



**Stellungnahme der Google Ireland Ltd. an
das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
zum vorgeschlagenen Gesetz zur Änderung des
Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDGÄndG-E)**

Mit dem Referentenentwurf zur Änderung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes vom 15.01.2020 soll das Netzwerkdurchsetzungsgesetz ein weiteres Mal erheblich verschärft werden. Wir nehmen auch diese Stellungnahme zum Anlass zu betonen, dass wir uns als Internetdiensteanbieter unserer gesamtgesellschaftlichen Verantwortung stellen und weiterhin erhebliche Anstrengungen unternehmen werden, um die Ausbreitung von Hass und Hetze aufzuhalten. Während Google das mit dem Gesetz verfolgte Ziel der Bekämpfung von Hasskriminalität und Rechtsextremismus mitträgt, halten wir die nun vorgeschlagenen Regelungen aber für nicht geeignet, dieses Ziel zu erreichen; im Gegenteil: das Gesetz dürfte dazu führen, dass das Vertrauen der Bevölkerung in einen funktionierenden Rechtsstaat schwindet und die Sorgen von Nutzern vor einer staatlichen Überwachung von öffentlicher Kommunikation zunehmen.

Google hat schon 2017 bei der Einführung des Gesetzes darauf hingewiesen, dass eine Eindämmung von Hasskriminalität im Internet ohne ein übergreifendes Gesamtkonzept – zu dem auch eine effektive und spezialisierte Strafverfolgung sowie die aktive Einbindung der Zivilgesellschaft zählen – nicht erreicht werden kann. Google bringt sich seit Jahren aktiv und maßgeblich in die nationalen und europäischen Bemühungen zur Bekämpfung rechtswidriger Inhalte im Internet ein und wird sich auch in Zukunft aktiv und konstruktiv daran beteiligen. Zwar ist zu begrüßen, dass auch die mit der Strafverfolgung und Gefahrenabwehr befassten Behörden sich illegalen Inhalten im Internet annehmen sollen. Allerdings gehen die Vorschläge weit über das Ziel hinaus.

Dieses gilt bereits für den Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität („GBRH-E“). Obwohl das Gesetz noch nicht verabschiedet wurde, arbeitet das Bundeskriminalamt (BKA) bereits am Aufbau einer Meldestelle für strafrechtlich relevante Inhalte und die dazugehörigen IP-Adressen. Verknüpft werden sollen diese Daten laut BKA-Präsident Holger Münch¹ mit dem IT-basierten sog. Instrument „Radar-rechts“, einer Matrix mit diversen Kriterien, die dabei helfen soll, die Gefährlichkeit von potentiellen Gefährdern (z.B. gewaltbereiten Rechtsextremisten) einzustufen. Für diese Überwachungsmaßnahmen sollen massenweise Informationen und Daten über Nutzer von den Diensteanbietern geliefert und vom BKA in riesigen Datenbanken zusammengestellt werden. Von diesen Maßnahmen wären viele Bürger betroffen, die lediglich ihr Recht auf freie Meinungsfreiheit wahrnehmen und keine strafbaren Inhalte verbreiten. Maßgeblich für die Erfassung dieser Daten ist der zweite durch das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz vorgelegte Gesetzesentwurf.

Die mit dem vorliegenden Entwurf vorgeschlagenen Regelungen halten wir daher nicht nur für sich genommen, sondern gerade auch in Verbindung mit dem GBRH-E für rechtlich äußerst problematisch und dringend überarbeitungsbedürftig.

¹ <https://www.europaeischer-polizeikongress.de/>

Inhaltsverzeichnis

I. Einführung und Zusammenfassung wesentlicher Kritikpunkte	1
II. Hauptkritikpunkte	5
1. Einrichtung eines Gegenvorstellungsverfahrens (§ 3b RefE)	5
2. Erweiterung der Berichtspflichten (§ 2 Abs. 2 Nr. 12 und Nr. 13 RefE)	6
3. Unterschiedliche Behandlung von Videosharingplattform-Diensten und sozialen Netzwerken (§ 3d bis § 3f RefE)	7
4. Evaluierung	8
III. Im Einzelnen zur Kritik am RefE	10
1. Der Bund hat keine Gesetzgebungskompetenz	10
2. Der Bund ist nicht befugt, das Bundesamt für Justiz als Aufsichtsbehörde zu installieren (RefE § 4a)	11
a) Der Bund hat keine Verwaltungskompetenz	11
b) Verstoß gegen den Grundsatz der Staatsfreiheit	12
c) § 4a RefE verstößt gegen AVMD-RL	13
3. Der Referentenentwurf verstößt in mehrerlei Hinsicht gegen Europarecht	13
a) Herkunftslandprinzip nach Art. 3 der ECRL	14
b) Art. 14 der ECRL	15
c) Art. 15 der ECRL	16
4. Erweiterung der Berichtspflichten (betrifft § 2 NetzDG)	16
a) Die erweiterten Berichtspflichten fördern kein konkretes Ziel	17
b) Gesetzliche Formulierungen genügen nicht dem Bestimmtheitsgrundsatz	18
5. Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte (betrifft § 3 NetzDG)	19
6. Weiter zur Einrichtung eines Gegenvorstellungsverfahrens (§ 3b RefE)	21
a) Verstoß gegen Europarecht	21
b) Geplante Regelung ist unverhältnismäßig	22
7. Einrichtung einer Schlichtungsstelle (§ 3c RefE)	23
8. Erweiterung im Hinblick auf den Zustellungsbevollmächtigten (betrifft § 5 NetzDG)	23
9. Änderungen des TMG	25

I. Einführung und Zusammenfassung wesentlicher Kritikpunkte

Schon die Einführung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes („NetzDG“) im Jahr 2017 ließ erkennen, dass als Antwort auf die öffentliche Diskussion ein Gesetzesentwurf erstellt wurde, der in seiner Gestaltung und seinen Auswirkungen nicht hinreichend durchdacht war. Zu beklagen waren von Beginn an Konflikte mit Verfassungs- und Europarecht. Diese Bedenken bestehen fort – und werden durch den Referentenentwurf vom 15.01.2020 („RefE“) verstärkt und vertieft.

Mit dem NetzDG wurden Pflichten für Betreiber sozialer Netzwerke in Bezug auf „*rechtswidrige Inhalte*“ begründet, d.h. Inhalte, die bestimmte in § 1 Abs. 3 NetzDG genannte Straftatbestände (jedenfalls objektiv) erfüllen². Soziale Netzwerke i.S.d. NetzDG sind wiederum Plattformen, die dazu bestimmt sind, dass Nutzer „*beliebige Inhalte*“ der Öffentlichkeit zugänglich machen können. Anbieter sozialer Netzwerke wurden verpflichtet, den Nutzern ein leicht erkennbares, unmittelbar erreichbares und ständig verfügbares Verfahren zur Übermittlung von Beschwerden über strafbare Inhalte anzubieten, Nutzerbeschwerden unverzüglich zur Kenntnis zu nehmen und zu prüfen, strafbare Inhalte binnen kurzer, starrer Fristen zu löschen sowie den Beschwerdeführer und den Nutzer über Entscheidungen zur Entfernung unverzüglich zu informieren und diese zu begründen. Zudem müssen Anbieter sozialer Netzwerke detaillierte Berichte über den Umgang mit rechtswidrigen Inhalten erstellen, ein wirksames Beschwerdemanagement vorsehen sowie einen inländischen Zustellungsbevollmächtigten benennen. Verstöße gegen diese Pflichten sind bußgeldbewehrt (bis zu 50 Millionen Euro). Mit der Beschlussfassung des NetzDG³ wurde zudem § 14 TMG erweitert, infolgedessen Diensteanbieter nach vorheriger gerichtlicher Anordnung berechtigt wurden, im Einzelfall Auskunft über Bestandsdaten zu erteilen, soweit dies zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche wegen der Verletzung absolut geschützter Rechte aufgrund rechtswidriger Inhalte i.S.d. § 1 Abs. 3 NetzDG erforderlich ist.

Im Dezember 2019 wurde sodann ein Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität veröffentlicht („GBRH-E“)⁴, das Änderungen des Strafgesetzbuches (StGB), der Strafprozessordnung (StPO), des Bundeskriminalamtgesetzes (BKAG), des Telemediengesetzes (TMG) sowie des NetzDG vorsah. Zentrale Neuerung dieses Entwurfes war die Einführung einer Meldepflicht von Anbietern sozialer Netzwerke, bestimmte strafbare Inhalte sowie dazugehörige IP-Adressen an das BKA zu melden (§ 3a GBRH-E). Zu diesem Gesetzesentwurf hat Google bereits ausführlich Stellung genommen⁵.

Mit dem jetzigen RefE werden die Pflichten der Anbieter nochmals erheblich erweitert – und zwar nicht nur inhaltlich, sondern auch dem Anwendungsbereich nach. Denn nunmehr sind nicht nur soziale Netzwerke Normadressaten, sondern auch Videosharingplattform-Dienste (jeweils nachfolgend auch: „Diensteanbieter“), auf die das NetzDG im Grundsatz Anwendung finden soll (§ 3e Abs. 1 RefE). Für kleinere Diensteanbieter mit im Inland weniger als zwei Millionen registrierten Nutzern gilt dieses Gesetz, sofern die Bundesrepublik Deutschland Sitzland des Anbieters ist oder als solches gilt. Zwar gelten die Pflichten dann nur in Bezug auf bestimmte rechtswidrige Inhalte und die kleineren Anbieter sind von bestimmten Pflichten befreit, im Kern müssen sie allerdings die gesamte NetzDG-Infrastruktur vorhalten, um die Pflichten des NetzDG zu erfüllen und sich nicht der Gefahr von Bußgeldern auszusetzen.

