

Jürgen Taeger (Hrsg.)

**Recht 4.0 -
Innovationen aus den
rechtswissenschaftlichen Laboren**

Sonderdruck

Joerg Heidrich/Brian Scheuch

**Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz:
Anatomie eines gefährlichen Gesetzes**

Bibliografische Information Der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Gedruckt auf alterungsbeständigem säurefreiem Papier.

Alle Rechte vorbehalten.

© OIWR Verlag

Oldenburger Verlag für Wirtschaft, Informatik und Recht
Rudolf-Kinau-Str. 54, 26188 Edewecht
mail@olwir.de

Edewecht 2017

ISBN: 978-3-95599-047-3

DAS NETZWERKDURCHSETZUNGSGESETZ: ANATOMIE EINES GEFÄHRLICHEN GESETZES

Joerg Heidrich/Brian Scheuch

Heise Medien, Hannover/Kanzlei Scheuch, Hannover

Zusammenfassung

„Wer nichts macht, wird kritisiert, wer etwas macht wird noch mehr kritisiert“. Mit diesem Satz wird Justizminister Heiko Maas auf Twitter zur Rechtfertigung seines Netzwerkdurchsetzungsgesetzes zitiert, das Ende Juni den Bundestag passiert hat. Nun wurde also „etwas gemacht“, gegen „den Hass“, vor allem bei Facebook. Das Problem dabei: um den hoch sensiblen Bereich zwischen Meinungsfreiheit und strafbarer Hetze zu regulieren, braucht es mehr als einen wenig durchdachten Schnellschuss, der kurz vor Ende der Legislaturperiode noch durchgedrückt wird. Denn das ‚Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken‘ (NetzDG) ist auch in der nun verabschiedeten Version ein schlechtes Gesetz, das mehr Schaden anrichtet, als es nutzt. Und es verwundert nicht, dass es von einer bislang nie gekannten Allianz aus Verbänden, NGOs, Fachleuten und sogar dem UN-Sonderberichterstatter für Meinungsfreiheit abgelehnt wurde.

1 Einführung

Nur wenige Gesetzesentwürfe der letzten Jahre haben für so viel Aufsehen und Aufregung gesorgt wie das Netzdurchsetzungsgesetz (NetzDG). Dabei stieß der Entwurf nicht nur hinsichtlich seiner Anwendbarkeit und Unbestimmtheit auf Kritik.¹ Es mehrten sich zunehmend auch verfassungs- und europarechtliche Bedenken.² Denn das NetzDG legt Betreibern von sozialen Netzwerken nicht nur eine Menge Pflichten auf, sondern ahndet entsprechende Pflichtverletzungen auch mit hohen Bußgeldern.

Ziel des NetzDG ist es – oder soll es zumindest sein – „Hasskriminalität“ und Falschmeldungen (Fake News) in sozialen Netzwerken zu bekämpfen. Dies soll dadurch erreicht werden, indem den Betreibern Sozialer Netzwerke Pflichten auferlegt werden, wie Berichterstattung über

¹ Bitkom, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Netzdurchsetzungsgesetz, <https://www.bitkom.org/noindex/Publikationen/2017/Positionspapiere/FirstSpirit-149275573214220170420-Bitkom-Stellungnahme-zum-Regierungsentwurf-NetzwerkDG.pdf>.

² Ebenda; Hoeren, Netzdurchsetzungsgesetz europarechtswidrig, <https://community.beck.de/2017/03/30/netzwerkdurchsetzungsgesetz-europarechtswidrig>; Liesching, Das Bundesverfassungsgericht wird das Netzdurchsetzungsgesetz kippen, <https://community.beck.de/2017/04/27/das-bundesverfassungsgericht-wird-das-netzwerkdurchsetzungsgesetz-kippen>.

strafbare Handlungen, Speicherung der Daten der Verletzer sowie Pflichten zum Löschen oder Sperren von strafrechtlich relevanten Postings. Für eine erfolgreiche Durchsetzung dieser Verpflichtung kann das Bundesjustizministerium bei Nichteinhaltung ein Bußgeld von bis zu 50 Millionen Euro verhängen.

Nachfolgend wird zunächst der Regelungsinhalt des NetzDG im Detail untersucht. Im Anschluss wird die verfassungs- sowie europarechtliche Kritik dargelegt und schließlich die praktischen Auswirkungen behandelt.

2 Regelungsinhalt des NetzDG

Ziel des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG) ist nach den Ausführungen in der Gesetzesbegründung die „Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken“, um objektiv strafbare Inhalte, wie etwa Volksverhetzung, Beleidigung, Verleumdung oder Störung des öffentlichen Friedens, durch Vortäuschen von Straftaten unverzüglich zu entfernen.

Als weiteres Ziel wird die Bekämpfung von strafbaren Falschnachrichten (Fake News) in sozialen Netzwerken identifiziert. Insofern bedürfe es der Einführung von bußgeldbewehrten Compliance-Regeln, um „effektiv und unverzüglich gegen Hasskriminalität und andere strafbare Inhalte im Netz“ vorgehen zu können.

2.1 Empirische Grundlagen

Sämtliche Befürworter des NetzDG, inklusive Justizminister Heiko Maas, beriefen sich zur Verteidigung ihrer Vorstellungen stets einmütig auf eine Studie von jugendschutz.net. Dieses Kompetenzzentrum von Bund und Ländern für den Jugendschutz im Internet hatte Anfang 2017 die Reaktionszeiten der Plattformen Twitter, YouTube und Facebook auf Meldungen von „strafbaren Beiträgen“ überprüft.³

Bezüglich Facebook wurden dabei 180 „strafbare Inhalte“ über normale Nutzer-Accounts an den Social-Media-Anbieter gemeldet. Dieser sperrte oder löschte auf Basis der Meldungen zunächst 39 Prozent der Inhalte. Wegen der nicht gelöschten Inhalte wandte sich jugendschutz.net dann noch einmal als Organisation an Facebook, woraufhin 89 Prozent der verbliebenen Inhalte entfernt wurden.⁴ Maas hatte aus diesen Ergebnissen geschlossen, dass der „Druck auf die sozialen Netzwerke weiter erhöht

³ Die Ergebnisse des Monitorings von jugendschutz.net sind veröffentlicht unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2017/03142017_Monitoring_Soziale_Netzwerke.html.

