezogenen Abwägungen im Zweifel gegen die Meinungsfreiheit zu entscheiden. Deshalb ist das Gesetz ungeeignet, einen Beitrag zur Erreichung des Ziels des Gesetzes in verfassungsmäßiger Weise zu leisten.

4. Schutz des Eigentums, Art. 14 Abs. 1 GG - „virtuelles Eigentum“

Es ist fraglich, wie weit durch das Gesetz auch das Grundrecht auf Eigentum tangiert wird. Zu Recht wird aber in der Literatur angenommen, dass es jedenfalls ein „virtuelles Eigentum“¹⁶¹ an den von Anbietern elektronischer Dienste organisierten „Kommunikationsräumen“ gibt, soweit diese eine eigentumsähnliche Verfügung erlauben. Dies ist für die hier in Frage stehenden Dienste zu bejahen. Die von den Providern organisierten Plattformen lassen einen virtuellen Raum entstehen, der sich in das Netzwerk von Beziehungen zwischen Providern und Nutzern nicht auflösen lässt. Dies rechtfertigt auch die Erstreckung des Schutzes des Art. 14 Abs. 1 GG auf

¹⁶¹ Vgl. . *Elsafß/Labusga/Tichy*, CR 2017, 234, 236; auch *Ladeur*, MMR 2011, 787

diese Angebote. Das Gesetz ist dann als Inhaltsbestimmung des Eigentums anzusehen, die den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips unterliegt. Deren Prüfung folgt sehr ähnlichen Gesichtspunkten wie die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG. Darauf kann verwiesen werden.

Fazit: Das Gesetz verletzt wegen des Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip auch das Grundrecht auf Eigentum aus Art. 14 GG.

5. Meinungsfreiheit der Nutzer, Art. 5 Abs. 1 GG

a.) Drittwirkung der Grundrechte: Verhältnis Provider - Nutzer

Wie oben gezeigt, sind die Provider nicht selbst Träger des heute weit verstandenen Grundrechts der Medienfreiheit. Das schließt aber nicht aus, dass das Grundrecht der Meinungsfreiheit nicht auch für die Regulierung der Provider und ihrer Rechten gegenüber dem Staat von Bedeutung ist. Die Regelung der Berufsfreiheit darf auch nicht die objektiv-rechtliche Dimension anderer Grundrechte verletzen, auch wenn die Träger der Berufsfreiheit, hier die Provider, sich nicht auf die subjektiv-rechtliche Abwehrdimension dieser Grundrechte berufen könnten. Im Verhältnis zum Staat sind die Provider nicht bloßes Werkzeug des Staates. Sie haben die Möglichkeit, eigene Entscheidungen zu treffen, aber weder prozedural (z.B. durch Anhörung) noch materiell eine angemessene Prüfung gegenüber allen Nutzern vornehmen. Im Verhältnis zwischen Provider und Nutzern gilt nach dem Grundsatz der Drittwirkung der Grundrechte auch der Schutz der Meinungsfreiheit innerhalb des privatrechtlichen Nutzungsverhältnisses.¹⁶² Das Gesetz hätte im Hinblick auf das Verhältnis Provider/Nutzer-Drittbetroffener (Verletzter) privatrechtsgestaltenden Charakter. Es handelt sich um ein Schutzgesetz mit Wirkung zugunsten Dritter für Persönlichkeitsrechte/Veränderung des Nutzungsverhältnisses zu Lasten der Nutzer. Aufgrund der oben geschilderten Konstellation wird der Provider gezwungen, ständig in die Meinungsfreiheit einzugreifen, ohne die rechtlichen Voraussetzungen des Gesetzes an-

¹⁶² Vgl. nur BVerfGE 7, 198 (208); allgemein BVerfGE 73, 261 (268); Degenhart, In: BK-GG, 2017 Art. 5 Rn. 266.

gemessen prüfen zu können. In diesem Zwang ist auch im Verhältnis des Providers zum Staat ein Verstoß gegen objektiv-rechtliche Dimension des Grundrechts¹⁶³ durch staatliche Ausgestaltung des Verhältnisses Provider-Nutzer zu sehen – auch wenn zugleich die Rechte Drittbetroffener erweitert werden. Die Regelung der Berufsausübung muss – neben der Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – auch sonstige Verfassungsnormen beachten. hier die objektivrechtliche Dimension der Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 GG.

b.) Verstoß gegen die Staatsfreiheit

aa.) Überwachung der Provider durch das Bundesamt für Justiz

Die Einschaltung des Bundesamtes für Justiz in die Überwachung der Provider verstößt auch gegen das Gebot der Staatsfreiheit – und zwar zunächst in Gestalt der grundsätzlich vorgesehenen Überwachung der Provider sowie in der Befugnis zunächst die Rechtswidrigkeit einer unterlassenen Sperrung gerichtlich feststellen zu lassen. „Staatsfreiheit“ bedeutet, dass die Aufsicht über Medien nicht einer staatlichen Behörde anvertraut sein darf, weil damit schon für sich genommen, ohne Rücksicht auf die materielle Rechtmäßigkeit, die Gefahr eines problematischen Drucks durch Verfahren erzeugt wird.¹⁶⁴ Die Verwaltung darf nicht unmittelbar die Freiheit der Medien beschränken. Das Gebot der Staatsfreiheit richtet sich nicht gegen die Justiz. Gegen das Gebot der Staatsfreiheit verstößt aber schon der Einsatz einer Verwaltungsbehörde zur Überwachung des Flusses der Meinungsäußerungen innerhalb eines medial geordneten Zusammenhangs¹⁶⁵ und deren Kontrolle. Dies gilt vor allem wegen des breiten Ermessenspielraums des Bundesamts für Justiz bei der Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten, der bei der anzunehmenden Vielzahl der Entscheidungen der Provider eine erhebliche Unsicherheit erzeugen kann. Die Provider

¹⁶³ Vgl. allg. BVerfGE 56, 54 (73); zum Gehalt der objektiv-rechtlichen Dimension in globalen Kommunikationsverhältnissen *Hoffmann-Riem*, JZ 2014, 53.

¹⁶⁴ Darin unterscheidet sich das NetzDG-E von allgemeinen Haftungsvorschriften des BGB, die auch nur privatrechtlich durchgesetzt werden können.

¹⁶⁵ *Ladeur*, in: Paschke/Berlit, *Hamburger Kommentar zum Medienrecht*, 3. Auflage 2017, 74. Kap. Rn. 1; allg. auch *Möllers*, AfP 2013, 457; *Fiedler*, *Die formale Seite der Äußerungsfreiheit: Zensurverbot und Äußerungsgrundrechte*, 1999.

müssen bei jeder Unterlassung einer Sperrung mit der Eröffnung eines Verfahrens durch das Bundesamt rechnen, während die tatsächliche Zahl der Verfahren möglicherweise eher niedrig sein kann.