² Vgl. BT-Drucks. 18/12356 und BT-Drucks. 18/13013; vgl. dazu die Stellungnahme von Google und YouTube vom 30.03.2017,

https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2017/Downloads/03302017_Stellungnahme_google_youtube_RefE_NetzDG.pdf?jsessionid=238D90DC6C09F326CACB2F5D2C9E01A8.1_cid289?_blob=publicationFile&v=2.

³ BT-Drucks. 18/13013.

⁴

https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_BekaempfungHatespeech.pdf?_blob=publicationFile&v=1.

⁵ Stellungnahme vom 17.01.2020,

https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/011720_Stellungnahme_google_RefE_Belaempfung-Rechtsextremismus-Hasskriminalitaet.pdf?_blob=publicationFile&v=3.

Inhaltlich betrachtet werden Berichtspflichten in § 2 verschärft (z.B. in § 2 Abs. 2 Nr. 12 u. 13 durch die Aufnahme von Erkenntnissen über Gruppen von Opfern und Tätern), es werden weitere Einzelheiten in Bezug auf die Ausgestaltung des Dienstes (z.B. in § 3 „*bei der Wahrnehmung des Inhalts*“) sowie weitere Pflichten im Rahmen eines „Beschwerdemanagements“ vorgegeben; zudem wird ein Gegenvorstellungsverfahren eingeführt (§ 3 Abs. 2 Nr. 1a, Nr. 5 RefE sowie § 3b RefE). Abgesehen von rechtlicher Kritik im Einzelnen stellt sich die Frage, was eigentlich Zweck der Neuregelungen ist. Soweit insbesondere weitere Berichtspflichten mit einem vagen öffentlichen Interesse gerechtfertigt werden (vgl. etwa RefE S. 14), erscheint dies – zumal vor einer abschließenden Evaluierung – keine hinreichende Grundlage für derart einschneidende Maßnahmen und Pflichten. Wir geben weiter zu bedenken, dass das Sammeln und Auswerten von Opfer- und Tätergruppen und das Erstellen diesbezüglicher „Profile“ originäre Staatsaufgabe ist, die nicht auf Private übertragen werden sollte.

Die geplante Neufassung des § 2 Abs. 2 NetzDG würde den Pflichtenkreis der Diensteanbieter unverhältnismäßig stark ausweiten und Datenschutzinteressen der Nutzer ignorieren. Gleichzeitig tut sich die Entwurfsbegründung schwer, konkret zu formulieren, welches Ziel die geplanten Veränderungen genau verfolgen oder in welcher Weise sie die Zielerreichung fördern würden. Der RefE ist im Begriff, neue Belastungen einzuführen, die ganz überwiegend nichts zur „*Bekämpfung strafbarer Hassrede*“ (RefE S. 1) – dem *eigentlichen* Ziel des NetzDG – beitragen, dafür aber eine Vielzahl von Daten produzieren würden. Weiterhin ist der Entwurf an vielen Stellen unklar formuliert, provoziert daher Missverständnisse oder verlangt rechtlich und faktisch Unmögliches. Die gesetzgebungstechnischen Mängel wiegen vor dem Hintergrund der erheblichen Bußgeldbewehrung umso schwerer.

Selbstverständlich sollte die Umsetzung des NetzDG durch die Diensteanbieter transparent sein. Aussagekräftige Daten sollten verfügbar sein, um die Effektivität der geltenden Regeln bei der Bekämpfung rechtswidriger Inhalte im virtuellen Raum überprüfen zu können und um zugleich in diesem vielfältig grundrechtsrelevanten Bereich Transparenz zu schaffen. Ein Gesetz ist aber nicht umso gelungener, je mehr Informationen seine Anwendung produziert. Der vorgelegte Änderungsentwurf für § 2 Abs. 2 NetzDG scheint allerdings dieser Maxime zu folgen und setzt sich deshalb der gleichen datenschutzrechtlichen Kritik aus, wie schon der Entwurf eines neuen § 3a NetzDG⁶ zur präventiven massenweisen Datenweiterleitung an das BKA. Es stellt sich die Frage, ob § 2 Abs. 2 im RefE lediglich vorschnell formuliert und in Anbetracht der betroffenen Grundrechte und entgegenstehenden Rechtsnormen⁷ nicht hinreichend durchdacht wurde, oder ob es nicht das eigentliche Ziel des Entwurfes ist, breit angelegt Daten und Informationen über Bürger zu erheben. Letzteres wäre auch politisch höchst bedenklich.

Mit der Einführung eines Gegenvorstellungsverfahrens (§ 3b RefE) bezweckt das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz (BMJV) die Stärkung der Nutzerrechte gegen unberechtigte Löschungen und Account-Sperrungen⁸. Dieser Regelung hätte es allerdings nicht bedurft, wenn das NetzDG insgesamt klarer gefasst worden und das Risiko des Overblocking dadurch eingedämmt worden wäre. Zumal viele der Anbieter solche Verfahren bereits ohnehin in ihre Meldeprozesse integriert haben. Das Gegenvorstellungsverfahren soll als Art schiedsgerichtliches Verfahren zwischen Diensteanbieter, Betroffenen und dem Inhalte einstellenden Nutzer (auch „Uploader“ genannt) geführt werden. Erneut verlagert das Gesetz

⁶ GBRH-E,

https://www.bmju.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_BekämpfungHatespeech.pdf?__blob=publicationFile&v=1; siehe dazu Google Stellungnahme vom 17.01.2020, https://www.bmju.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/011720_Stellungnahme_google_RefE_Bekämpfung-Rechtsextremismus-Hasskriminalitaet.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

⁷ wie dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 GG, dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens sowie dem Schutz personenbezogener Daten nach Art. 7, 8 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh), wie sie insbesondere in der DSGVO zum Ausdruck kommen, aber auch dem Fernmeldegeheimnis i.S.d. Art. 10 GG

⁸ https://www.bmju.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/012920_NetzDG.html.

damit jedenfalls faktisch staatliche Aufgaben mit in alle Richtungen nachteiligen Effekten auf Private. Zu nennen ist hier vor allem das erhebliche Risiko für Betroffene, dass ihre Identität Rahmen eines Gegenvorstellungsverfahrens erkennbar wird. Selbst bei Anonymisierung der personenbezogenen Daten des Betroffenen kann die vollständige Anonymität nicht gewährleistet werden und der Betroffene läuft Gefahr, dass möglicherweise gewaltbereite, rechtsextreme Gruppierungen ihn identifizieren können. Ähnliche Gefahren bestehen für Personen des öffentlichen Lebens, wie z. B. Politiker oder Journalisten, die aufgrund ihres Bekanntheitsgrads erkennbar bleiben. Dafür müssen sie die Gegenvorstellung nicht einmal selbst eingereicht haben.

Des Weiteren soll eine Aufsichtsbehörde (§ 4a RefE) installiert werden. Das benannte Bundesamt für Justiz (BfJ) ist dem BMJV unmittelbar unterstellt, so dass damit eine der Regierung unterstehende Stelle zur Medienaufsicht würde. Dies ist aus mehreren Gründen kritikwürdig. Zum einen steht dies dem in Art. 5 GG verankerten Grundsatz der Staatsferne entgegen (und ignoriert, dass die Medienaufsicht in die Zuständigkeit der Länder fällt); zum anderen verstößt dies gegen Vorgaben der Richtlinie zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten (Richtlinie 2010/13/EU vom 10. März 2010 in der Fassung der Richtlinie 2018/1808/EU vom 14. November 2018; im Folgenden: „AVMD-RL“). Anders als im RefE angeführt, kann § 4a RefE nicht zur Umsetzung von Art. 28b AVMD-RL dienen, da Art. 28b Abs. 5, Art. 30 Abs. 1 AVMD-RL eine von der Regierung unabhängige Stelle fordert.

Schließlich bestehen Konflikte des NetzDG in seiner bisherigen Form und in seiner geplanten Neufassung im Hinblick auf weitere grundlegende Rechtsprinzipien der EU. So berücksichtigt das NetzDG das für Dienste der Informationsgesellschaft geltende Herkunftslandprinzip nach Art. 3 der Richtlinie 2000/31/EG nicht und beschränkt somit in unzulässiger Weise den freien Verkehr von Dienstleistungen im Binnenmarkt⁹. Hinzu kommt, dass auf EU-Ebene im harmonisierten Bereich Novellierungen geplant sind, die einem (weiteren) nationalen Alleingang entgegenstehen. Dies hat die Kommission eindrücklich in ihrer aktuellen Stellungnahme zum Gesetzesentwurf zur Bekämpfung von Hassinhalten im Internet aus Frankreich ausgeführt¹⁰. Es heißt darin wörtlich:

“Die Kommission teilt mit den französischen Behörden das politische Ziel der Bekämpfung illegaler Inhalte im Internet. In Anbetracht der Absicht der Kommission und der laufenden diesbezüglichen Tätigkeiten, in naher Zukunft EU-Rechtsvorschriften in dieser Angelegenheit vorzuschlagen und zu verabschieden, wird vorgeschlagen, dass die Mitgliedstaaten Zurückhaltung üben und die Annahme von nationalen Initiativen zu diesem Thema, wie z.B. der notifizierte Entwurf, aufschieben. Die Kommission hat sich während der gesamten Vorbereitung und Verhandlung der engen Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten verschrieben und fordert die französischen Behörden auf, sich aktiv an diesem Prozess zu beteiligen.”