⁴ Monitoring-Bericht von jugendschutz.net, ebenda.

werden müsse “ und die Unternehmen per Gesetz „bei der Löschung strafbarer Inhalte noch stärker in die Pflicht“ genommen werden müssten.⁵

Bei genaueren Hinsehen ergibt sich jedoch, dass von jugendschutz.net überhaupt nur zwei Straftatbestände untersucht wurden: §§ 130 und 86a StGB. Das NetzDG sieht aber insgesamt 24 Straftatbestände vor. Erkenntnisse zur Löschbereitschaft bei all‘ den vielen und höchst unterschiedlichen anderen Vorschriften wurden offenbar gar nicht ermittelt.⁶ Darüber hinaus fand die Auswahl der nach jugendschutz.net „strafbaren Inhalte“, die an Facebook & Co. weitergegeben wurden, durch Rechtslaien statt. Nur in „Zweifelsfällen“ habe ein Volljurist geprüft. Nicht nur *Liesching* hält es „persönlich für ausgeschlossen, dass Rechtslaien den Tatbestand des Paragraph 130 StGB im Einzelfall gerichtssicher subsumieren können“.⁷ Nachzuprüfen ist dies ohnehin nicht, denn jugendschutz.net hat nach eigenen Aussagen keine der 180 als strafbar identifizierten Facebook-Postings zur Anzeige gebracht.⁸

Damit bleibt festzuhalten, dass es neben den wenig aussagekräftigen Erkenntnissen des Monitorings von jugendschutz.net keinerlei empirische Grundlagen über das Löschverhalten von Facebook & Co. gab und gibt. Bei den Aussagen etwa von Heiko Maas, wonach zu wenige strafbare Kommentare gelöscht werden und dieses nicht schnell genug geschehe, handelt es sich demnach eher um gefühlte Wahrheiten, nicht um nachgewiesene Tatsachen.⁹ Hier hätte von Anfang an auf Basis einer breiteren Faktenlage argumentiert werden müssen.

Noch bemerkenswerter ist die Faktenlage bezüglich der Existenz von sogenannten „Fake News“, deren Bekämpfung ebenfalls Ziel des NetzDG ist. Hier musste die Bundesregierung auf Nachfrage bekennen, dass ihr nicht ein einziger Fall von „strafbaren Fake News“ bekannt ist.¹⁰

⁵ Pressemitteilung des BMJV vom 13.3.2017, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2017/03142017_Monitoring_SozialeNetzwerke.html.

⁶ *Liesching*, NetzDG-Entwurf basiert auf Bewertungen von Rechtslaien, Beck Blog vom 26.5.2017, <https://community.beck.de/2017/05/26/netzdg-entwurf-basiert-auf-bewertungen-von-rechtslaien>.

⁷ *Liesching*, ebenda.

⁸ *Bleich*, Netzwerkdurchsetzungsgesetz: jugendschutz.net verteidigt seinen Monitoring-Bericht, heise online v. 2.6.2017, <https://heise.de/-3732410>.

⁹ So auch *Koreng*, GRUR-Prax 2017, S. 203 (205).

¹⁰ *Greis*, Regierung kennt keine einzige strafbare Falschnachricht, Golem vom 19.4.2017, <https://www.golem.de/news/hate-speech-gesetz-regierung-kennt-keine-einzige-strafbare-falschnachricht-1704-127370.html>.

2.2 Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich des NetzDG ist extrem eingeschränkt: Nach § 1 gilt es für Telemediendiensteanbieter, die „mit Gewinnerzielungsabsicht Plattformen im Internet betreiben, die dazu bestimmt sind, dass Nutzer beliebige Inhalte mit anderen Nutzern teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich machen (soziale Netzwerke)“. Explizit ausgeschlossen sind Plattformen mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten, die vom Diensteanbieter selbst verantwortet werden.

Um hier weitere Unklarheiten zu beseitigen, wurden in der finalen Version noch einmal Änderungen einbaut. So wurde klargestellt, dass etwa berufliche Netzwerke, Fachportale, Online-Spiele und Verkaufsplattformen nicht in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen sollen. Es bleiben nur Social Media Plattformen mit mehr als zwei Millionen registrierter Nutzer. Betroffen sind also sicher nur Facebook, Twitter, YouTube und Google+.

Auch sind in letzter Minute noch einige Straftatbestände aus dem eher willkürlich wirkenden Strauß der durch das NetzDG erfassten Vorschriften geflogen. So sind merkwürdiger Weise §§ 90, 90a und 90b StGB herausgefallen. Neu ist jetzt dafür § 201a StGB, der unter anderem zur Bekämpfung von Mobbing und anderen Formen der Verächtlichmachung durch Einstellen von Bildaufnahmen dienen soll. Auch diese Vorschrift stammt aus dem Hause Maas und ist Zeugnis der dort herrschenden Grundidee, man könne auch komplizierte gesellschaftlichen Probleme allein durch eine Verschärfung des Strafrechts lösen.

Letztlich ist völlig unklar, nach welchem System die Liste der ausgewählten Vorschriften des Strafrechts in § 1 Abs. 3 NetzDG zustande kam. So finden sich dort mit § 184b und § 184d StGB Vorschriften aus dem Bereich des Sexualstrafrechts, die nicht das Geringste mit der Problematik der „Hasskriminalität“ zu tun haben.