Ob der Grundsatz der Staatsfreiheit auch für die Kontrolle mündlicher oder z.B. auf Plakaten zum Ausdruck gebrachter Meinungen gilt, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls gilt er für Äußerungen, die medial vervielfältigt werden. Was für die Presse i.e.S., den Rundfunk¹⁶⁶ und die sonstigen Telemedien¹⁶⁷ gilt, muss auch für die auf Vervielfältigung angelegte Meinungsäußerung in den „sozialen Medien“ gelten: Den Anfang bildete die „Polizeifestigkeit“ der Presse, die heute in z.B. in § 1 Abs. 2 des Hmb. PresseG normiert ist.¹⁶⁸

Für den Rundfunk ergibt sich dieses Prinzip aus der Begrenzung der Staatsaufsicht. Für die elektronischen Ausgaben der gedruckten Presse ergibt sich der formale Schutz aus § 59 Abs. 3 S. 6 RStV. Doch wird zu Recht auch die rein digitale Presse als „polizeifest“ und damit als staatsfrei betrachtet.¹⁶⁹

Der Staat darf nicht, auch nicht mittelbar durch öffentlich-rechtliche Verpflichtung Privater, zur Überwachung sozialer Medien die Verbreitung von Meinungsäußerungen behindern oder ausschließen.¹⁷⁰ „Staatsfreiheit“ bedeutet, dass die Aufsicht über Medien nicht einer staatlichen Behörde anvertraut sein darf, weil damit schon für sich genommen, ohne Rücksicht auf die materielle Rechtmäßigkeit die Gefahr eines

¹⁶⁶ BVerfGE 57, 295 (326); VG Mainz JZ 1979, 303 m. Anm. *Starck*; Ricker/Schiwy, Rundfunkverfassungsrecht, 1997, D 12; *Degenhart*, BK-GG, Art. 5 Rn. 502.

¹⁶⁷ Vgl. § 54 RStV, der nur Rechtspflichten der Anbieter von Telemedien statuiert, aber keine Eingriffsermächtigung für eine Staatsaufsicht enthält, *Held*, in: Hahn/Vesting (Hrsg.) Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 3. Aufl., 2012, § 54 Rn. 70, mit Hinweis auf die Begründung zum RStV, der ausdrücklich inhaltliche Programmverstöße von der Sanktion durch das Ordnungswidrigkeitenrecht ausschließt; allerdings sind nach überwiegender Auffassung Aufsichtsmaßnahmen bei Verstößen gegen „allgemeine Gesetze“ (nicht gegen Programmgrundsätze!) nach § 59 Abs. 3 S. 1 RStV zulässig, da der Ausschluss eines Verstoßes gegen § 54 RStV in dieser Vorschrift als Redaktionsversehen behandelt wird, vgl. nur *Volkmann*, Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl., 2015, § 59 RStV Rn. 31.

¹⁶⁸ Vgl. dazu grundsätzlich *Degenhart*, BK, Art. 5 Rn. 502f.; *Ladeur*, in: Paschke/Berlit (Hrsg.), Hamburger Kommentar zum Medienrecht, 2017, 74. Kap. Rn. 3.

¹⁶⁹ *Schulz*, in: Hahn/Vesting (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 3. Aufl., 2012, § 59 Rn. 15, 60.

¹⁷⁰ Allgemeine Haftungsvorschriften z.B. des BGB über die Haftung für das Verhalten Dritter, die auch rechtswidrige Äußerungen umfasst, stehen dem nicht entgegen.

problematischen Drucks durch Verfahren erzeugt wird¹⁷¹. Jedenfalls liegt ein Verstoß gegen die Staatsfreiheit aber darin, dass es die Behörde ist, die die Höhe des Bußgeldes festsetzt. Daran ändert die Möglichkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes nichts. Die Behörde kann nicht zuletzt wegen des breiten Spielraums bei der Festsetzung der Geldbuße von bis zu 50 Millionen EUR einen erheblichen Druck auf die Provider ausüben. Genau dies ist mit dem Grundsatz der Staatsfreiheit nicht vereinbar.¹⁷² Weder darf der Staat selbst Träger der Presse sein noch dürfen Verfahren so ausgestaltet sein, dass der Staat als Verwaltung (dies gilt nicht für die Rechtsprechung) unmittelbar durch Einzelakt (Verwaltungsakt) gegen einen Träger der Medienfreiheit vorgehen kann.¹⁷³ Hier würden auch die Provider überdies in die Rolle einer staatlichen Hilfspolizei gedrängt.

bb.) Staatsfreiheit im Medienrecht

Für das Presserecht und das übrige Medienrecht wird der Grundsatz der Staatsfreiheit durch das Zensurverbot abgesichert. Für das Rundfunkrecht wird dieser Grundsatz durch die pluralistische Ausgestaltung der Landesmedienanstalten garantiert, während die staatliche Aufsicht über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk von Verfassung wegen auf Fälle des Systemversagens der internen Aufsicht der Anstalten beschränkt ist.

Für die Telemedien sieht der Rundfunkstaatsvertrag eine materiell-rechtliche Bindung in § 54 Abs. 1 RStV vor, der eine formelle Eingriffsnorm in § 59 Abs. 3 entspricht. In den meisten Ländern sind die Landesmedienanstalten für die Aufsicht zuständig. Dann besteht auch für Telemedien der formale Schutz der Meinungsfreiheit in Gestalt der Staatsfreiheit.¹⁷⁴ Darauf kommt es aber hier nicht weiter an – allerdings sei noch einmal angemerkt, dass der Hinweis auf die Regelung der §§ 54, 59 RStV zeigt, dass der Bund nicht nur allgemein in die verfassungsrechtlich garantierten Zu-

Darin unterscheidet sich das NetzDG-E von allgemeinen Haftungsvorschriften des BGB, die auch nur privatrechtlich durchgesetzt werden können.

¹⁷² Ladeur, ZUM 2004, 1.

¹⁷³ BVerfGE 136, 9 (ZDF-Fernsehrat); 80, 124 (Postzeitungsdienst).

¹⁷⁴ Vgl. Ladeur, ZUM 2004, 1.

ständigkeiten der Länder eingreift, sondern auch eine schon geltende Regelung der Länder eingreift, die diese durch den RStV getroffen haben.

Fazit: Es liegt ein Verstoß gegen die objektiv-rechtliche Dimension der Meinungsfreiheit durch Verletzung des Grundsatzes der Staatsfreiheit vor.

6. Art. 5 Abs. 1 Staat-Nutzer

a.) Medien der Meinungsäußerung

Das GG nimmt als Medien der Verbreitung von Meinungen Wort, Schrift und Bild in Bezug. Geschützt ist mit Sicherheit auch die digitalisierte Form der Äußerung.¹⁷⁵

aa) Mittelbarer Eingriff: Staat – Nutzer durch Pflicht zur Sperrung oder Löschung?