Unabhängig davon halten wir die folgenden Neuerungen für bedenklich:

- Das geplante Gegenvorstellungsverfahren würde dem Gesetzeszweck des NetzDG zuwider laufen. Es stärkte diejenigen, deren Inhalte mit dem NetzDG bekämpft werden sollen, und schwächte diejenigen, die zulässigerweise Inhalte teilen oder die rechtswidrige Inhalte berechtigterweise melden. Dies führte zu einem erheblichen Missbrauchsrisiko, zu Einschüchterungseffekten zu Lasten der Meinungsfreiheit (Chilling Effects) sowie potentiellen Bloßstellungen von Schutzwürdigen.
- Mit der Ausweitung der Berichtspflichten würde der RefE zu einer umfangreichen Überwachung von Nutzern führen. Das steht nicht in Einklang mit datenschutzrechtlichen

⁹ Dazu noch nachfolgend, insbesondere unter **Ziffer III. 3. a)**.

¹⁰ C(2019) 8585 final, 22.11.2019, S.11, auf Englisch abrufbar unter <https://ecg.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2019/EN/C-2019-8585-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>.

Vorgaben und würde ebenfalls zu Chilling Effects führen, wie bereits ausführlich in unserer Stellungnahme zum GBRH-E ausgeführt¹¹.

- Die Erweiterung der Normadressaten des NetzDG auf Videosharingplattform-Anbieter führt in der konkreten Ausgestaltung zu Wertungswidersprüchen. Außerdem offenbart es den bereits bestehenden Verstoß des NetzDG gegen das Herkunftslandprinzip und das Versäumnis der Bundesrepublik, ihren Notifizierungs-, Mitteilungs- und Konsultationspflichten nachzukommen.
- Mit der Schaffung des Bundesamts für Justiz als Aufsichtsbehörde verstieße das Gesetz gegen die grundrechtlich verankerte Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern, gegen den ebenfalls grundrechtlich verankerten Grundsatz der Staatsferne sowie gegen die Vorgaben der AVMD-Richtlinie.
- Des Weiteren erhalten wir die bereits in der Stellungnahme zum NetzDG-E¹² geäußerten Bedenken aufrecht, dass der Anwendungsbereich des NetzDG die Äußerungsdelikte § 185 bis § 187 StGB umfasst. Im Ref-E werden diese Bedenken nicht aufgegriffen; auch insoweit wird beanstandet, dass die Ergebnisse der Evaluierung des NetzDG nicht abgewartet wurden. Nicht nur ist für den Diensteanbieter gerade bei den Äußerungsdelikten problematisch, Inhalte aufgrund oft unsubstanziierter Beschwerden, insbesondere im Hinblick auf angeblich unwahre Tatsachenbehauptungen, als rechtswidrig innerhalb der starren Fristen des NetzDG einzuordnen. Darüber hinaus sieht das Strafgesetzbuch in § 194 StGB für die Äußerungsdelikte grundsätzlich ein Antragserfordernis voraus; damit wird das Strafrecht dem Umstand gerecht, dass sich der von den angeblich diffamierenden und beleidigenden Inhalten Betroffene grundsätzlich in seinem persönlichen Ehranspruch verletzt fühlen muss. Durch eine einschränkungslose Aufnahme der Äußerungsdelikte in den Anwendungsbereich des NetzDG wird diese grundsätzliche Anforderung ausgehebelt. Auch dieser Umstand führt letztlich zu einer ganz erheblichen Gefahr, dass Inhalte, die von vermeintlich Betroffenen nicht angezeigt werden, entfernt werden ("Overblocking").

Wir plädieren erneut für eine gründliche Evaluierung der bestehenden Regelungen und eine Neuausrichtung des NetzDG auf der Grundlage eines zielorientierten Gesamtkonzeptes. Im Mittelpunkt staatlicher Maßnahmen gegen Hasskriminalität und Rechtsextremismus muss eine effektive Strafverfolgung durch ausgebildete Spezialkräfte stehen. Wie in der analogen Welt, müssen Polizei und Strafverfolgung auch im Internet dort sein, wo (Hass-)Kriminalität stattfindet. Anstatt den Diensteanbietern immer weiter reichende Verpflichtungen aufzuerlegen, sollte man über "Online-Streifenfahrten" der Polizei nachdenken, Bürgern müsste es möglich sein, über ein zentrales Online-Portal einfach und transparent Strafanzeige zu erstatten, Online-Straftaten müssten konsequent verfolgt werden. Einzelne Bundesländer, wie beispielsweise Nordrhein-Westfalen mit der Zentralen Anlaufstelle Cybercrime (ZAC) weisen den richtigen Weg, wie staatliche Ressourcen gezielt zur Zweckerreichung eingesetzt werden können. Dieser Weg sollte verfolgt werden, statt eine immer kompliziertere Behördenstruktur aufzubauen und Berichtspflichten sowie Verfahrensregeln immer stärker auszuweiten, die allesamt bei Symptomen, aber nicht bei den Ursachen (und Urhebern) von Hasskriminalität ansetzen. Google sieht gerade auch im Rahmen der sozialen Netzwerke eine Verantwortung des Diensteanbieters. Aber diese Verantwortung muss sinnvoll ausgeformt und mit einem klaren Ziel zum Einsatz gebracht werden. Google kommt dieser Verantwortung auch bei der Unterstützung der staatlichen Behörden nach.

11

https://www.bmju.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/011720_Stellungnahme_google_RefE_Belaempfung-Rechtsextremismus-Hasskriminalitaet.pdf?__blob=publicationFile&v=3

12

https://www.bmju.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2017/Downloads/03302017_Stellungnahme_google_youtube_RefE_NetzDG.pdf?__blob=publicationFile&v=2

II. Hauptkritikpunkte

Aus der Einführung folgt bereits, dass es erhebliche Zweifel an der Zulässigkeit der mit dem RefE geplanten Gesetzesänderungen gibt. Dazu wird nachfolgend unter III. im Einzelnen Stellung genommen. Vorab möchte Google das Augenmerk jedoch auf einige wesentliche Punkte lenken, an denen sich zeigt, dass der RefE weder die tatsächlichen Gegebenheiten berücksichtigt, noch die Konsequenzen bedenkt, die die Umsetzung der Regelungen zur Folge hätte.

1. Einrichtung eines Gegenvorstellungsverfahrens (§ 3b RefE)

Die geplanten Regelungen des § 3b RefE (Gegenvorstellung) sowie des § 3 Abs. 2 Nr. 1a RefE (Informierung des einstellenden Nutzers über eingegangene Beschwerden) lassen etwas ganz Wesentliches außer Acht: das mit ihnen verbundene Missbrauchspotenzial. Damit läuft die Regelung des § 3b RefE dem Gesetzeszweck des NetzDG zuwider.

- a) Die bestehenden Meldesysteme werden bereits jetzt vielfach genutzt, um rechtmäßige Inhalte als rechtsverletzend zu melden. Dahinter steckt etwa der Versuch von Beschwerdeführern, ihnen missfallende Meinungen oder Inhalte zu unterdrücken. Betroffen sind häufig Inhalte von Journalisten, Musikern und von staatlichen Behörden (wie beispielsweise der Bundeskanzlerin, der Polizei oder eines Ministeriums). In dem Dienst YouTube etwa wurden Reden Angela Merkels zum Thema Integration ebenso wie kritische, aber zulässige Videos des Satirikers Jan Böhmermann zu rechtsextremen Netzwerken mehrfach wegen angeblicher Hassrede, Gewalt, Spam, Verleumdung und Beleidigung gemeldet. Das am häufigsten unter NetzDG gemeldete Video (Kategorie: Pornographie) ist ein Musikvideo einer deutschen Webvideoproduzentin und Sängerin, die sich mit Themen wie Lifestyle und Sexualität beschäftigt. Bedenklich ist dabei auch, dass das Gesetz nicht einmal Mindestanforderungen an die Begründung einer Gegenvorstellung stellt.

Gerade Inhalte, die Gegenstand breiter gesellschaftlicher Debatten sind, werden mitunter von mehreren tausend Nutzern an einem Tag gemeldet. Allein die Umsetzung der Informationspflicht gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 1a RefE würde dazu führen, dass die betroffenen Nutzer ggf. tausende von Nachrichten pro Tag erhalten – mit der Folge, dass ihr E-Mail-Konto das Datenvolumen nicht bewältigen könnte.

Haben die Nutzer ihr E-Mail-Konto gerade aufgeräumt, droht als nächstes der Eingang massenhafter Gegenvorstellungen, mit denen sie sich auseinandersetzen haben.

Man stelle sich z.B. vor, rechtsextreme Gruppen treffen die Verabredung, einen bestimmten Inhalt zunächst massenhaft zu melden und sodann gegen die Zurückweisungen ihrer Beschwerden Gegenvorstellungen einzureichen – dann erhielte der Inhalte einstellende Nutzer zunächst tausende von Mitteilungen gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 1a RefE und hunderte von Gegenvorstellungen gemäß § 3b RefE, die ggf. sogar beleidigenden Inhalt haben. Nach dem Gesetzesentwurf muss der Nutzer sodann auf alle Gegenvorstellungen reagieren, um seinen rechtmäßigen Inhalt zu verteidigen.