Auch ist es unklar, wie die Netzwerke mit potentiellen Verstößen gegen im NetzDG nicht genannte Vorschriften umgehen sollen. Soll eine offensichtlich rechtswidrige Erpressung oder eine Drohung etwa nicht unverzüglich gelöscht werden? Der DAV kritisiert insoweit berechtigterweise die selektive Durchsetzung nur bestimmter Straftatbestände. Hieraus würde ein „Zwei-Klassen-Durchsetzungsrecht“ geschaffen, das die Pflicht des Staates zur Neutralität im öffentlichen Meinungskampf verletzt.¹¹

¹¹ DAV, Stellungnahme zum NetzDG vom 22.5.2017, <https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-41-17-netzwerkdurchsetzungsgesetz-netzdg>.

2.3 Umgang mit Beschwerden

Die Prüfer von Facebook und Co müssen also zukünftig auch darüber entscheiden, ob eine Bildaufnahme, „die die Hilflosigkeit einer anderen Person zur Schau stellt“, unbefugt hergestellt oder übertragen wurde und dadurch der „höchstpersönliche Lebensbereich“ der abgebildeten Person verletzt wurde. Nicht einfach zu entscheiden etwa bei einem Bild, was einen Freund schwer betrunken und inmitten von Körperausscheidungen beim Mallorca-Urlaub zeigt.

Doch als wäre diese Entscheidung juristisch im Einzelfall nicht schon kompliziert genug, muss sie auch noch unter immensem Zeitdruck getroffen werden. Denn „offensichtlich rechtswidrige“ Postings müssen nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG immer noch innerhalb von 24 Stunden gelöscht werden. Und um solche Beiträge auch nur ansatzweise zu identifizieren, muss selbstverständlich jedes einzelne Posting innerhalb der ersten Stunden zumindest oberflächlich begutachtet werden.

§ 3 Abs. 2 Nr. 1 NetzDG sieht dabei vor, dass der Betreiber „unverzüglich von der Beschwerde Kenntnis nimmt und prüft, ob der in der Beschwerde gemeldete Inhalt rechtswidrig und zu entfernen oder der Zugang zu ihm zu sperren ist“. Und natürlich liegt für jeden Erstprüfer die Versuchung sehr nahe, durch einen schnellen Klick ein kompliziert zu beurteilendes Bild oder einen umständlichen, langen Text ein für alle Mal verschwinden zu lassen.

Anders als in vielen kritischen Beiträgen zu lesen, ist diese Verpflichtung zur Löschung von rechtswidrigen Nutzerinhalten tatsächlich nicht neu und seit mehr als einem Jahrzehnt die in § 10 TMG normierte herrschende juristische Praxis auf Basis von EU-Vorgaben. Was diese allerdings im Gegensatz zum NetzDG nicht vorsieht, ist eine viel zu enge Stunden-Frist und Bußgelder in Millionenhöhe für das Nichtbefolgen der gesetzlichen Vorgabe.

Zwar spricht § 10 TMG auch von einer „unverzüglichen“ Frist zu Reaktion. Die Rechtsprechung billigt den Anbietern hier aber insoweit einen vernünftigen Zeitraum zum Umgang mit fremden Postings zu, der sogar Zeit für Nachfragen ungeachtet der Bewertung als „offensichtlich rechtswidrig“ vorsieht.¹² *Spindler* geht in diesem Kontext davon aus, dass der Begriff der „Unverzüglichkeit“ als europarechtsautonomer Begriff zu betrachten ist, der vom EuGH entsprechend eigenständig ausgelegt werden

¹² BGH, Urt. v. 25.10.2011 – VI ZR 93/10, BGHZ 191, 219 = MMR 2012, 124 (m. Anm. Hoeren).

muss und nicht der Konkretisierung durch die Mitgliedstaaten zugänglich ist.¹³

Inhaltlich wurden die Pflichten der Social-Media-Diensten innerhalb der verschiedenen Entwurfsstadien des NetzDG ganz erheblich eingeschränkt. So sah der erste Entwurf in § 3 Abs. 2. Nr. 7 noch vor, dass der Anbieter „wirksame Maßnahmen gegen die erneute Speicherung des rechtswidrigen Inhalts“ zu treffen habe. In der finalen Version wurde dann sogar noch die Verpflichtung entfernt, „sämtliche auf den Plattformen befindlichen Kopien des rechtswidrigen Inhalts ebenfalls unverzüglich“ zu entfernen oder sperren. Dies stellt zwar ein erhebliches Entgegenkommen gegenüber Facebook & Co. dar, schränkt aber zugleich die beabsichtigte Wirkung des NetzDG erheblich ein.

2.4 Regulierte Selbstregulierung

In letzter Minute ebenfalls aufgenommen wurde die Möglichkeit, Postings einer Einrichtung der „regulierten Selbstregulierung“ vorzulegen.

Voraussetzung ist, dass kein Fall der „offensichtlichen Rechtswidrigkeit“ vorliegt. Durch § 3 Abs. 2 Nr. 3 NetzDG wird in diesen Fällen das Beschwerdemanagement für die freiwillige Einbindung von Selbstregulierung geöffnet. Stuft die Einrichtung den Inhalt als rechtswidrig im Sinne des NetzDG-E ein, so muss das soziale Netzwerk diesen unverzüglich entfernen oder sperren. Ist das nicht der Fall, so darf das soziale Netzwerk diesen nicht entfernen oder sperren.