Der oben in der Darstellung der Berufsfreiheit festgestellte Druck auf die Provider verletzt nicht nur unmittelbar ihre Berufsfreiheit, sondern übt mittelbar auch Druck auf Provider aus, durch kursorische Entscheidungen über die Zulässigkeit von Meinungsäußerungen das Grundrecht der Meinungsfreiheit der Nutzer zu verletzen. Es handelt sich um einen mittelbaren staatlichen Eingriff, der nach außen durch Private erfolgt, aber nach innen durch öffentliches Recht im Verhältnis Staat – Provider vorstrukturiert wird.¹⁷⁶ Auf die Provider wird mit der Androhung rechtlicher Sanktionen Druck ausgeübt, der diese dazu veranlassen wird, insbesondere im Konflikt der persönlichen Ehre im Zweifel gegen die Meinungsfreiheit zu entscheiden. Wie oben gezeigt, ist das Gesetz einseitig, vor allem durch die Fristsetzung darauf gerichtet, die Zahl der Sperrungen zu steigern. Es ist deshalb nicht richtig, wie es in der Begründung des Entwurfs zu § 3 (S. 22) und in einem dem Gesetz im wesentlichen zustimmenden Aufsatz von *Eifert*¹⁷⁷ heißt, dass das Gesetz keinen neuen Eingriff in die

¹⁷⁵ Vgl. *Hoffmann-Riem*, AK-GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 138 (für eine umfassende „Medienfreiheit“); *Degenhart*, BK, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 20 (einschränkend); *Kube*, HStR, IV, § 91 Rn. 21; *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 5 Rn. 111; *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 86.

¹⁷⁶ Vgl. dazu auch BVerfGE 85, 248 (263); 21, 271 (278) – Arbeitsvermittlung durch Stellenanzeigen.

¹⁷⁷ NJW 2017, 1450.

Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 GG, enthalte, sondern nur ergänzend ein Verfahren zur Durchsetzung einer ohnehin nach allgemeinem Recht bestehenden Haftung bereitstelle. Nach dem allgemeinen Haftungsrecht muss im Einzelfall unter Beachtung der Drittwirkung der Grundrechte *sowohl das allgemeine Persönlichkeitsrecht als auch die Meinungsfreiheit* berücksichtigt werden. Hier werden die Gewichte aber einseitig zu Lasten der Meinungsfreiheit neu verteilt. Zwar könnte man § 4 Abs. 1 Nr. 2 des Entwurfs auch so lesen, dass gegen einen Provider auch dann wegen einer Ordnungswidrigkeit eine Geldbuße verhängt werden kann, wenn er „vorsorglich“ in großem Stil alles löscht, was möglicherweise als „rechtswidrig“ i.S. des Gesetzes angesehen werden könnte oder sogar Inhalte, die ohne Zweifel *rechtmäßig* sind. Auch dieser Fall ließe sich so interpretieren, dass der Provider ein vorgesehene „Verfahren zum Umgang mit Beschwerden“ dann *„nicht richtig vorhält“*. In der Begründung zu § 3 Abs. 2 Nr. 3 NetzDG-E heißt es dazu, dass die 7-Tage-Frist verhindern soll, dass „Netzwerke aufgrund Zeitdrucks Beiträge löschen“ (S. 21). Das Verfahren muss jedoch nach Nrn 2 und 3 dieser Vorschrift dafür sorgen, dass *„rechtswidrige Inhalte“* innerhalb von 24 Stunden bzw. 7 Tagen gelöscht/gesperrt werden. D.h. die Löschung eines *„rechtmäßigen Inhalts“* mag gegen andere Vorschriften verstoßen. Die Vorschriften des NetzDG-E würden darauf aber keine Anwendung finden. Wer im Zweifel alles löscht, was irgendwie anstößig sein könnte, hält ebenfalls ein Verfahren vor, das die *Löschung rechtswidriger Inhalte* gewährleistet – und das in geradezu perfekter Weise! Deshalb ist die Sorge um den „chilling effect“ der Prüfungspraxis wohlfeil: Das Gesetz selbst ist der „chilling effect“! Das Gesetz ist ganz eindeutig *nicht auf die Vermeidung rechtswidriger Entscheidungen* fokussiert, sondern auf die Vermeidung der Verbreitung *rechtswidriger Inhalte*. Diese kaum in Frage zustellende Interpretation des Gesetz-E wird bestätigt durch die Begründung, die z.B. auf S. 22 (neue Fassung) festhält, dass ein bußgeldbewehrter Verstoß gegen Verfahrenspflichten noch nicht vorliegt, wenn der Provider einen „Inhalt vertretbar nicht für rechtswidrig hält“. Der umgekehrte Fall, die „vertretbare“ Fehlbewertung eines rechtmäßigen Inhalts interessiert nicht. Die geänderte Begründung zur Fassung vom 16.05.2017, die im Bundestag eingebracht worden ist, hebt ausdrücklich eine fernliegende Variante hervor: nämlich ein Verfahren, dessen Praxis *„regelmäßig dazu führen würde, dass rechtswidrige Inhalte nicht ... gesperrt werden“*. Dies soll grundsätzlich als Ordnungswid-

rigkeit mit einer Geldbuße sanktioniert werden. Demgegenüber soll ein „*einmaliger Verstoß*“ (!)¹⁷⁸ nicht als Indiz für Mängel des Beschwerdeverfahrens gelten. Im Umkehrschluss müsste das bedeuten, dass ein mehrmaliger Verstoß also ein Indiz darstellen soll. Hier ist noch einmal darauf hinzuweisen, dass aller Voraussicht nach – vor allem dann, wenn an die Form der Beschwerde keine höheren Anforderung gestellt werden dürfen – eine Flut von Beschwerden, nicht zuletzt in Wahlkampfzeiten, zu erwarten ist. Bei einer Masse von Entscheidungen, die schnell getroffen werden müssen, und einer *Masse von Entscheidenden* ist selbst bei sorgfältiger Detailkontrolle notwendigerweise mit einem gewissen Prozentsatz von eindeutig als falsch zu bewertenden Entscheidungen zu rechnen. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Unklarheiten der Rechtsprechung. Die Entscheidenden könnten sich nicht einmal untereinander auf eine Praxis, z.B. die Bildung von Fallgruppen, verständigen. Für die Provider bedeutet dies deshalb, dass sie praktisch *immer* dem Verdacht ausgesetzt sind, dass das „Beschwerdemanagement“ dann als „teilweise nicht richtig“ angesehen würde, wenn rechtswidrige Inhalte nicht gelöscht werden. Es ist aber selbst bei großer Sorgfalt nicht mehr zu erreichen als eine Praxis, die einen größeren Teil von eindeutig richtigen, einen ebenfalls größeren Teil von mehr oder weniger „vertretbaren“ Entscheidungen und einen kleineren Teil von eindeutig falschen Entscheidungen umfasst. Möglich ist eine Managementstrategie, die diesen letzteren Teil relativ klein hält – nur darauf kann die Eigenaufsicht der Provider sinnvoll ausgerichtet werden. Dann ließen sich für die vertretbaren Entscheidungen Strategien der Bildung von Fallgruppen und deren Stabilisierung vorstellen. Auf dieser Grundlage könnte man die Resonanz dieser Praxis im Netz prüfen, damit ein gewisser Konsens angestrebt werden könnte und die Entstehung von Verschwörungstheorien vermieden wird, für die das Netz anfällig ist. Druck auf die Provider auszuüben, würde bedeuten, dass die Entwicklung einer solchen Strategie fast unmöglich gemacht würde.