Die geplanten Regelungen des § 3b RefE sowie des § 3 Abs. 2 Nr. 1a RefE bergen daher ganz erhebliche Risiken für Meinungsäußerungsfreiheit und Meinungspluralismus: Wer einmal dutzende, hunderte oder gar tausende von Nachrichten über (unbegründete) Beschwerden und Gegenvorstellungen von Fremden in seinem Postfach hatte, die Drohungen, vulgäre Sprache, Beleidigungen und vieles mehr beinhalten können, wird sich vielleicht in Zukunft nicht mehr öffentlich äußern, um diese E-Mail Flut zu vermeiden.

Kritisch ist aber auch der umgekehrte Fall: Ist eine Beschwerde begründet, weil der gemeldete Inhalt strafrechtlich relevant ist, soll der Uploader als Täter gemäß § 3b RefE nun die Möglichkeit haben, den Beschwerdeführer in einer Gegenvorstellung womöglich weiter zu

beleidigen, jedenfalls aber zu einem Tätigwerden zu zwingen, wenn dieser seine Beschwerde verteidigen möchte. Selbst bei Anonymisierung der personenbezogenen Daten des Beschwerdeführers kann eine vollständige Anonymität nicht gewährleistet werden. Der Beschwerdeführer läuft daher Gefahr, dass er womöglich vom Täter identifiziert werden kann. Auf diese Weise werden Beschwerdeführer, die berechnete Beschwerden einreichen, womöglich abgeschreckt, in Zukunft weitere Beanstandungen abzugeben.

- b) Da eine vollständige Anonymität nicht gewährleistet werden kann, besteht weiter das Risiko von Doxing-Attacken. Den Initiatoren solcher Attacken geht es in erster Linie darum, den Schutz der Privatsphäre anderer zu verletzen und möglichst viele personenbezogene und vertrauliche Daten öffentlich zu machen. Man stelle sich also weiter vor, extremistische Gruppierungen tun sich zusammen, um ihre Opfer so im Netz vorzuführen und angreifbar zu machen. Auch solche Fragen des Opferschutzes scheinen nicht bedacht worden zu sein.
- c) Es besteht damit das Risiko, dass Nutzer, die rechtmäßige Inhalte einstellen, eingeschüchtert und möglicherweise von der Ausübung ihrer Meinungsäußerungsfreiheit abgehalten werden (u.a. durch das Spammen ihrer Kommunikationskanäle und durch das zuvor beschriebene Missbrauchspotential). Im Ergebnis bestraft das vorgesehene Gegenvorstellungsverfahren daher gerade diejenigen, die rechtmäßigen Gebrauch von ihrer Meinungsäußerungsfreiheit oder aber begründeten Gebrauch von den bestehenden Meldesystemen machen, während es denjenigen in die Hände spielt, die das Gegenteil tun, und die gerade der Grund für das NetzDG waren.

2. Erweiterung der Berichtspflichten (§ 2 Abs. 2 Nr. 12 und Nr. 13 RefE)

Der RefE sieht vor, dass Diensteanbieter Erkenntnisse darüber mitteilen, welche Gruppen von Nutzern durch rechtswidrige Inhalte besonders betroffen sind (§ 2 Abs. 2 Nr. 12), welche Gruppen von Nutzern rechtswidrige Inhalte besonders häufig teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich machen und ob und wie sich Nutzer zur Verbreitung von rechtswidrigen Inhalten abgestimmt haben (§ 2 Abs. 2 Nr. 13). Beweggrund dieses Regelungsentwurfs mag der Wunsch sein, mehr über die Hintergründe von Straftaten oder auch die Radikalisierung bestimmter Gruppen zu erfahren. Allerdings ist dieser gesetzgeberische Vorstoß unverhältnismäßig und ignoriert darüber hinaus den Umstand, dass viele Uploader anonym sind und gar nicht klar einer spezifischen Personengruppe zugeordnet werden können.

- a) Das Nachhalten solcher Informationen über Opfer und Täter setzt voraus, dass Diensteanbieter eine umfassende Überwachungsstruktur in Bezug auf das Nutzerverhalten installieren. Es müssten nicht nur Daten zum Nutzerverhalten gesammelt, sondern dieses müsste auch umfangreich ausgewertet werden. Die in den Nr. 12 und 13 thematisierten Informationen lassen sich ohne Eingriffe in die informationelle Selbstbestimmung und das Fernmeldegeheimnis der Nutzer (Uploader) und auch der von den Inhalten Betroffenen nicht bewerkstelligen. Die Anonymität von Online-Plattformen ermöglicht es ferner gefährdeten Nutzern, ihre Meinung zu äußern, ohne dass sie Angst vor direkten Angriffen und Missbrauch offline haben müssen (z.B. Minderheiten). Diese Überwachung träfe zudem jeden Nutzer, da potentiell jeder Teil einer „Gruppe“ oder Teil eines Abstimmungskomplots sein könnte.
- b) Dabei gibt der Entwurf nicht einmal vor, wie viele und welche Kategorien insoweit anzuwenden wären. Die vorgeschlagene Regelung ist schon vor dem Hintergrund des Bestimmtheitsgebots in Art. 20 Abs 3 GG bedenklich. Jeder Diensteanbieter könnte also abweichende Kriterien anlegen und abweichende „Gruppierungen“ vornehmen, so dass auch der informative Mehrwert derartiger Berichte in Frage steht.
- c) Problematisch ist weiter, dass Nutzer der Dienste von solchen Kategorien, der Eingruppierung von Inhalten und Personen oder ihrer eigenen Erfassung keine Kenntnis erlangen.
- d) Eingruppierungen können zudem zu Stigmatisierungen der Erfassten (oder nicht Erfassten) führen, gerade von Minderheiten. Auch daraus folgende Ungleichbehandlungen von „Gruppen“

sind absehbar – dabei sollte sich gesetzgeberisches Tätigwerden doch an dem Ziel orientieren, Benachteiligungen aus „Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen“¹³.

- e) Die für die Überwachung und Auswertung nötigen Eingriffe in die Rechte der Nutzer sind vor dem Hintergrund der DSGVO unzulässig. So dürfte bereits ein Verstoß gegen den datenschutzrechtlichen Grundsatz der Datenminimierung nach Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO vorliegen. Es ist auch nicht ersichtlich, wie die gewünschte Eingruppierung von Nutzern ohne die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten i.S.d. Art. 9 Abs. 1 DSGVO geschehen sollte (z.B. ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen, sexuelle Orientierung). Dienste der Informationsgesellschaft laufen somit Gefahr, sich in ihrem europäischen Herkunftsland der Ahndung von Datenschutzverstößen auszusetzen, um ein deutsches Gesetz umzusetzen. Ein absurdes und europarechtswidriges Ergebnis.
- f) Es ist zu befürchten, dass die geplanten Berichtspflichten Nutzer davon abhalten, sich der Öffentlichkeit mitzuteilen und ihre Inhalte auf Plattformen einzustellen. Das kann zu Einschränkungen der Meinungsfreiheit führen. Zudem könnten die geplanten Berichtspflichten zu einer Diskriminierung von bestimmten Gruppen der Bevölkerung beitragen – und zwar nicht nur im Hinblick auf unerwünschte Inhalte.
- g) Ein milderer und wahrscheinlich zielführenderes Mittel, um mehr über Hintergründe von Straftaten oder die Radikalisierung bestimmter Gruppen zu erfahren, wäre beispielsweise, wenn Anbieter über Trends und nennenswerte Ereignisse, wie z.B. gehäufte Meldungen zu bestimmten Inhalten, berichten.

3. Unterschiedliche Behandlung von Videosharingplattform-Diensten und sozialen Netzwerken (§ 3d bis § 3f RefE)

Die geplante Erweiterung des NetzDG auf Videosharingplattform-Dienste („VSP“) in den §§ 3d bis 3f RefE wirft weitere Fragen auf. Zwar müssen die Vorgaben der AVMD-RL umgesetzt werden. Allerdings offenbaren die geplanten Regelungen in §§ 3d bis 3f RefE bestehende Unzulänglichkeiten des NetzDG und führen zu Wertungswidersprüchen.

- a) Das NetzDG soll ausweislich § 3e Abs. 1 RefE im Grundsatz auch für VSP gelten, egal, ob sie beliebige Inhalte verbreiten oder spezifische. VSP werden somit grundsätzlich Anbietern sozialer Netzwerke gleichgestellt (soweit es die Umsetzung der AVMD-RL betrifft, bestehen Sonderregeln in § 3e Abs. 2 und Abs. 3 RefE). Somit wird der Anwendungsbereich des § 1 Abs. 1 NetzDG erheblich ausgeweitet.
- b) Eine eingeschränkte Anwendung ist für VSP angedacht, die im Inland weniger als zwei Millionen registrierte Nutzer haben, wenn sie ihren Sitz in der Bundesrepublik Deutschland haben (oder die BRD als Sitzland gilt, § 3e Abs. 2 RefE). Hinsichtlich dieser soll das Gesetz nur in Bezug auf bestimmte Inhalte gelten und es sollen nur bestimmte Pflichten bestehen (§ 3e Abs. 2 S. 2 und S. 3 RefE). Insofern ist eine Befreiung von der Berichtspflicht (§ 2), von der Pflicht zur unverzüglichen Mitteilung (§ 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1a), zur unverzüglichen Sperrung (§ 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 3), zur Dokumentation (§ 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 4), zur Kontrolle durch die Unternehmensleitung (§ 3 Abs. 4) sowie von der Meldepflicht an das BKA (§ 3a) vorgesehen. Im RefE heißt es zwar, dass kleinere Dienste von einer übermäßigen Belastung verschont bleiben sollten (vgl. S. 32); dabei wird allerdings übersehen, dass auch kleinere Anbieter im Kern die gesamte NetzDG-Infrastruktur vorhalten müssen, um die (verbleibenden) Pflichten des NetzDG zu erfüllen und sich nicht der Gefahr von Bußgeldern auszusetzen.