Bei den Einrichtungen sind nach § 3 Abs. 6 Nr. 4 NetzDG auch Beschwerdestellen einzurichten, damit Nutzer, deren Inhalte zu Unrecht entfernt wurden, sich hiergegen beschweren können. Allerdings besteht diese Möglichkeit nur für solche Inhalte, die eben nicht, sei es fälschlicherweise, als „offensichtlich rechtswidrig“ eingestuft und bereits gesperrt oder gar gelöscht wurden. Denn diese landen ja schon gar nicht im Bereich der Selbstregulierung.

Zu der Natur des zu Recht umstrittenen System der staatlich regulierten Selbstregulierung gehört eine entsprechende Aufsicht. Es dürfte viele Kritiker des NetzDG kaum beruhigen, dass diese Aufsicht ausgerechnet durch das Bundesamt für Justiz ausgeübt werden soll. Das BMJV kann so unter anderem entscheiden, dass die Unabhängigkeit und Sachkunde der Prüfer nicht gewährleistet oder eine zügige Bearbeitung nicht sichergestellt ist. Bedenken über einen zu großen Einfluss des Ministeriums auf Löschprozesse werden so sicher nicht geringer.

¹³ Spindler, ZUM 2017, S. 473 (480).

2.5 Zustellungsbevollmächtigter

Eine Neuregelung des NetzDG wurde durchgehend als gut und sinnvoll beurteilt: die Einführung von inländischen Zustellungsbevollmächtigten bei den sozialen Netzwerken. In der finalen Version wurde § 5 NetzDG noch ergänzt und sieht nunmehr auch die Bereitstellung einer solchen Stelle für den strafrechtlichen Bereich vor.

Der Grund dafür liegt laut des Gesetzesentwurfs darin, dass sich im Rahmen der bisher gegen soziale Netzwerke geführten Zivilprozesse gezeigt hätte, „dass die europäischen Zustellungsmechanismen generell nicht ausreichen“. Zudem solle mit Blick auf Auskunftersuchen in Strafverfahren, die gegen Nutzer sozialer Netzwerke geführt werden „ein inländischer Empfangsbevollmächtigter als Briefkasten“ benannt werden.¹⁴ Verstöße gegen die Pflicht zur Benennung eines inländischen Zustellungsbevollmächtigten sind nach § 4 Abs. 1 Nr. 7 NetzDG-E bußgeldbeehrt.

Bei näherem Hinsehen überrascht die Formulierung des finalen § 5 NetzDG allerdings ein wenig. Denn danach kann man sich an den Bevollmächtigten nicht mehr generell „in zivilgerichtlichen Verfahren“ wenden. Das geht nur noch, wenn es um Zustellungen in Bußgeldsachen nach § 4 NetzDG geht, oder um „Gerichtsverfahren vor deutschen Gerichten wegen der Verbreitung rechtswidriger Inhalte“. Eine generelle Vollmacht für Zivilverfahren ergibt sich daraus offenkundig nicht (mehr).

2.6 Sanktionen

Auch bei den Sanktionen¹⁵ wurde das NetzDG noch einmal erheblich geändert. So fanden sich dort zunächst auch Bußgelder für einen Verstoß gegen die Verpflichtung zur Entfernung oder Sperrung eines offensichtlich rechtswidrigen Inhalts oder sämtlicher auf den Plattformen befindlichen Kopien solcher Postings.

Der letztlich verabschiedete § 4 NetzDG beschränkt sich dagegen völlig auf organisatorische Verstöße. Ordnungswidrig handelt danach etwa, wer seinen Berichtspflichten nicht nachkommt, nicht ausreichend die Mitarbeiter schult oder das Beschwerdemanagement nicht ordentlich organisiert. Es dürfte wenig wahrscheinlich sein, dass Unternehmen wie Facebook oder Google nicht in der Lage sein werden, diesen organisatorischen Vorgaben in ihrer Außendarstellung zu genügen.

Die Änderungen mindern die Gefahr von „Overblocking“, also dem exzessiven Löschen oder Sperren von Inhalten, zwar etwas, beseitigen sie

¹⁴ Dazu *Koreng*, GRUR-Prax 2017, S. 203.

¹⁵ Zu den Sanktionen siehe auch *Guggenberger*, ZRP 2017, S. 98 (99).

aber keinesfalls. Das liegt vor allem daran, dass „die Vorgaben einen Anreiz schaffen, ein Verfahren aufzusetzen, das systemisch tendenziell zu Löschungen führt“.¹⁶

Verwaltungsbehörde und damit verantwortlich für die Festsetzung von Bußgeldern ist erneut das BMJV. Auch diese Festlegung der Verantwortung ist ausgesprochen unglücklich.

2.7 Änderung des TMG

Eine Änderung von § 14 Abs. 2 TMG wurde quasi über Nacht und ohne jegliche vorherige öffentliche Diskussion, regelrecht in die Version des NetzDG „geschmuggelt“, die der EU zur Notifikation vorgelegt wurde. Dies ist umso bemerkenswerter, als damit ein uneingeschränkter zivilrechtlicher Auskunftsanspruch für sämtliche Websites etabliert werden soll.¹⁷ Und ein solcher Auskunftsanspruch hat nicht das Geringste mit „Hasskriminalität“ und Falschmeldungen zu tun, also Themen, um die es beim NetzDG geht.¹⁸ Härting sprach insoweit berechtigterweise von einem „Angriff auf die Kommunikationsfreiheit im Netz“.¹⁹

Tatsächlich versuchte man wieder einmal, ein umstrittenes Gesetzesvorhaben möglichst heimlich still und leise und ohne öffentliche Diskussionen durchzusetzen. Mit einer solchen Taktik war man zum Beispiel bereits 2015 erfolgreich, als man im Rahmen der Vorratsdatenspeicherung auch die Strafvorschrift des § 202d StGB, die Datenhehlerei, einführte und damit vor allem Whistleblower die Grundlagen ihrer Tätigkeit erschwerte. Bezüglich des zivilrechtlichen Auskunftsanspruchs im TMG war deren Sinnhaftigkeit bereits im Rahmen einer Evaluierung des Bundeswirtschaftsministeriums nach ausführlicher Kritik Ende 2016 verneint worden.