Das Gesetz übt durch den völlig unkalkulierbaren Einsatz der Drohung mit Geldbußen in Höhe von bis zu 50 Millionen Euro erheblichen Druck auf die Provider aus, *sehr schnell* zu entscheiden. Wenn Provider besonders, d.h. durch Sanktionsdrohung,

¹⁷⁸ Herv. nicht i. Orig.

durch „privatrechtliche Haftungsregeln zur Sperrung und Löschung angehalten werden“, so bedeutet dies auch einen Eingriff in die Meinungsfreiheit.¹⁷⁹ Für die privaten Entscheidungen der Provider, die die Kommunikation der Nutzer regeln, bedarf es eines Mindestmaßes an „Transparenz, Kontrolle und Rechtsschutz“¹⁸⁰.

Fazit: Durch das Gesetz wird den Providern die angemessene Ausgestaltung der Bedingungen der Kommunikation im „Netzwerk“ unter Beachtung der Drittwirkung der Grundrechte erheblich eingeschränkt. Vor allem von Transparenz kann nur noch in sehr begrenztem Umfang die Rede sein. So muss der Äußernde im Falle einer Sperrung seiner Kommunikation nach dem Gesetz ex ante nicht einmal gehört werden.¹⁸¹ Der Provider muss schnell entscheiden, aber der Betroffene kann sich letztlich nur aufgrund allgemeinen Zivilrechts in einem aufwendigen Verfahren vor dem Zivilgericht wehren. Insbesondere Hoffmann-Riem hat darauf aufmerksam gemacht, dass die Beteiligung der Nutzer an der Prüfung von Maßnahmen der Provider unzureichend sei.¹⁸²

bb.) Enge Interpretation der Schrankengesetze i. S. v. Art. 5 Abs. 2 GG

Grundsätzlich sind Schrankengesetze zum Schutz insbesondere der persönlichen Ehre nach Art. 5 Abs. 2 GG zulässig. Jedoch müssen die Gesetze zum Schutz der persönlichen Ehre zugleich „aus der Erkenntnis der Bedeutung“ ausgelegt und beschränkt werden. Damit ist eine fallorientierte Abwägung vorgesehen.¹⁸³ Die Anwendung des Schrankengesetzes verlangt im konkreten Fall eine „Interessenabwägung“.¹⁸⁴

n: Dreier, GG, Art. 5 Rn. 209; abl. auch Fiedler, Meinungsfreiheit in einer vernetzten Welt, 2009, S. 91ff., 157ff.

Schulze-Fielitz, ebd., Rn. 209; Hoffmann-Riem Der Staat 42 (2003), 193 (221).

¹⁸¹ In der Begründung des Entwurfs heißt es nur, dass der Nutzer (und auch dies ist praktisch nicht bei angeblich „offensichtlichen“ Verstößen möglich) gehört werden kann. Für erforderlich scheinen die Verfasser des Entwurfs dies nicht zu halten, S. 24 (zu § 3 Abs. 2 Nr. 3).

¹⁸² Hoffmann-Riem, ebd., 221.

¹⁸³ BVerfGE 85, 1 (16).

¹⁸⁴ BVerfGE 54, 129 (136).

cc.) Formell: Verstoß gegen Gebot der Staatsfreiheit

Ein solcher Verstoß ist zusätzlich zu den genannten Gründen auch unter dem Gesichtspunkt des Eingriffs in die Meinungsfreiheit durch Verstoß gegen den Grundsatz der Staatsfreiheit der Aufsicht zu bejahen.

dd.) Materiell-rechtlich gerechtfertigt als Schrankengesetz?

Grundsätzlich geht es um den Schutz öffentlicher Güter sowie die persönliche Ehre, der die Setzung von Schranken rechtfertigt. Aber das Grundrecht der Meinungsfreiheit hat auch – über den Grundsatz der Staatsfreiheit hinaus – eine prozedurale, formale Dimension: Das Verfahren der Entscheidung über die Konkretisierung von Schranken muss der Bedeutung des Grundrechts gerecht werden. Dazu gehört die Notwendigkeit der Anhörung der Äußernden. Ohne diese Anhörung wird der Sinn einer Äußerung vielfach nicht erkennbar sein. Erst dann, wenn der Sachverhalt aufgeklärt ist, kann auch allenfalls ein Urteil darüber gefällt werden, ob die Rechtsverletzung „offensichtlich“ ist. In allen Fällen, in denen insbesondere ein Gericht beurteilen muss, ob die Rechtslage „offensichtlich“ ist, steht der zu beurteilende Sachverhalt bereits fest: z.B. die Revisionsbegründung und das streitige Urteil, die Begründung einer Verfassungsbeschwerde. Selbst wenn der erste Anschein, der sich von der Bewertung als „offensichtlich“ unterscheidet, für eine bestimmte Lesart spricht, nämlich ein eindeutiges Urteil, so ist das Ergebnis keineswegs „offensichtlich“, da es sich auf den zweiten Blick, nämlich nach Anhörung des Äußernden, als falsch herausstellen kann, weil es z.B. als Satire gemeint war.¹⁸⁵ Der BGH¹⁸⁶ hat in seiner Konkretisierung der Prüfungspflicht der Provider (hier: im Hinblick auf einen Blog) die

¹⁸⁵ Bei *Höch*, K&R 2017, 289 (290) wird dieses Problem der des tatsächlichen Bezugsrahmens der Beurteilung als „offensichtlich“ rechtswidrig vernachlässigt. Erst wenn der Sachverhalt feststeht, ist ein solches Urteil möglich, aber der Sachverhalt muss eben auch zunächst festgestellt werden. Es kann nicht „auf den ersten Blick“ geurteilt werden.

¹⁸⁶ Urteil v. VI ZR 93/10, NJW 2012, 148 (=K&R 2012, 110).

notwendigen Ansätze zu einem verfassungsmäßigen, hier durch das Grundrecht der Meinungsfreiheit gebotenen Privatverfahrensrecht¹⁸⁷ entwickelt:

„Regelmäßig ist zunächst die Beanstandung des Betroffenen an den für den Blog Verantwortlichen zur Stellungnahme weiterzuleiten. Bleibt eine Stellungnahme innerhalb einer nach den Umständen angemessenen Frist aus, ist von der Berechtigung der Beanstandung auszugehen und der beanstandete Eintrag zu löschen. Stellt der für den Blog Verantwortliche die Berechtigung der Beanstandung substantiiert in Abrede und ergeben sich deshalb berechnete Zweifel, ist der Provider grundsätzlich gehalten, dem Betroffenen dies mitzuteilen und gegebenenfalls Nachweise zu verlangen, aus denen sich die behauptete Rechtsverletzung ergibt. Bleibt eine Stellungnahme des Betroffenen aus oder legt er gegebenenfalls erforderliche Nachweise nicht vor, ist eine weitere Prüfung nicht veranlasst. Ergibt sich aus der Stellungnahme des Betroffenen oder den vorgelegten Belegen auch unter Berücksichtigung einer etwaigen Äußerung des für den Blog Verantwortlichen eine rechtswidrige Verletzung des Persönlichkeitsrechts, ist der beanstandete Eintrag zu löschen.“ (Herv. nicht i. Orig.)

Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist bei Meinungsäußerungen die Aufklärung des Zusammenhangs erforderlich, weil sonst die Tragweite des Rechts auf freie Meinungsäußerung nicht erfasst werden kann.¹⁸⁸ Die Bedeutung einer Äußerung muss genau rekonstruiert werden.¹⁸⁹ Die Abwägung verlangt notwendigerweise ein angemessenes, zielgerichtetes Verfahren. Diese Aufklärung durch Verfahren verlangt das Gesetz nicht ausdrücklich von den Providern. Die Entscheidung unter starkem Zeitdruck lässt keine angemessene Abwägung – vor allem keine Differenzierung – zu. Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass das Gesetz den Providern die Ausgestaltung des Verfahrens überlässt, so lässt doch der Zeitdruck so wenig Spielraum, dass systematisch eine Benachteiligung der Meinungsäußerungsfreiheit droht.

Fazit: Die den Providern auferlegte Sperrungs- oder Löschungspflicht verletzt aufgrund des starken Zeitdrucks, verstärkt durch die Drohung des Ordnungswidrigkeitsverfahrens, den prozeduralen Schutz der Meinungsfreiheit, der ebenfalls durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG gewährleistet wird.

¹⁸⁷ Zu einem „Privatverfahrensrecht“ (insbesondere) der regulierten Selbstregulierung grundlegend Appel, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 2, 2. Aufl. § 32, S. 851.

¹⁸⁸ BVerfG, AfP 2016, 431 – „durchgeknallte Staatsanwältin“; dazu Ladeur, ebd., 402; BVerfG, ZUM 2014, 223 m. Anm. Ladeur; BVerfG, NJW 2013, 217.

¹⁸⁹ BVerfGE 93, 266 (295).

b.) Berichts- und Schulungspflicht

Die Auferlegung der Berichts- und Schulungspflicht zu Lasten des Providers verletzt nicht die Meinungsäußerungsfreiheit der Nutzer.

7. Zensurfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG

Das Zensurverbot aus Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG ist nach h.M. eine Art „Schrankenschränke“, eine formale Restriktion der Schrankengesetzgebung.¹⁹⁰ Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich um ein eigenständiges prozedurales Grundrecht, das den sensiblen Prozess um die Veröffentlichung herum besonders schützt. Die Frage der Einordnung des Zensurverbots kann hier offen bleiben. Jedenfalls kann die private Sperrung der Provider gegenüber den Nutzern, vor allem in vorgeblich „offensichtlichen“ Konstellationen zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Meinungsäußerungsfreiheit führen. Aufgrund des beschriebenen Drucks muss jedenfalls die verfassungsrechtliche Verantwortung für die damit zum „mittelbaren Eingriff“ werdende Kontrolle von Kommunikationen durch die Provider dem Staat zugerechnet werden. Die Pflicht zum Eingriff jedenfalls bei „offensichtlichen“ Rechtsverstößen (24 Std.) läuft praktisch auf eine Art Kontrolle im Publikationsprozess hinaus, sie ist wegen der potentiellen Wirkung für die Öffentlichkeit unvereinbar mit Zensurfreiheit: Sie kann dazu führen, dass praktisch unbemerkt von der Öffentlichkeit eine Kommunikation verschwindet, ohne dass die Sperre potentiell selbst zum Gegenstand öffentlicher Kritik und Diskussion werden konnte. Dies ist funktionsähnlich der Vorzensur.

Fazit: Die Sperrpflicht verstößt auch gegen das Zensurverbot.

¹⁹⁰ Vgl. *Degenhart*, BK-GG, Art. 5 Rn. 940; anders *Ridder AfP* 1969, 882; auch *Ladeur*, ZUM 2004, 1 m. w. N.; vgl. zum Ganzen *Fiedler*, Die formale Seite der Äußerungsfreiheit: Zensurverbot und Äußerungsgrundrechte, 1999, S. 95ff.

8. Pressefreiheit, Kunstfreiheit, Rundfunkfreiheit, Wissenschaftsfreiheit, Berufsfreiheit (Unternehmen als Nutzer), Parteienfreiheit, Religionsfreiheit

a.) Nutzung Sozialer Medien durch die Presse

Soziale Medien werden in allen gesellschaftlichen Bereichen genutzt. Z.B. wären auch *Facebook-Seiten von Zeitungen oder Rundfunkveranstaltern, von Wissenschaftseinrichtungen oder der Kirchen* betroffen. Die Verbreitung der zunächst in gedruckter Form verbreiteten Presse¹⁹¹ kann sich auch elektronischer Formen bedienen. Zwar gelten Online-Ausgaben z.B. der gedruckten Presse als vom Schutzbereich der Pressefreiheit umfasst. Damit wird auch der formale Schutz der Pressefreiheit durch die „Polizeifestigkeit“ auf das Internet erstreckt. Doch würde dies nicht für Posts der Presse z.B. bei Facebook gelten: Auch die Posts der periodischen Presse könnten ohne angemessene Kontrolle gelöscht werden. Damit würde auch das Grundrecht der Pressefreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, tangiert (vgl. im Einzelnen unten). Das Gleiche würde für andere grundrechtliche Schutzbereiche gelten: die Kunstfreiheit, Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG, die Öffentlichkeitsarbeit von Unternehmen Art. 12 Abs. 1 GG, Wissenschaftseinrichtungen, Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG. Die diesen Grundrechtsbereichen zugeordneten Freiheiten würden in ihrer prozeduralen Dimension berührt.

b.) Ausnahme „journalistisch-redaktionell gestaltete“ Plattformen

aa.) Was ist eine Plattform?

Die Löschungspflicht schließt § 1 Abs. 1 S. 2 NetzDG-E für „journalistisch-redaktionell gestaltete“ Plattformen aus, die vom Diensteanbieter selbst verantwortet werden. Diese Ausnahme bezieht sich allerdings nur auf *Plattformen*. D.h. es muss sich um ein Angebot handeln, das digitale Inhalte mehrerer Dritter „zusammenfasst“, § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV.¹⁹²

¹⁹¹ BVerfGE 95, 28 (35).

¹⁹² Schulz, in: Hahn/Vesting, (Hrsg.), RStV, 3. Aufl., 2012, § 2 Rn. 161.

bb.) Was heißt „journalistisch-redaktionell“?