¹³ § 1 AGG; diese Grundsätze gelten auch im Bereich der Kultur, sofern dieser der Öffentlichkeit zur Verfügung steht, vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG.

- c) Sitzt der VSP im EU-Ausland, gäbe es für nutzergenerierte Videos mit Inhalten, die nach §§ 111, 130, 131, 140, 166 und 184b i.V.m. 184d StGB strafbar sind, keine Löschungspflicht (§ 3), keine Meldepflicht (§ 3a) und keine Berichtspflicht (§ 2) (es sei denn, es liegt eine einzelne Anordnung nach § 4a Abs. 2 RefE vor). Demgegenüber blieben alle gesetzlichen Pflichten für Inhalte erhalten, die nach §§ 86, 86a, 89a, 91, 100a, 126, 129 bis 129b, 185 bis 187, 201a, 241, 269 StGB strafbar sind. Laut Gesetzesbegründung stellt diese Differenzierung die Umsetzung von Art. 28b AVMD-RL des koordinierten bzw. nicht koordinierten Bereichs dar. Aus EU-rechtlicher Sicht ist diese Differenzierung aber unzutreffend, da das Herkunftslandprinzip in Bezug auf sämtliche Inhalte (und alle Diensteanbieter) gilt (siehe dazu unter III. 3. a.).

Diese (unzulässige) Differenzierung führt zu Wertungswidersprüchen: So würden z.B. VSP mit Sitz im EU-Ausland keinen Lösch- und Beweissicherungspflichten für kinderpornografische Inhalte unterliegen, wohingegen Beleidigungen der Nutzer untereinander vollumfänglich in den Pflichtbereich des NetzDG fielen.

Es ist ohnehin schon im Grundsatz problematisch, diese Diensteanbieter so unterschiedlich zu behandeln, da sie sämtlich Anbieter von Telemedien und überwiegend auch Hosting-Provider sind und Art. 14 ECRL eine einheitliche Behandlung vorsieht.

- d) Des Weiteren erschweren diese Unterscheidungen nach Herkunftsland- und Marktortprinzip für die Diensteanbieter den Aufbau eines effizienten und nachhaltigen Beschwerdeverfahrens für rechtliche Beschwerden. Denn Diensteanbieter unterliegen in jedem Fall Pflichten in Bezug auf *bestimmte* Inhalte, so dass sie eine umfassende Verwaltungsstruktur aufbauen müssen, selbst wenn sie nur für einen Teil der Straftatbestände des § 1 Abs. 3 NetzDG gelten. Es ist fraglich, ob derart komplexe und uneinheitliche Regelungen der Nutzerfreundlichkeit dienen. Je nachdem, welche Plattform ein Nutzer besucht, stehen ihm unterschiedliche Beschwerdemöglichkeiten für unterschiedliche Delikte zur Verfügung.

4. Evaluierung

Die Begründung zum geltenden NetzDG sieht eine Evaluierung des Gesetzes binnen drei Jahren nach seinem Inkrafttreten vor¹⁴. Die Bundesregierung soll umfassend prüfen, ob und inwieweit die beabsichtigten Wirkungen des Gesetzes mit Blick auf den Umgang mit Beschwerden erreicht wurden, sowie die Akzeptanz und Praktikabilität der Regelungen überprüfen. Sämtliche diesbezüglichen Erkenntnisse sollen durch das BMJV in einem Gesamtevaluierungsbericht zusammengeführt werden. Google hat zwei Evaluationsfragebögen¹⁵ erhalten und die Antworten Ende 2019 an die zuständigen Stellen übermittelt. Zu diesem Zeitpunkt war offenbar auch der vorliegende Referentenentwurf¹⁶ bereits geschrieben. Soweit bekannt liegen die Gutachten, die die Evaluierung abschließen sollen, bis heute nicht vor, sind jedenfalls noch nicht abgenommen worden. Es ist nicht nachvollziehbar, warum eine Änderung und sogar Erweiterung des NetzDG vor Abschluss der vorgeschriebenen Evaluierung auf den Weg gebracht wird, statt deren Ergebnisse abzuwarten, diese auszuwerten und bei einer Überarbeitung des Gesetzes zu berücksichtigen. Die Frage drängt sich auf, ob seitens der Verantwortlichen überhaupt ein ernsthaftes Interesse besteht, das NetzDG sinnvoll nachzubessern¹⁷. Es ist bemerkenswert, dass eine umfassende Gesetzesänderung vorgenommen wird, ohne die Gelegenheit zu nutzen, offensichtliche Unzulänglichkeiten des

¹⁴ BT-Drucks. 18/12356, S. 18.

¹⁵ Von Prof. Dr. Martin Eifert, LL.M., HU Berlin, der im Auftrag des BMJV eine Evaluierung des Gesetzes durchführt, sowie vom Statistischen Bundesamt.

¹⁶ Vgl. zum GBRH-E schon S. 5

https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/011720_Stellungnahme_google_RefE_Belaempfung-Rechtsextremismus-Hasskriminalitaet.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

¹⁷ Vgl. auch Wieduwilt, FAZ, 5.2.2020, <https://zeitung.faz.net/faz/wirtschaft/2020-02-05/43dc183e6217f777662f70e73d7aabab/?GEPC=s3>.

bestehenden Gesetzes zu beheben, zumal auf letztere bereits vielfach hingewiesen wurde¹⁸. Vielmehr würden mit dem vorliegenden Entwurf neue rechtliche und tatsächliche Probleme geschaffen, ohne die bekannten anzugehen.

¹⁸ Vgl. etwa Stellungnahme von Google vom 15. Mai 2019, <https://www.bundestag.de/resource/blob/642500/f7cbbae5c4c97e6c601049d4182e7eca/frank-data.pdf>.

III. Im Einzelnen zur Kritik am RefE

1. Der Bund hat keine Gesetzgebungskompetenz

Nach der Ordnung des Grundgesetzes sind Medien und Rundfunk Teil der Kulturhoheit und somit Sache der Länder. Auch die Aufsicht wird in Ländervorschriften geregelt. Im Lichte der durch Art. 5 GG geschützten Inhalts- und Meinungsvielfalt ist die Medienaufsicht „staatsfern“ organisiert¹⁹. Die Landesmedienanstalten sind auch für Telemedien zuständig²⁰.

Das NetzDG und nun auch der RefE betreffen daher Kernbereiche der Länderkompetenz, in dem die Länder ihre Gesetzgebungskompetenzen bereits ausüben – etwa durch den Staatsvertrag über Rundfunk und Telemedien (RStV) und den Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV). Diese (Länder-)Vorschriften enthalten schon Regelungen zu Anbietern von Telemediendiensten (wozu nach § 1 Abs. 1 NetzDG auch Anbieter sozialer Netzwerke und nun auch Videosharingplattformen gehören). Ebenfalls setzen die Länder die Vorgaben der AVMD-RL durch einen neuen Medienstaatsvertrag bis September 2020 in nationales Recht um. Vor diesem Hintergrund fehlt dem Bund die Gesetzgebungskompetenz (auch) für den vorliegenden Gesetzentwurf. Die anderweitigen Ausführungen im RefE zu Art. 74 GG überzeugen nicht:

- a) Der RefE beruft sich auf Seite 17 auf das Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG). Im RefE wird der Normbereich definiert, aber es wird nicht begründet, warum bzw. welcher Teil des Gesetzentwurfs unter die Norm zu fassen sei. Es folgen lediglich in zwei Sätzen Umstände, die „*unschädlich*“ sein sollen. Tatsächlich aber gibt Nr. 11 dem Bund vorliegend keine Gesetzgebungskompetenz, da die inhaltsbezogenen Prüf-, Lösch- und Berichtspflichten bezüglich als rechtswidrig gemeldeter Inhalte die inhaltliche Gestaltung des Prozesses der Meinungsbildung und Kommunikation über soziale Netzwerke betreffen. Die Vorgaben sollen Bedingungen für die Kommunikation in sozialen Netzwerken schaffen, das Gesetz soll der „*Verrohung der Debattenkultur in sozialen Netzwerken*“ entgegenwirken (vgl. RefE, S. 17). Dabei handelt es sich um eine originäre Aufgabe der Länder, die für die Einhaltung allgemeiner Gesetze für Kommunikations- und Informationsinfrastrukturen Sorge tragen²¹.
- b) Der RefE beruft sich auf Seite 17 weiter auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG (öffentliche Fürsorge). Auch dies überzeugt nicht. Nr. 7 meint Regelungen, die der kollektiven Unterstützung bei individueller Bedürftigkeit dienen, also dem Bild „klassischer Fürsorge“ entsprechen. Umfasst sein können zwar auch vorbeugende Maßnahmen zur Vermeidung von Einflüssen, die sich erfahrungsgemäß schädigend auf die geistige und seelische Entwicklung von Jugendlichen und Kindern auswirken²². Aber auch hier sind die Regelungen dem Kompetenzbereich zuzurechnen, mit dem sie in einem notwendigen Zusammenhang stehen²³. Gesetze, die vorrangig andere Ziele als den Jugendschutz verfolgen, fallen daher nicht unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG²⁴. Dies trifft auf die Regelungen des NetzDG zu, deren vorrangiger Zweck es ist, der „*Verrohung der Debattenkultur*“ in sozialen Netzwerken entgegenzuwirken (RefE, S. 17), was lediglich „*auch den Schutzzweck des Jugendmedienschutzes*“ berühren mag (vgl. RefE, S. 17). Die öffentliche Fürsorge für die Jugend ist weder der vornehmliche Schutzzweck des NetzDG²⁵ noch dieses RefE. Vielmehr heißt es auf Seite 31 des RefE sogar ausdrücklich: „*Zudem sollen – der bisherigen Systematik in Deutschland folgend – im NetzDG keine spezifischen Regelungen zum Schutz von Kindern und Jugendlichen erfolgen.*“
- c) Ebenso wenig nachvollziehbar beruft sich der RefE auf Seite 17 auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG (Bürgerliches Recht, Strafrecht) im Hinblick auf die Schlichtungsstelle sowie die