Auch 2017 war diese Idee für die Meinungsfreiheit nicht weniger gefährlich. So muss angesichts eines solchen Auskunftsanspruchs jeder Konsument bzw. Nutzer mit entsprechenden Abmahnungen und Klagen

¹⁶ Guggenberger, ZRP 2017, S. 98 (99).

¹⁷ Zu den datenschutzrechtlichen Problemen des Entwurfs siehe Spindler, ZUM 2017, S. 473 (485).

¹⁸ Zu den daraus drohenden Folgen für das Vertrauen im E-Commerce Heidrich, Frontalangriff auf das Vertrauen im Internet, heise online vom 29.3.2017, <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Neuer-Entwurf-des-Netzwerkdurchsetzungsgesetzes-Frontalangriff-auf-das-Vertrauen-im-Internet-3668533.html>.

¹⁹ Härting, BMJV verschärft Hatespeech-Entwurf – Angriff auf die Kommunikationsfreiheit im Netz, CR Blog vom 28.3.2017, <http://www.cr-online.de/blog/2017/03/28/bmjv-verschaerft-hatespeech-entwurf-angriff-auf-die-kommunikationsfreiheit-im-netz/>.

rechnen.²⁰ Auf Basis einer solchen drohenden Gefahr hatte der BGH in den Verfahren um Bewertungsportale bereits die Wichtigkeit von anonymen Bewertungen zum Schutz der Meinungsfreiheit betont.²¹

Immerhin wurde dieser hoch gefährliche Passus in der finalen Version des NetzDG noch erheblich entschärft. Der Anwendungsbereich des neuen § 14 Abs. 3 TMG ist auf Fälle strafrechtlich relevanter Verletzungen absolut geschützter Rechte beschränkt. Die Auskunft darf nur erteilt werden, wenn die Verletzungshandlung den Tatbestand einer der in § 1 Abs. 3 NetzDG genannten Strafvorschriften erfüllt. Die datenschutzrechtliche Erlaubnis der Datenherausgabe steht unter Richtervorbehalt. Wesentliche Neuerungen dürfte der Passus letztlich praktisch nicht bringen, da in derartig strafrechtlich relevanten Fällen bereits die Möglichkeit der Identifikation des Täters über eine Akteneinsicht bestand.²²

3 Bedenken gegen das Gesetz

Auch unter europa- und verfassungsrechtlichen Aspekten bietet das NetzDG erheblichen Anlass für Bedenken. Obwohl das Gesetz bereits vom Bundestag verabschiedet wurde, steht noch nicht mit Sicherheit fest, ob es in dieser Form auch langfristig Bestand haben kann und wird.

3.1 Verfassungsrechtliche Bedenken

Es drängt sich zunächst die Frage auf, ob das NetzDG den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt. Anbieter eines sozialen Netzwerkes müssen gemäß § 3 Abs. 1 NetzDG zunächst ein transparentes Verfahren vorhalten für den Umgang mit rechtswidrigen Inhalten. Wie dieses ausgestaltet sein soll, ist nicht geregelt. Auch ob die derzeitige „Melden Funktion“, die bei den meisten sozialen Netzwerken üblich und etabliert ist, ausreichend ist, bleibt unklar.

Ferner muss der Anbieter gemäß § 3 Abs. 2 NetzDG rechtswidrigen Inhalt löschen, und den Zugang zu ihnen sperren. Mehrheitlich wurde kritisiert, dass durch die starren Löschpflichten eine „Privatisierung der Rechtsdurchsetzung erfolge“.²³ Rechtsdurchsetzung ist zunächst einmal die originäre Aufgabe der Gerichte. Durch das NetzDG wird eine solche Pflicht jedoch den Anbietern sozialer Netzwerke überlassen. Denn bei Zweifel über die Rechtmäßigkeit von Inhalten bleibt den Anbietern meist

²⁰ Spindler, ZUM 2017, S. 473 (486).

²¹ BGH, Urt. v. 26.11.2015 – I ZR 174/14, BGHZ 208, 82 = ZUM 2016, 355; BGH, Urt. v. 23.6.2009 – VI ZR 196/08, BGHZ 181, 328 = ZUM 2009, 753.

²² Guggenberger, ZRP 2017, S. 98 (100).

²³ Wimmers/Heymann, AfP 2017, S. 97.

gar keine andere Wahl, als den Inhalt zu löschen, da sie sonst gegen ihre Pflichten aus § 3 NetzDG verstoßen würden. Zwar kann nach dem neueren Entwurf gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 3 NetzDG die Lösungsfrist von 7 Tagen überschritten werden, wenn die „Entscheidung über die Rechtswidrigkeit von unwahren Tatsachenbehauptungen oder erkennbar von anderen Umständen abhängt.“ In diesem Fall kann das soziale Netzwerk der Gegenseite die Gelegenheit zur Stellungnahme geben. Die Frist kann gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 3b NetzDG auch dann überschritten werden, wenn das soziale Netzwerk die Entscheidung der Rechtswidrigkeit an die zuständige Behörde abgibt.