Die journalistisch-redaktionell gestalteten Kommunikationen sind nicht so leicht zu unterscheiden von anderen, bei denen dies nicht der Fall ist. Die Kommentierung des § 54 RStV von *Held* in Hahn/Vesting¹⁹³, benötigt für die Bestimmung des Begriffs mehr als drei Seiten. Im Rundfunk- und im bisherigen Telemedienrecht wird die Bestimmung der Bedeutung des Begriffs dadurch erleichtert, dass die Dienste nicht so vielfältig sind wie im Internet und den sozialen Medien insbesondere. Man muss für die sozialen Medien sicher verlangen, dass ein strukturiertes Angebot vorliegt, das eine gewisse Mindestzahl von Nutzern erreicht, während ein kleiner Adressatenkreis das Forum eher zu einem privaten machen würde. Im Übrigen stößt aber die Definition für die hier in Frage stehenden Dienste auf erhebliche Probleme: Das Angebot muss „strukturiert“ sein, es verlangt eine „Selektion“, es muss auf eine gewisse Konstanz angelegt sein. Aber dies allein führt nicht zu einer plausiblen Begriffsabgrenzung. Vor allem ist bei Beschwerden über bestimmte Inhalte nicht leicht erkennbar, ob und wieweit diese tatsächlich „journalistisch-redaktionell“ be- oder verarbeitet worden sind. Dies ist am einzelnen Text nicht leicht festzustellen. Der Kontext erschließt sich dem Entscheidenden aber nicht ohne weiteres, mindestens müssen weitere Texte in die Bewertung einbezogen werden, die gleichzeitig oder früher entstanden sind.

Allerdings zeigt diese „Ausnahme“ eher, wie wenig Sorgfalt der Gesetzentwurf auf die Formulierung seiner Ziele und Instrumente verwendet. Solche Plattformen gibt es im Internet jedenfalls in deutscher Sprache nicht nur nicht, es ist auch ganz unwahrscheinlich, dass sie in absehbarer Zeit entstehen.

c.) Online-Ausgaben von Zeitungen sind von der Überwachungspflicht ausgenommen!

Online-Angebote von Zeitungen oder anderen Unternehmen, die insbesondere durch Druckausgaben in der Offline-Welt als Presse oder Programmrundfunk er-

¹⁹³ *Held*, a.a.O., § 54 Rn. 47a ff.

kennbar sind, wären nicht erfasst, da es sich dann nicht um Plattformen im Allgemeinen oder soziale Medien im Besonderen handeln würde; d.h., dass z.B. die Facebook-Auftritte der Presse anders als alle anderen eigenen Angebote der Presseunternehmen auch der Kontroll- und ggf. Sperrungs- oder Löschungspflicht der Anbieter „sozialer Medien“ unterliegen. Solche Dienste gehören jedenfalls zu den Aktivitäten, die zur Infrastruktur der Presse als Prozess gehören.¹⁹⁴

Eine solche vom Staat veranlasste Kontrolle ist mit der formalen Dimension der Pressefreiheit unvereinbar. Sie ist auch mit dem Schutz der Pressefreiheit gegen administrative ex-ante-Maßnahmen in den Landespressegesetzen, z.B. § 1 Abs. 2 Hamb. PresseG in Widerspruch. Da das Gesetz ohnehin mit der Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen nicht in Einklang zu bringen wäre¹⁹⁵, ist dies nur ein weiteres Indiz dafür, dass es sich eben um Medien-, nicht um Wirtschaftsrecht handelt.

Fazit: Das Gesetz würde auch gegen die Pressefreiheit verstoßen, soweit es um Auftritte der Presse in den sozialen Medien geht.

d.) Sonstige Betroffene

In der gleichen Weise könnten auch Inhalte der genannten Institutionen der Kunst, der Wissenschaft und der Religion mit ihren Auftritten in den sozialen Medien unter Zeitdruck und unter dem Druck der Sanktion nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht gesperrt oder gelöscht werden. Das Gesetz stellt insofern einen mittelbaren Eingriff ebenfalls in diese Grundrechte dar.¹⁹⁶

Fazit: Auch die formale Dimension des Schutzes der Kunst der Wissenschaft und der Religion gegen ex-ante Kontrollen des Staates würde durch das Gesetz missachtet.

¹⁹⁴ Vgl. nur zum Archiv BVerfG, NJW 2012, 754; BVerfGE 20, 162, 174f. – Spiegel; vgl. zum Schutz von Online-Diensten als Teil der Presse Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, 3. Aufl., 2013, Art. 5 Rn. 90.

¹⁹⁵ So auch *Elsaß/Labusga/Tichy*, CR 2017, 234; a.A. *Eifert*, NJW 2017, 1450; *Kubiciel*, jurisPR-StrafR 7/20017 Anm. 1.

¹⁹⁶ Vgl. BVerfG E 52, 283 (296): der Gesetzgeber setzt den Presseunternehmer unter Druck durch Beteiligung Dritter am Presseprozess (Betriebsrat), BVerfGE 52, 283 (296).

9. Parteienfreiheit insbesondere, Art. 5 Abs. 1 S.1 i.V.m. Art 21 GG

Das bisher Ausgeführte gilt in besonderem Maße für die Wahlwerbung der Parteien in den sozialen Medien. Die unterschiedslose Betroffenheit der Parteien von der Sperrungs- und Löschungspflicht ist unter dem Gesichtspunkt der Chancengleichheit der Parteien jedenfalls als mittelbare Verletzung des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG und der in Art. 21 Abs. 1 GG geregelten Parteienfreiheit anzusehen. Es wird ein unangemessener Druck zur Sperrung auch von Kommunikationen der Parteien erzeugt, der mit den genannten Normen des GG nicht zu vereinbaren ist. Für die Parteien ist die Werbung in sozialen Medien inzwischen Teil der Wahlkampagnen geworden. Der durch das Gesetz geschaffenen Druck, ggf. Wahlwerbung von Parteien zu sperren, ist mit der Chancengleichheit und der Freiheit der Parteien, die in Art. 21 Abs. 1 GG gewährleistet wird, nicht vereinbar.

Fazit: Das Gesetz missachtet auch die formale Dimension des Schutzes der Parteienfreiheit.