¹⁹ Vgl. *Paulus/Nölscher*, Rundfunkbegriff und Staatsferne im Konvergenzeitalter, ZUM 2017, 177 m.w.N.

²⁰ <https://www.die-medienanstalten.de/themen/programmaufsicht/>.

²¹ Vgl. dazu nur BVerfGE 8, 143, 149 f.; BVerfG NJW 2004, 750, 751.

²² Zur historischen Entwicklung BVerwGE 19, 94.

²³ Vgl. BVerfGE 109, 190; BVerwGE 19, 94.

²⁴ Vgl. *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 74, Rn. 115 f.; *Kalscheuer/Hornung*, NVwZ 2017, 1721, 1725.

²⁵ So auch *Kalscheuer/Hornung*, NVwZ 2017, 1721, 1725; *Heckmann/Wimmers*, CR 2017, 310, 311.

Bußgeldvorschrift. Das bürgerliche Recht i.S.d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG meint die Ordnung der Individualrechtsverhältnisse wie sie insbesondere das BGB regelt²⁶. Das NetzDG soll einer „Verrohung der Debattenkultur in sozialen Netzwerken“ (RefE, S. 17) entgegenzutreten, um den freiheitlich-demokratischen Kommunikationsprozess zu beeinflussen. Der nicht im Kern auf Rechtsverhältnisse zwischen Individuen ausgerichtete Zweck des NetzDG wird durch die in § 1 Abs. 3 aufgeführten Straftatbestände verdeutlicht, die sich vorrangig auf den Schutz des Staates einschließlich der öffentlichen Ordnung beziehen²⁷. Und selbst die einen Persönlichkeitsschutz begründenden §§ 185 ff. StGB werden im NetzDG nicht als Schutzgesetze herangezogen, auf die sich ein Individuum berufen kann, sondern sie dienen als Grundlage für bußgeldbewehrte Prüf- und Sperrpflichten der Anbieter sozialer Netzwerke im Verhältnis zum Staat (vgl. § 4)²⁸. Normen des Zivilrechts werden also nicht einmal formell als Maßstab der Rechtswidrigkeit von Äußerungen genannt. Im Übrigen geht es um spezifische Rechts-, insbesondere Verfahrenspflichten, die Anbietern sozialer Medien auferlegt werden. Damit liegt der Schwerpunkt der Regelung im Medienrecht und nicht im bürgerlichen Recht. Die Normen des NetzDG sind auch nicht dem Gebiet des Strafrechts i.S.d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zuzuordnen. Zwar können hierzu grundsätzlich auch Regelungen des Ordnungswidrigkeitenrechts zählen²⁹. Allerdings gilt § 4 NetzDG der Durchsetzung der Verpflichtungen aus § 2, 3, 5 NetzDG und ist damit eine unselbständige Sanktionsnorm. Das Ordnungswidrigkeitenrecht ist lediglich ein Mittel zur Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung, was kein eigenständiger Kompetenzbereich ist; vielmehr sind die Normen dann dem Sachbereich zuzurechnen, zu dem sie in einem notwendigen Zusammenhang stehen³⁰.

2. Der Bund ist nicht befugt, das Bundesamt für Justiz als Aufsichtsbehörde zu installieren (RefE § 4a)

a) Der Bund hat keine Verwaltungskompetenz

Die Grenzen der Gesetzgebungskompetenz bestimmen auch die Grenzen der Verwaltungskompetenz³¹. Daher ist es nicht zulässig, wenn der Bund mit dem Bundesamt für Justiz (BfJ) eine Bundes(ober)behörde installiert, um die Verwaltung eines Bereichs vorzunehmen, für den die Gesetzgebungskompetenz bei den Ländern liegt.

Schon § 4 Abs. 4 NetzDG, nun aber insbesondere auch § 4a des RefE verstoßen gegen diese Kompetenzverteilung nach Art. 83 ff. GG. Auch hier ist zu berücksichtigen, dass RStV und JMStV bereits die Zuständigkeit zur Überwachung von Inhalten in Telemedien sowie verwaltungsrechtliche Maßnahmen regeln, um die Entfernung unzulässiger Inhalte durchzusetzen und Diensteanbieter mit Bußgeldern zu sanktionieren. Die Zuständigkeit des BfJ gemäß § 4 NetzDG führt zu einer unzulässigen Doppelzuständigkeit³², die mit Art. 83 GG nicht in Einklang zu bringen ist. Die angebliche Beschränkung der Befugnisse (vgl. so: RefE, S. 34) ergibt sich aus dem Gesetz nicht.

Der RefE legt dar (S. 20 ff.), dass ein erheblicher Erfüllungsaufwand der Verwaltung entsteht und rechnet mit 33 benötigten Arbeitskräften. Mit Blick auf das Ziel des NetzDG, (Hass-)Kriminalität im Netz zu bekämpfen und einzudämmen, erschiene es sinnvoller, die geplanten Aufwände in die bereits zuständigen und mit solchen Materien befassten Länderstellen zu investieren.

²⁶ Vgl. BVerfGE 42, 20, 31.

²⁷ Vgl. Gersdorf, MMR 2017, 439, 440.

²⁸ Vgl. *Feldmann*, K&R 2017, 292, 293.

²⁹ Vgl. BVerfGE 85, 134, 142.

³⁰ Vgl. BVerfGE 8, 143, Tz. 13, zitiert nach juris.

³¹ Vgl. BVerfGE 15, 1, 16; BVerfGE 78, 374, 386; BVerfGE 102, 167, 174.

³² Mit dem JuschGÄndG-Entwurf vom 10.02.2020 kommt für Anbieter von Telemedien nun eine weitere Aufsichtsbehörde hinzu. Da absehbar ist, dass die Anwendungsbereiche der Gesetze Schnittmengen haben (allein schon wegen der fehlenden Bestimmtheit vieler ihrer Regelungen), bestünde dann eine Dreifachzuständigkeit. Dies führt jedenfalls zu einem Anstieg von Rechtsunsicherheit und damit möglicherweise zu Marktzutrittsschranken.

b) Verstoß gegen den Grundsatz der Staatsfreiheit

Die Installation des BfJ als Aufsichtsbehörde verstößt aber auch gegen den Grundsatz der Staatsfreiheit.