Wenn Unsicherheiten hinsichtlich der Rechtswidrigkeit des Inhalts bestehen, werden soziale Netzwerke allerdings eher dazu neigen, Inhalte zu löschen, statt einen regen Meinungsaustausch mit der Gegenseite zu führen, oder die Entscheidung an die zuständige Behörde oder ein Selbstregulierungsorgan abzugeben. Denn solch ein Vorgehen ist auf Seiten der Anbieter kaum rentabel und mit zusätzlichen Kosten verbunden. Bitkom errechnete alleine für das Beschwerdemanagement Kosten in Höhe von mindestens 500 Millionen Euro.²⁴

3.2 Fehlende Gesetzgebungskompetenz

Berechtigte Kritik erntete das NetzDG bereits hinsichtlich der Gesetzgebungskompetenz des Bundes.²⁵ Denn noch immer wird die Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 Nr. 11 GG angenommen. Demnach kann der Bund von der Gesetzgebungskompetenz im Rahmen der Wirtschaft Gebrauch machen. Inwieweit das NetzDG daher den wirtschaftlichen Bereich von Sozialen Netzwerken regeln will, ist nicht ersichtlich. Anerkannt ist jedoch, dass wirtschaftsrechtliche Vorschriften mit anderen Normen verknüpft werden können, um die öffentliche Sicherheit und Ordnung aufrechtzuerhalten.²⁶

Die wirtschaftlichen Aspekte sozialer Netzwerke werden mit dem Gesetz aber nur am Rande erfasst, denn Hauptziel ist es nach der Entwurfsbegründung die bessere Rechtsdurchsetzung, weshalb der Kernbereich des Gesetzes wohl auf die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung abzielt.²⁷ Somit ist die Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Nr. 11 GG nicht einschlägig. Es bleibt somit weiterhin offen, auf welche Gesetzgebungskompetenz sich der Bund stützt, da weder Art. 73

²⁴ Bitkom, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Netzdurchsetzungsgesetz (Fn. 1).

²⁵ Bitkom, ebenda; *Liesching*, Das Bundesverfassungsgericht wird das Netzdurchsetzungsgesetz kippen (Fn. 2); *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, S. 97.

²⁶ *Burghart*, in: Leibholz/Rinck, Grundgesetz, Art. 74 GG Rn 325.

²⁷ So auch BVerfG, Beschl. v. 18.3.1970 – 2 BvO 1/65, BVerfGE 28, 119.

Nr. 9 GG zur Regelung des gewerblichen Rechtsschutzes, des Urheber- und Verlagsrechts eingreift,²⁸ noch Art. 73 Nr. 7 GG zur Regelung der Post und Telekommunikation einschlägig ist.

3.3 Eingriff in Art. 5 Abs. 1 GG

Unabhängig von einer möglichen fehlenden Gesetzgebungskompetenz steht es außer Frage, dass das NetzDG in den Schutzbereich der freien Meinungsäußerung²⁹ sowie der Informationsfreiheit und Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG eingreift.³⁰ Zwar wurden die Bußgelder mittlerweile nur noch auf Organisationsverschulden beschränkt und nicht mehr auf die Lösch- und Sperrverpflichtungen, dieser Umstand beseitigt aber eine gesteigerte Löschtendenz keineswegs.

Das Grundrecht aus Art. 5 GG wirkt bekanntlich nicht schrankenlos und kann durch allgemeine Gesetze nach Art. 5 Abs. 2 GG eingeschränkt werden. Das NetzDG dürfte ein allgemeines Gesetz i. S. v. Art. 5 Abs. 2 GG sein, da es keine einzelne Meinung oder die Äußerung einer Meinung als solches verbietet. Dies ergibt sich daraus, dass explizit auf rechtswidrige Inhalte, die nach dem Strafgesetzbuch bestraft werden, Bezug genommen wird.

Das Bundesverfassungsgericht betont immer wieder, wie wichtig die Rechte auf eine freie Meinungsäußerung, Pressefreiheit, Rundfunkfreiheit für eine freiheitlich demokratische Ordnung sind.³¹ Aus diesem Grund kann das Grundrecht nicht aufgrund eines Gesetzes „ausgehobelt“ werden. Deshalb muss stets eine Verhältnismäßigkeitsprüfung stattfinden.³² Es gibt bereits Rechtsschutzmöglichkeiten aus dem Zivil- und Strafrecht. Wenn man im Rahmen der Verhältnismäßigkeit eine Abwägung der gegenseitigen Interessen vornimmt, ist es nicht ersichtlich, weshalb überhaupt ein neues Gesetz geschaffen werden muss, wo bereits Regelungen existieren. Zurecht wird daher kritisiert, dass dem NetzDG bereits ein legitimer Zweck fehlt.³³ Ebenfalls bedenklich ist, dass die Löschfrist bei

²⁸ So auch *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, S. 97.

²⁹ Dazu *Ladeur/Gostomzyk*, K&R 2017, S. 390.

³⁰ *Koreng*, GRUR-Prax 2017, S. 203; *Feldmann*, K&R 2017, S. 292.

³¹ *Burghart*, in: *Leibholz/Rinck*, Grundgesetz, 2017, Art. 5 Rn 16; BVerfG, Urt. v. 19.7.1966 – 2 BvF 1/65, BVerfGE 20, 56 (97), unter Hinweis auf BVerfGE 5, 134 (205); BVerfGE 7, 208; BVerfGE 12, 125; vgl. ferner BVerfGE 28, 48 (63); BVerfGE 33, 15; BVerfGE 35, 221; BVerfGE 42, 139; BVerfGE 74, 338; BVerfGE 107, 275 (281).

³² *Liesching*, Das Bundesverfassungsgericht wird das Netzwerkdurchsetzungsgesetz kippen (Fn. 2). BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, BVerfGE 124, 300.