10. Persönlichkeitsrechte Dritter (Verletzter) – kein Recht auf Anhörung?

Es muss nach dem Wortlaut von §§ 1, 3 Abs. 2 Nr. 1 auch dann gelöscht werden, wenn der Drittbetroffene dies ggf. nicht wünscht. Offenbar soll der Drittbetroffene selbst nicht einmal vor der Entscheidung des Providers über die Sperrung gehört werden müssen oder wenigstens eine Mitteilung über die Eröffnung des Prüfungsverfahrens erhalten – dies wird in der Begründung nur für den sich *Äußernden* möglich gehalten („kann“).¹⁹⁷ Dadurch kann der Dritte in doppelter Weise in seinem Persönlichkeitsrecht verletzt werden: einmal wenn der Provider die Sperrung ablehnt, ohne den in seinem Persönlichkeitsrecht Verletzten vorher anzuhören und im Anschluss daran diese Unterlassung von der Behörde als Ordnungswidrigkeit verfolgt wird. Auch an diesem Verfahren könnte sich der Betroffenen ggf. nicht als Nebenkläger beteiligen, § 46 Abs. 3 S. 4 (falls er die Sperrung gewünscht hätte). T. Feld-

¹⁹⁷ Zu § 3 Abs. 2 Nr. 3 (S. 21).

mann¹⁹⁸ ist der Auffassung, dass § 4 Abs. 5 des Gesetzes die Möglichkeit zulasse, dass der Antrag der Behörde an das Amtsgericht zur Klärung der Rechtswidrigkeit einer nicht gesperrten Äußerung nicht auch selbst dem betroffenen Provider zur Stellungnahme zugeleitet werden müsste. „Stellungnahme“ wäre dann eine unabhängig vom Antrag der Behörde vorgelegte schriftliche Einlassung.¹⁹⁹ Diese Lesart wird durch das Gesetz nicht eindeutig ausgeschlossen.

Zum anderen kann eine Persönlichkeitsverletzung aber auch dann vorliegen, wenn eine Sperrung ohne Anhörung des Dritten erfolgt. Dieser kann der Auffassung sein, dass eine Verletzung seines Persönlichkeitsrechts nicht vorliegt, es ist aber auch denkbar, dass er sich in seinen Rechten verletzt fühlt, aber nicht wünscht, dass allein deshalb eine Sperrung der entsprechenden Äußerung erfolgt. Dies kann wiederum damit zusammenhängen, dass er nicht in einen eventuellen Prozess hineingezogen werden will, den der Urheber der gesperrten Äußerung gegen den Provider anhängig machen könnte.

Fazit: Das Gesetz verletzt in mehrfacher Hinsicht die Persönlichkeitsrechte Drittbetroffener, insbesondere die Verletzten i.S.v. 185 StGB.

11. Informationsfreiheit dritter Nutzer, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG

Das Gesetz verstößt durch seine Sperrungsvorschriften auch gegen die Informationsfreiheit. Internetnutzer werden in ihrem Recht aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG beeinträchtigt, wenn der freie Fluss der öffentlich zugänglichen Informationen durch staatliche Maßnahmen oder durch Intervention eines privaten Dritten behindert oder partiell ausgeschlossen wird. Geschützt sind alle Quellen, die von den Berechtigten zur Verfügung gestellt werden.²⁰⁰

¹⁹⁸ Feldmann, a.a.O., 294.

¹⁹⁹ Feldmann, a.a.O., 294.

²⁰⁰ BVerfGE 27, 71 (81), auch ebd., 83.

Der Provider wäre in diesem Sinne kein Dritter, da er den Fluss der Informationen erst ermöglicht. Anders ist dies aber für den Staat: Er ist der intervenierende Dritte par excellence. Wie oben dargestellt, greift der Staat mittelbar - durch Druck auf die Provider - auch in das Recht der Meinungsfreiheit derjenigen ein, die auf den Foren der von diesem Gesetz betroffenen Provider Informationen verbreiten. Die Informationsfreiheit kann auch dadurch beeinträchtigt werden, dass soziale Netzwerke einer besonderen Kontrolle unterworfen werden. Dem entspricht spiegelbildlich ein mittelbarer Eingriff in die Informationsfreiheit entsprechend den oben dargestellten Gründen. Der Eingriff in die Informationsfreiheit kann unmittelbar auch von einem Privaten (hier: den Providern) ausgehen.²⁰¹

Fazit: Das Gesetz verletzt durch die Auferlegung exzessiver Kontrollpflichten auch die Informationsfreiheit.

12. Gleichheit der Medien

Es ist gezeigt worden, dass die Regelungen des NetzDG-E zu einer Ungleichbehandlung der Medien führen würden. Dies gilt in vielfacher Hinsicht: z.B. sind Flugblätter als Teil der „Presse“ geschützt; deshalb kann gegen sie nicht auf der Grundlage des Polizeirechts vorgegangen werden.²⁰² Für Veröffentlichungen im Internet, genauer in sozialen Medien, besteht aber kein ausdrücklicher, formaler Schutz vor Sperrungen und Löschungen ohne richterliche Prüfung. Dies ist problematisch, weil die Sperrung hier durch Private erfolgt. Dazu werden die Provider aber, wie gezeigt, unter erheblichen Druck gesetzt. Für den Rundfunk ist aber ebenso wie für die Telemedien - wie dargestellt - die Staatsfreiheit gewährleistet. Daneben ist kein Raum für Maßnahmen nach dem Polizei- und Ordnungsrecht oder anderer Spezialgesetze, die Eingriffsermächtigungen für eine Verwaltungsbehörde enthalten. Für den Rundfunk bestehen solche Ermächtigungsgrundlagen für die als staatsfrei angesehenen gesellschaftlich pluralistisch organisierten Landesmedienanstalten. Soziale Medien werden aber - wie gezeigt - anders behandelt. Auch wenn die Provider möglicherweise nicht

²⁰¹ BVerfGE 90, 27 (36f.).

²⁰² Vgl. allg. zur „Polizeifestigkeit“ § 1 Abs. 2 Hamb. PresseG.

subjektiv-rechtlich als Träger der Medienfreiheit gelten können, so muss doch die Gleichheit der sozialen Medien mit anderen Medien insoweit gewährleistet sein, als sie zu einem wichtigen Forum der Meinungsbildung geworden sind, obgleich dies nicht ihre primäre Funktion ist. Die Beteiligung aller wichtigen publizistischen und politischen Akteure an der Kommunikation in den sozialen Medien ist ein Indiz für diese Funktion.

Eine besondere und besonders auffällige Differenzierung zwischen Rundfunkanbietern und Telemedien außerhalb des durch den NetzDG geregelten Bereichs einerseits und den in diesem Gesetz regulierten sozialen Medien besteht, wie oben veranschaulicht, im Hinblick auf den Einsatz des Ordnungswidrigkeitenrechts: Erstens wird das Ordnungswidrigkeitenrecht – in schwer kalkulierbarer Weise (Fahrlässigkeit?) ohne Abstützung durch Ordnungsmaßnahmen in der Form von Verwaltungsakten zum Zwecke der Durchsetzung weitreichender Formen der Selbstkontrolle eingesetzt (dies ist anders im Rundfunkrecht: *Programmverstöße werden nicht als Ordnungswidrigkeit sanktioniert*, vgl. den Katalog des § 49 RStV für den Rundfunk und die Telemedien; dies gilt auch im Presserecht); zweitens wird die Aufsichtskompetenz einer staatlichen Verwaltungsbehörde übertragen, während der Rundfunk (z.T. auch die Telemedien) der Aufsicht durch die als staatsfrei geltenden Landesmedienanstalten unterliegt.

Fazit: Die unterschiedliche Behandlung der Medien (Staatsfreiheit, Verfahren s.o.) verstößt jedenfalls in der hier vorliegenden Form gegen Art. 5 Abs. i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG.