- aa) Der Schutz von Meinungs Austausch und Kommunikation ist grundrechtlich in Art. 5 GG verankert. Die Verfassung schützt die freie individuelle und öffentliche Meinungsbildung in einem umfassenden Sinne³³; diesem Schutz unterstehen daher nicht nur subjektive Rechte des Einzelnen, sondern Art. 5 GG normiert ein objektives Prinzip der Gesamtrechtsordnung. Geschützt sind auch Tätigkeiten, die zur Informationsübermittlung und -verbreitung beitragen, was die Vermittlung meinungsrelevanter Inhalte Dritter einschließt³⁴. Es dürfte unbestritten sein, dass Telemediendienste (insbesondere soziale Netzwerke und Videosharingplattformen) von wesentlicher Bedeutung für den meinungsbildenden Diskussionsprozess sind. Sie erfüllen anders als der Rundfunk oder die Presse zwar keine inhaltsbezogene Aufgabe, allerdings eröffnen sie – inhaltsneutral – die Möglichkeit freier, öffentlicher und individueller Meinungsbildung, sie eröffnen einen in seiner Inklusivität und Pluralität nach Teilnehmern, Themen und Kommunikationsformen neuartigen Kommunikationsraum, der mittlerweile von der überwiegenden Zahl der Bundesbürger umfangreich zur Meinungsäußerung und -verbreitung ebenso wie zur Information genutzt wird. Dieser Nutzen ist zu schützen – wenngleich einem Missbrauch dieser Freiheiten entschieden zu begegnen ist, wofür sich auch Google seit jeher einsetzt.
- bb) Die Medienaufsicht durch die Landesmedienanstalten zeichnet sich durch eine staatsferne Organisation aus. Der Grundsatz der Staatsfreiheit wurde in Bezug auf die Medienfreiheiten der Massenmedien entwickelt, weil diese vorrangig in der Lage waren, Öffentlichkeit herzustellen. Ihre Funktion der Kritik und Kontrolle auch politischer Entscheidungsträger kann allein durch einen entsprechenden Distanzschutz gewährleistet werden. „Staatsfreiheit“ bedeutet also, dass die öffentliche Gewalt nicht die Freiheit von Informations- und Kommunikationsprozessen beschränken darf, die Bedeutung für eine freie, individuelle und öffentliche Meinungsbildung haben und deren Schutz die Garantien des Art. 5 Abs. 1 GG dienen. Unter dem Grundsatz der Staatsfreiheit steht bei sozialen Netzwerken die Förderung und Sicherung eines freien Meinungsbildungsprozesses im Vordergrund, also nicht eine durch Regulierung gesicherte Ausgewogenheit, sondern die staatsfreie Pluralität zur Weiterentwicklung der öffentlichen Debatte. Im Grundsatz bedeutet dies, dass staatlich veranlasste Interventionen unterbleiben und dass eine Kontrolle von Inhalten erst *ex post* staatlichen Gerichten vorbehalten bleibt.
- cc) Entsprechend ist nach geltendem Recht eine „Aufsicht“ sozialer Netzwerke nicht vorgesehen, denn soweit § 59 RStV Aufsichts befugnisse über Telemedien regelt, sind diese schon nach ihrem Adressaten beschränkt. Die Befugnisse nach § 59 Abs. 3 RStV gelten nur für solche Telemedien, die für ihre eigenen Inhalte i.S.v. § 7 Abs.1 TMG verantwortlich sind³⁵; eine inhaltsbezogene Regulierung ist dem Grundsatz gemäß zudem regelmäßig den Landesmedienanstalten als staatsfernen Institutionen überantwortet worden. Gleiches gilt für spezifische, in den JMStV aufgenommene Strafnormen. Bei vielen Anbietern sozialer Netzwerke handelt es sich zwar um Telemedien; aber viele sind nicht gemäß § 7 Abs. 1 TMG für „eigene“ Inhalte verantwortlich, sondern vielmehr Diensteanbieter von fremden Inhalten, für die die Regelung in § 10 TMG zur Anwendung kommt. Damit gelten nach § 59 Abs. 4 RStV für sie nur äußerst begrenzte Aufsichts befugnisse und eine nur subsidiäre Inanspruchnahme.
- dd) Diese geltenden Prinzipien würden mit der durch § 3 Abs. 5 und §4a RefE vorgesehenen Überwachung der sozialen Netzwerke ignoriert, geht es darin doch letztlich um die Kontrolle individueller Meinungsäußerungen der Internetnutzer in Form einer „Überwachung“ der Ausführung der den Diensteanbietern auferlegten „Aufsicht“ über die Nutzer, die von ihrer

³³ Vgl. BVerfGE 57, 295, Tz. 85 – *Privatfunk Saarland*, zitiert nach juris; BVerfGE 12, 205, 260 – *Deutschland-Fernsehen*; BVerfGE 31, 314, 326 – *Umsatzsteuer*; BVerfGE 35, 202, 222 f. – *Lebach*.

³⁴ Vgl. BVerfG NJW-RR 2010, 470 Tz. 58; BVerfG NJW 2005, 1341, 1342.

³⁵ Vgl. *Schulz*, in: Binder/Vesting, Rundfunkrecht, § 59 RStV Rn. 57 ff.

individuellen Meinungsfreiheit Gebrauch machen. Mit dieser Überwachung wird die Freiheit der nach Art. 5 GG geschützten Informations- und Kommunikationsprozesse beschränkt. Darin liegt ein Verstoß gegen den Grundsatz der Staatsfreiheit. Diese staatlich veranlasste Intervention in den Meinungsbildungsprozess in sozialen Netzwerken erfährt eine besondere Schärfe durch die drohenden Bußgeldsanktionen.

c) § 4a RefE verstößt gegen AVMD-RL

Man braucht aber die verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht zu bemühen, um zur Unzulässigkeit des § 4a RefE zu gelangen. Soweit es im RefE auf Seite 34 heißt, dass die Schaffung einer Aufsichtscompetenz zugleich der Umsetzung von Art. 28b Abs. 5 AVMD-RL diene, trifft dies nicht zu. Im Gegenteil werden die Vorgaben der AVMD-RL nicht umgesetzt, so dass der RefE Europarecht (auch) in dieser Hinsicht verletzt.

- aa) Art. 28b Abs. 5 AVMD-RL fordert von den Mitgliedstaaten, *„die erforderlichen Mechanismen zur Beurteilung der Angemessenheit der in Absatz 3 genannten Maßnahmen der Video-Sharing-Plattform-Anbieter [zu schaffen]. Die Mitgliedstaaten betrauen die nationalen Regulierungsbehörden oder -stellen mit der Beurteilung dieser Maßnahmen.“* Art. 30 Abs. 1 S. 2 AVMD-RL verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, dass diese Regulierungsstellen *„rechtlich von Regierungsstellen getrennt und funktionell unabhängig von ihren jeweiligen Regierungen und anderen öffentlichen oder privaten Einrichtungen sind.“* Diesbezüglich heißt es in Erwägungsgrund (53) der Richtlinie: *„Die Mitgliedstaaten sollten sicherstellen, dass ihre nationalen Regulierungsbehörden oder -stellen rechtlich von der Regierung getrennt sind. Dies sollte die Mitgliedstaaten jedoch nicht daran hindern, die Aufsicht im Einklang mit ihrem nationalen Verfassungsrecht auszuüben. Es sollte davon ausgegangen werden, dass die nationalen Regulierungsbehörden oder -stellen den geforderten Grad an Unabhängigkeit erreicht haben, wenn diese Behörden oder Stellen – einschließlich derjenigen, die als staatliche Behörden oder Stellen errichtet sind – funktionell und tatsächlich unabhängig von ihren jeweiligen Regierungen und von anderen öffentlichen oder privaten Einrichtungen sind. Dies wird als unabdingbar erachtet, um die Unparteilichkeit der Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörde oder -stelle zu gewährleisten.“*
- bb) Das ist mit dem Bundesamt für Justiz (BfJ) (vgl. § 4a RefE, § 4 NetzDG) nicht gewährleistet. Das BfJ ist eine Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des BMJV. Die Behörde wurde mit dem Gesetz zur Errichtung und zur Regelung der Aufgaben des Bundesamts für Justiz errichtet und dem (damaligen) Bundesministerium der Justiz unterstellt³⁶. Sie ist zwar als „selbständige Bundesoberbehörde“ i.S.d. Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG errichtet; „selbständig“ bedeutet insoweit aber allein eine organisatorische Selbständigkeit. Das BfJ hat keine eigene Rechtspersönlichkeit; es ist als Bundesoberbehörde dem BMJV nachgeordnet und weisungsunterworfen und somit an die Weisungen des Ministeriums als Teil der Regierung gebunden. Eine unabhängige Stelle, wie von der AVMD-RL vorgesehen, ist das BfJ nicht.

3. Der Referentenentwurf verstößt in mehrerlei Hinsicht gegen Europarecht

Verstöße gegen das Europarecht, die schon dem NetzDG anhaften, bestehen im Referentenentwurf fort. Insbesondere wird das Herkunftslandprinzip des Art. 3 der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr (ECRL) missachtet, wenn Diensteanbieter, egal in welchem europäischen Land diese niedergelassen sind, Prüfungs- und Meldepflichten nach deutschem Recht haben sollen (**lit. a.**). Ebenso wird die Bedeutung der Verantwortlichkeitsverteilung nach Art. 14 und 15 ECRL verkannt, indem eine weitgehende Prüfungspflicht nach strafrechtlichen Maßstäben eingeführt wird, ohne dass der Diensteanbieter tatsächlich Kenntnis von der Rechtswidrigkeit von Inhalten haben muss (**lit. b.**). Zudem verstößt der RefE gegen Art. 15 Abs. 1 ECRL (**lit. c.**).

³⁶ BT-Drucks. 16/1827; 15.06.2006, v.a. S. 11.

a) Herkunftslandprinzip nach Art. 3 der ECRL

Das NetzDG in der geltenden Fassung vom 01.09.2017 berücksichtigt bis heute nicht das Herkunftslandprinzip nach Art. 3 Abs. 2 ECRL. Die Bundesregierung ging im Gesetzgebungsverfahren davon aus, dass für alle sozialen Netzwerke mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat trotz des Herkunftslandprinzips pauschal die Pflichten und Bußgeldsanktionsmöglichkeiten des NetzDG Anwendung finden³⁷. Für dieses so genannte „Marktortprinzip“ wurde sich auf eine Ausnahme nach Art. 3 Abs. 4 a) Ziff. i ECRL berufen³⁸ und dabei verkannt, dass die Ausnahme nur Maßnahmen für den Einzelfall gegen einen „bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft“ vorsieht. Selbst wenn man diese Ausnahme als einschlägig erachten wollte, gälten Konsultations- und Mitteilungspflichten nach Art. 3 Abs. 4 b) ECRL, denen die Bundesrepublik Deutschland nicht nachgekommen ist³⁹.