³³ *Liesching*, Das Bundesverfassungsgericht wird das Netzwerkdurchsetzungsgesetz kippen (Fn. 2).

offensichtlich rechtswidrigen Inhalten noch immer 24 Stunden beträgt, was unterhalb der Fristen des einstweiligen Rechtsschutzes liegt.³⁴

3.4 Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz

Bedenken könnten sich auch in Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG ergeben. Der Wortlaut spricht zwar von Menschen, doch selbstverständlich findet dieser Grundsatz seinem Wesen nach auch auf juristische Personen Anwendung.³⁵ Zurecht wird daher Kritik geäußert, dass nur sozialen Netzwerken die Pflichten der §§ 2, 3 NetzDG auferlegt werden, die über zwei Millionen registrierte Nutzer verfügen.³⁶ Diese Grenze widerspricht dem eigentlichen Ziel des Gesetzes, Hasskriminalität, andere strafbare Inhalte und Falschmeldungen (Fake News) in sozialen Netzwerken zu bekämpfen. Denn wer weiterhin aktiv „Hetze“ betreiben möchte, kann dies künftig auch weiterhin in kleineren sozialen Netzwerken tun.

3.5 Europarechtliche Bedenken

Nicht zuletzt bestehen auch erhebliche europarechtliche Bedenken gegen das NetzDG.³⁷ So ist nicht verwunderlich, dass insbesondere ein Verstoß gegen Art. 14 der ECRL in Betracht kommt, dem „Notice-and-Takedown-Verfahren“. Denn dieser regelt, dass der Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft gerade nicht für die von Nutzern gespeicherte Informationen verantwortlich ist, solange dieser keine tatsächliche Kenntnis der rechtswidrigen Tätigkeit oder Informationen hat und der Anbieter unverzüglich nach Kenntniserlangung tätig wird und Information entfernt oder den Zugang zu diesen sperrt.

§ 3 Nr. 2 NetzDG regelt unabhängig von einer Beschwerde eine Löschpflicht für offensichtlich rechtswidrige Inhalte. Damit setzt diese Vorschrift voraus, dass der Anbieter ein System bereithält, welches rechtswidrige Inhalte erkennt und automatisiert löscht.³⁸ Wie dies praktisch umgesetzt werden soll, ist nicht ersichtlich.

³⁴ *Bitkom*, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Netzdurchsetzungsgesetzes (Fn. 1).

³⁵ *Burghart*, in: Leibholz/Rinck, Grundgesetz, 2017, Art. 3 Rn 3; BVerfG, Urt. v. 20.7.1954 – 1 BvR 459/52, BVerfGE 4, 7 (12).

³⁶ *Bitkom*, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Netzdurchsetzungsgesetzes (Fn. 1). *Liesching*, Das Bundesverfassungsgericht wird das Netzdurchsetzungsgesetz kippen (Fn. 2).

³⁷ *Spindler*, ZUM 2017, S. 473; *Heckmann/Wimmers*, CR 2017, S. 311; *Hoeren*, Netzdurchsetzungsgesetz europarechtswidrig (Fn. 2); *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, S. 96.

³⁸ So etwa auch *Heckmann/Wimmers*, CR 2017, S. 311.

Auch gibt es auf europarechtlicher Ebene Kritik hinsichtlich der Anwendbarkeit der §§ 2, 3 NetzDG auf soziale Netzwerke mit über zwei Millionen registrierten Nutzern.³⁹ Es wird darin eine allgemeine Ungleichbehandlung gesehen, da Art. 14 ECRL ebenfalls keine Unterscheidung anhand der registrierten Nutzer vornimmt.⁴⁰

Der in der Ursprungsfassung enthaltene § 3 Nr. 6 NetzDG wurde zwischenzeitlich entfernt, welcher verlangte, dass der Anbieter sämtliche auf der Plattform befindlichen Kopien des rechtswidrigen Inhalts unverzüglich entfernt oder sperrt. Diese Regelung stieß auf erhebliche Bedenken in Hinblick auf Art. 15 ECRL,⁴¹ der den Anbietern ausdrücklich keine allgemeine Überwachungspflicht auferlegt.

Nicht zuletzt bestehen auch Vorbehalte mit Blick auf das Herkunftslandprinzip gemäß Art. 3 ECRL. Das Herkunftslandprinzip verbietet es grundsätzlich, über den in der Richtlinie gesetzten Höchststandard hinauszugehen und den Diensteanbieter schärferen Regelungen, als in seinem Herkunftsland zu unterwerfen.⁴² Diese Problematik hat das BJMV auch erkannt und nimmt in der Entwurfsbegründung explizit Bezug darauf.⁴³ Demnach greife diesbezüglich die Ausnahme des Art. 3 Abs. 4 ECRL,⁴⁴ wonach Maßnahmen zulässig sind, die etwa zum Schutz der öffentlichen Ordnung, zur Ermittlung, Aufklärung und Verfolgung von Straftaten oder auch zur Bekämpfung von Hetze erforderlich sind.

Es wird nach überwiegender Ansicht zurecht erkannt, dass die Ausnahme des Art. 3 Abs. 4 ECRL nur für „bestimmte Dienste“ Anwendung findet und nicht für sämtliche soziale Netzwerke mit über 2 Millionen registrierten Mitglieder.⁴⁵ Eine pauschalisierende Einschränkung aller sozialen Netzwerke ist daher nicht über Art. 3 Abs. 4 ECRL gerechtfertigt. Ein Verstoß liegt demnach nahe.

³⁹ *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, S. 95.

⁴⁰ *Heckmann/Wimmers*, CR 2017, S. 311.

⁴¹ So etwa *Bitkom*, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Netzwerkdurchsetzungsgesetz (Fn. 1); *Heckmann/Wimmers*, CR 2017, S. 312.

⁴² *Heckmann/Wimmers*, CR 2017, S. 313; *Hoeren*, Netzwerkdurchsetzungsgesetz europarechtswidrig (Fn. 2).

⁴³ NetzDG-RefE v. 5.4.2017, S. 13.