13. Europäische Grundrechte

a.) Berufsfreiheit

Die EMRK kennt kein Grundrecht auf Berufsfreiheit. Das hindert den EGMR aber nicht daran, auch einen effizienten Grundrechtsschutz für die Berufstätigkeit zu entwickeln. Für diesen Zweck wird der Schutzbereich anderer Grundrechte erwei-

ternd interpretiert. Dies gilt insbesondere für den Schutz des Eigentums. So kann etwa die Klientel eines Unternehmens, die Mandantschaft eines Rechtsanwalts oder die Wirtschaftswerbung als grundrechtlich durch das Recht auf Eigentum geschützt angesehen werden.²⁰³ In diesem Sinne könnte die Auferlegung von Kontrollpflichten gegenüber den Nutzern als ein weiterer Aspekt des Schutzes des Eigentums betrachtet werden. (s. u. b.) Da auch das Verhältnismäßigkeitsprinzip ähnlich wie in der Rechtsprechung des BVerfG interpretiert wird, ergibt sich aus dem europäischen Menschenrechtsschutz nichts anderes als aus dem deutschen.

Überdies wird die Berufsfreiheit über das in der Praxis weit interpretierte Recht auf Fairness, Art. 6 EMRK, geschützt. Die im Gutachten beschriebene Unbestimmtheit des Gesetzes im Allgemeinen und die Unberechenbarkeit der Androhung hoher Geldbußen entsprechen den Anforderungen des Grundrechts auf ein faires Verfahren – wie bereits gezeigt wurde – nicht.

b.) Eigentum, Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK

Wie oben zum deutschen Recht ausgeführt, ist auch das „virtuelle Eigentum“ durch Art. 14 Abs. 1 geschützt. Auch wenn der EGMR dazu noch nicht judiziert hat, muss dies auch für den Schutz des Eigentums durch Art. 1 des Zusatzprotokolls der EMRK gelten. Die Ausgestaltung des Eigentums hat auch nach europäischem Recht unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen. Hier unterscheidet sich das europäische Recht nicht vom nationalen.

Fazit: Das Gesetz würde auch gegen Menschenrechte der EMRK verstoßen.

c.) Meinungsfreiheit, objektiv-rechtlich und subjektiv-rechtlich

²⁰³ EGMR, EuGRZ 2013, 274; NJW 2003, 2221; NJW 2007, 3049; NJW 2003, 497.

Der EGMR²⁰⁴ hat wie das BVerfG mehrfach auch für die europäischen Kommunikationsgrundrechte, hier: Art. 10 EMRK (Meinungsfreiheit), deren objektiv-rechtliche Dimension sowie die Erstreckung des Schutzes auf mittelbare Eingriffe bestätigt.²⁰⁵ Insoweit kann auf die Ausführungen zum nationalen Recht verwiesen werden.

Fazit: Das Gesetz verstößt in mehrfacher Hinsicht auch gegen Menschenrechte der EMRK.

d.) Kunst, Wissenschaft, Information, Persönlichkeitsrechte, Kirche, Parteien

Auch für das europäische Recht gelten die gleichen Gesichtspunkte, die oben für die nationalen Grundrechte entwickelt worden sind. Dies gilt insbesondere für die Religionsfreiheit, Art. 9 EMRK²⁰⁶, die Informationsfreiheit und die Freiheit der Kunst, die der EGMR ebenfalls in Art. 10 EMRK verankert sieht.²⁰⁷

14. EuGR-Charta

Die Grundrechte der EuGR-Charta gelten für das Handeln der Mitgliedstaaten nur, soweit europäisches Recht vollzogen wird. Dies ist nicht der Fall. Folglich ist die EuGR-Charta nicht unmittelbar anwendbar. Aus der Rechtsprechung des EuGH²⁰⁸ sowie daran anschließenden Überlegungen der Wissenschaft²⁰⁹ können sich aber bei der Auslegung nationaler Grundrechtsnormen Pflichten ergeben, Grundrechte im Sinne der Sicherung der „Effizienz des Unionrechts“²¹⁰ einheitliche Auslegungsgesichtspunkte zu entwickeln. Auf diese Weise kann die EuGR-Charta doch eine gewisse Rechtswirkung auch bei der Konkretisierung des grundrechtlichen Schutzes

²⁰⁴ EGMR, NStZ 1995, 237 (Pressefreiheit); EuR 2016, 490 – objektive Bedeutung der Meinungsfreiheit; allg. Degenhart, BK, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 20a.

²⁰⁵ EGMR, ebd.

²⁰⁶ EGMR, NJW 2014, 16.

²⁰⁷ EGMR, DÖV 2016, 350 (Informationsfreiheit); *Degenhart*, Bonner Kommentar zum GG, Art. 5 Rn. 274.

²⁰⁸ EuGH, NJW 2013, 1215 – Melloni.

²⁰⁹ Franzius ZaöRV 75 (2015), 383.

²¹⁰ BVerfGE 133, 277 – Antiterrordatei.

innerhalb des nationalen Rechts erhalten.²¹¹ Da der EuGH für den hier einschlägigen Grundrechtsbereich noch keine Entscheidungen getroffen hat, kommt es für die hier aufgeworfenen Fragen grundsätzlich nicht auf die Angleichung europäischer und mitleidstaatlicher Grundrechte an. Allenfalls ist davon auszugehen, dass das deutsche Recht durch die EU-Maßnahmen zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und Maßnahmen gegen Kinderpornografie berührt ist. Sie werden einerseits durch die Richtlinie 2011/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates konkretisiert.²¹² Das gleiche gilt für die EU-Vorgaben für die strafrechtliche Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit. Hier korrespondiert der Rahmenbeschluss 2008/913/JI des Rates vom 28. November 2008 zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit.²¹³ Allerdings geht es hier um grundrechtliche Grenzen dieser Bekämpfung. Die Grundrechte der EuGR-Charta - hier die Meinungsfreiheit aus Art. 11 Abs. 1 bzw. Abs. 2, Medienfreiheit - unterscheiden sich nicht von den deutschen. Da der EuGH auch in dieser Hinsicht keine vom deutschen Recht abweichenden Akzente gesetzt hat, kann für die Anwendung des deutschen Rechts von den Grundsätzen ausgegangen werden, die hier aus der deutschen Literatur und Praxis entwickelt worden sind.

15. Fazit insgesamt

Der NetzDG-E verstößt in mehrfacher Hinsicht erheblich gegen die grundgesetzlichen Garantien der Berufsfreiheit, des Eigentums, der Meinungs- und Pressefreiheit sowie des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Weitere Verstöße gegen Grundrechte und Menschenrechte der EMRK sind in diesem Gutachten aufgeführt.

²¹¹ Vgl. dazu auch Britz EuGRZ 2015, 275.

²¹² ABl. EU L 335, 17.12.2011, S. 1, insb. Art. 5.

²¹³ ABl. EU L 328, 6.12.2008, S. 55, insb. Art. 1.