⁴⁴ NetzDG-RefE v. 5.4.2017, S. 14.

⁴⁵ So auch *Heckmann/Wimmers*, CR 2017, S. 313; *Hoeren*, Netzwerkdurchsetzungsgesetz europarechtswidrig (Fn. 2).

4 Folgen für die Praxis

Durch das NetzDG findet ein ganz erheblicher und nicht zu rechtfertigender Eingriff in die Grundrechte der User statt. Dem durch strukturelle Änderungen im Umgang mit Beschwerden durch die sozialen Medien geschaffenen Beschwerdemanagement ist „systemische Tendenz zur Löschung“⁴⁶ immanent. Die Kombination aus Zeitdruck, politischem Einfluss und Erwartung der Öffentlichkeit wird zwangsläufig ein Lösungsregime etablieren, was nur nach der Devise „Im Zweifel löschen“ funktionieren kann. Wie die Praxis lehrt, ist dabei ein großer Widerstand von Seiten der Nutzer auch gegen völlig abwegige Löschungen nicht zu erwarten. Gerichtsverfahren sind daher allenfalls dann zu erwarten, wenn sie öffentlich und mit politischem Hintergrund geführt werden können.

Dabei wurde von Seiten der Politik die Tatsache übersehen, dass zwar möglicherweise das individuelle Interesse an dem Erhalt einer konkreten Meinungsäußerung für den Betroffenen wie für den Anbieter gering sein mag. Von einer unberechtigten Löschung betroffen ist aber eben nicht nur der Verfasser, sondern auch die Gesellschaft als Ganze, die dadurch inhaltsärmer wird und deren gesellschaftliches Interesse an freier Kommunikation erheblich beeinträchtigt wird.⁴⁷ Als zusätzliche Gefahr wirkt dabei die Tatsache, dass in Zukunft ein erheblicher Teil der Löschungen eben nicht mehr von Menschen, sondern durch Algorithmen durchgeführt wird.⁴⁸

Einer der Hauptkritikpunkte am NetzDG ist schließlich die Tatsache, dass dieses völlig einseitig darauf setzt, rechtswidrige Inhalte um nahezu jeden Preis zu entfernen. Maßnahmen zur Förderung der Strafverfolgung – sogar von Postings, die eindeutig als „offensichtlich rechtswidrig“ identifiziert wurden – fehlen völlig. Den Bürgern, gerade den besorgten, wird somit ein bemerkenswertes Signal gesendet: Uns ist es wichtiger, dass deine Beiträge erst einmal gesperrt oder gelöscht werden, nicht dass du dafür strafrechtlich verfolgt und verurteilt wirst. Dieses Signal könnte sich seinerseits verheerend auf die öffentliche Diskussion auswirken.

5 Fazit

Damit bleibt das NetzDG auch in seiner bereits entschärften Version eine erhebliche Bedrohung für die Meinungsfreiheit. Insgesamt stellt es den

⁴⁶ Guggenberger, ZRP 2017, S. 98 (100).

⁴⁷ Guggenberger, ZRP 2017, S. 98 (100).

⁴⁸ Triola, Yahoo just took a big step to combat online abuse, Mashable v. 3.8.2016, <http://mashable.com/2016/08/03/yahoo-ai-anti-harassment/>.

Versuch da, ungemein komplexe gesellschaftliche Fragen mit einfachen Antworten zu begegnen. Denn natürlich lässt sich das enorme gesellschaftliche Problem, das hinter den „Hasspostings“ auf Facebook & Co. liegt, nicht so einfach entfernen wie es das simple Löschen eines Beitrags suggeriert. Es reicht eben gerade in dem gesellschaftlich äußerst sensiblen Bereich der Meinungsfreiheit nicht, einfach „etwas zu machen“, wie Maas dies suggeriert. Dies erzeugt allenfalls die Illusion einer Problemlösung.

Literatur

- Eifert, Martin*: Rechenschaftspflichten für soziale Netzwerke und Suchmaschinen, NJW 2017, S. 1450-1454.
- Feldmann, Thorsten*: Zum Referentenentwurf eines NetzDG: Eine kritische Betrachtung, K&R 2017, S. 292-297.
- Frenzel, Eike Michael*: Aktuelles Gesetzgebungsvorhaben: Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (NetzDG), JuS 2017, S. 414
- Guggenberger, Nikolaus*: Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz – Schön gedacht, schlecht gemacht, ZRP 2017, S. 98-101.
- Heckmann, Dirk/Wimmers, Jörg*: Stellungnahme der DGRI zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (NetzDG), CR 2017, S. 310-316.
- Heymann, Britta/Wimmers, Jörg*: Zum Referentenentwurf eines Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG) – eine kritische Stellungnahme, AfP 2017, S. 93-102.
- Höch, Dominik*: Nachbessern: ja, verteufeln: nein. Das NetzDG ist besser als sein Ruf, K&R 2017, S. 289-292.
- Koreng, Ansgar*: Entwurf eines Netzwerkdurchsetzungsgesetzes: Neue Wege im Kampf gegen „Hate Speech“?, GRUR-Prax 2017, S. 203.
- Ladeur, Karl-Heinz/Gostomzyk, Tobias*: Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz und die Logik der Meinungsfreiheit, K&R 2017, S. 390-394.
- Leibholz, Gerhard/Rinck, Hans-Justus*: Grundgesetz, 73. Aktualisierung, Köln 2017.
- Paal, Boris P./Hennemann, Moritz*: Meinungsvielfalt im Internet – Regulierungsoptionen in Ansehung von Algorithmen, Fake News und Social Bots, ZRP 2017, S. 76-79.
- Spindler, Gerald*: Der Regierungsentwurf zum Netzwerkdurchsetzungsgesetz – europarechtswidrig?, ZUM 2017, S. 473-487.