Anders als von der Bundesregierung angenommen erlaubt die Ausnahme vom Herkunftslandprinzip nicht die pauschale Anwendung abstrakt-genereller Gesetzesregelungen gegen eine Vielzahl von Diensteanbietern, wie sie im NetzDG gegenständlich sind. Dass Art. 3 Abs. 4 a) Ziff. i ECRL nur im Einzelfall Maßnahmen gegen einen bestimmten Diensteanbieter ermöglicht, entspricht der ausdrücklichen Auslegung der EU-Kommission [KOM(2003) 259 endg. v. 14.5.2003, S. 2 f.] und der einhelligen deutschen Rechtsliteratur⁴⁰. Nur im Sinne der einzelfallorientierten Auslegung der EU-Kommission bleibt das europarechtliche Kernprinzip, dass Diensteanbieter nur der Rechtshoheit des Niederlassungsortes in einem EU-Mitgliedstaat unterworfen sein sollen, gewahrt.

Mit dem jetzt im RefE vorgeschlagenen § 3e wird in Absatz 3 zumindest für Videosharingplattform-Dienste wie YouTube eingeräumt, dass das Herkunftslandprinzip nach Art. 3 Abs. 2 ECRL anzuwenden ist mit der Folge, dass für Diensteanbieter mit Sitzland in einem anderen EU-Mitgliedstaat *im harmonisierten Bereich der AVMD-RL* das NetzDG nicht generell gilt. Insoweit wird nunmehr ausdrücklich geregelt, dass eine Pauschalgeltung des NetzDG nach dem sogenannten „Marktortprinzip“ gerade nicht auf die Ausnahme des Art. 3 Abs. 4 ECRL gestützt werden kann. Vielmehr erfolgt hiernach die Anwendung gemäß der Ausnahme nach Art. 3 Abs. 4 und 5 ECRL unionsrechtskonform nur im Einzelfall unter den Voraussetzungen und Pflichten der Unterrichtung gegenüber der EU-Kommission, wenn eine Anordnung des BfJ vorliegt. In der Begründung des Entwurfs wird insoweit einerseits zutreffend Bezug genommen auf Art. 28a Abs. 5 AVMD-RL (RefE, S. 32), der auf die Geltung des Herkunftslandprinzips nach Art. 3 ECRL verweist; andererseits aber weiterhin nicht zutreffend behauptet, § 3 Abs. 4 ECRL würde in Form von „Compliance-Pflichten“ hiervon eine generelle Ausnahme erlauben (RefE, S. 18).

Es ist nicht nachvollziehbar, warum das BMJV das Herkunftslandprinzip nach Art. 3 Abs. 2 ECRL und seine engen Einzelfall-Ausnahmen nach Art. 3 Abs. 4 ECRL nunmehr nur bei Videosharingplattform-Diensten und zwar nur bezogen auf die in § 3e Abs. 2 S. 2 RefE genannten, AVMD-RL-harmonisierten Inhalte beachtet. Art. 28a Abs. 5 AVMD-RL erstreckt für Videosharingplattform-Dienste zwar die Geltung ausdrücklich auf das Herkunftslandprinzip nach Art. 3 ECRL. Es ist aber deutlich darauf hinzuweisen, dass das Herkunftslandprinzip ohnehin bereits für alle Sozialen Netzwerke unmittelbar und umfassend gilt. Denn Soziale Netzwerke sind „Dienste der Informationsgesellschaft“ im Sinne von Art. 2 a) ECRL und fallen – auch nach Auffassung der Bundesregierung⁴¹ – in den koordinierten Bereich. Auch die

³⁷ Zur entsprechenden geplanten Regelung in Frankreich äußerte sich die Kommission in der o.g. Stellungnahme ebenfalls sehr kritisch, C(2019) 8585 final, 22.11.2019, S. 3 ff., <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2019/EN/C-2019-8585-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>.

³⁸ BT-Drucks. 18/12356, S. 14

³⁹ Vgl. zu Notifizierungs- und Mitteilungspflichten nach Art. 3 ECRL weiter Liesching, 11.02.2020, <https://community.beck.de/2020/02/11/gilt-das-netzdg-fuer-facebook-youtube-und-twitter>, m.w.N.

⁴⁰ vgl. z.B. Eifert, in: Eifert/Gostomzyk, Netzwerkrecht, 2018, 9, 24; Liesching, in: Spindler/Schmitz, TMG – Kommentar, 2. Aufl. 2019, § 1 NetzDG Rn. 13 ff.; Marly in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 20. Aufl. 2009, Art. 3 ECRL Rn. 21 ff. Nordmeier in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Teil 12 § 3 Rn. 27 f.; Wimmers/Heymann, AfP 2017, 93, 96 f.

⁴¹ vgl. BT-Drucks. 18/12356, S. 14

deutsche Umsetzung des Herkunftslandprinzips in § 3 Abs. 5 TMG gilt unterschiedslos für alle sozialen Netzwerke und nicht nur für Videosharingplattform-Dienste.

Daher ist es unionsrechtlich zwingend, dass sich die Bundesregierung widerspruchsfrei für alle sozialen Netzwerke zu dem seit langem im Unionsrecht verankerten Herkunftslandprinzip als Grundpfeiler und Kernprinzip für einen starken und für Diensteanbieter rechtssicheren Wirtschaftsstandort der Europäischen Union bekennt und die Vorgaben des Art. 3 Abs. 2 ECRL einschließlich der Einzelfall-Ausnahmen konsistent beachtet. Das Herkunftslandprinzip des Art. 3 ECRL gilt nicht nur wegen der Verweisung in Art. 28a Abs. 5 AVMD-RL für Videosharingplattform-Dienste, sondern generell für alle sozialen Netzwerke und auch außerhalb von nach der AVMD-RL harmonisierten Inhalten. Daher bedarf es für alle sozialen Netzwerke eine richtlinienkonforme Anwendung des Art. 3 Abs. 4 ECRL (bzw. § 3 Abs. 5 TMG).

Vor diesem Hintergrund muss bereits in der allgemeinen Geltungsbereichsnorm des § 1 NetzDG klargestellt werden, dass bei „Sozialen Netzwerken, bei denen gemäß § 2a TMG-E ein anderer Mitgliedstaat als die Bundesrepublik Deutschland Sitzland ist oder als Sitzland gilt, die Vorschriften des NetzDG nur auf der Grundlage und im Umfang einer Anordnung nach § 4a Abs. 2 Anwendung finden, soweit die Voraussetzungen des § 3 Abs. 5 des TMG erfüllt sind.

b) Art. 14 der ECRL

Die vor dem Hintergrund der ECRL bereits mehrfach geäußerte Kritik an den Vorgaben zur Sperrung bzw. Löschung von Inhalten in § 3 Abs. 2 NetzDG muss aufrecht erhalten werden. Die hier vorgesehenen starren Fristen übersteigen die Festlegungen zur Verantwortlichkeit der Diensteanbieter aus Art. 14 Abs. 1 ECRL⁴², nicht etwa „orientiert“ (so RefE, S. 18) sich das NetzDG an diesen. Eine Haftungsverschärfung der Diensteanbieter wird von der vollharmonisierenden Richtlinie allerdings nicht gestattet und ist deshalb unionsrechtswidrig.

- aa) Art. 14 Abs. 1 ECRL verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, durch innerstaatliches Recht sicherzustellen, dass der Diensteanbieter ohne Verantwortung für Nutzerinhalte bleibt, wenn er (lit. a.) entweder keine tatsächliche Kenntnis von der rechtswidrigen Information hat oder (lit. b.) nach Kenntniserlangung unverzüglich tätig wird. Die Richtlinie berücksichtigt durch Vorgabe dieser Verantwortlichkeitsbeschränkungen die Inhaltsferne, in welcher der Diensteanbieter zu den hochgeladenen Inhalten steht und markiert eine eindeutige Verantwortungsgrenze. Damit wird auch der Notwendigkeit einer Vereinheitlichung der Haftungsstandards in Europa Rechnung getragen (dazu Erwägungsgrund (40) der ECRL).
- bb) Demgegenüber verschärft die Formulierung starrer Fristen in § 3 Abs. 2 Nr. 2 Halbsatz 1 (24 Stunden), Nr. 3 Halbsatz 1 (sieben Tage) NetzDG die Haftung der Diensteanbieter in europarechtswidriger Weise und fördert zudem übermäßige Löschungen bzw. Sperrungen⁴³. Art. 14 Abs. 1 lit. b) ECRL verzichtet wegen der damit verbundenen praktischen Unmöglichkeiten auf präzise Zeitangaben. Stattdessen soll die Verantwortlichkeit des Diensteanbieters erst dann beginnen, wenn dieser Kenntnis erlangt hat und nicht „unverzüglich“ tätig wird. Das NetzDG missachtet diese Vorgaben in zweierlei Hinsicht: Mit Verwendung des Wortes „unverzüglich“ wird in der ECRL dem Umstand Rechnung getragen, dass die Komplexität und damit der Umfang einer Beschwerdeprüfung stark vom Einzelfall abhängen. Die starren Fristen aus dem NetzDG ignorieren diese Einsicht und fördern

⁴² Vgl. dazu bereits Stellungnahme von Google und YouTube vom 30.03.2017, S. 30 ff., https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2017/Downloads/03302017_Stellungnahme_google_youtube_RefE_NetzDG.pdf;jsessionid=238D90DC6C09F326CACB2F5D2C9E01A8.1_cid289?blob=publicationFile&v=2; sowie Stellungnahme von Google vom 15. Mai 2019, <https://www.bundestag.de/resource/blob/642500/f7cbbae5c4c97e6c601049d4182e7eca/frank-data.pdf>; vgl. dazu auch die Kommission im Hinblick auf einen Gesetzesentwurf aus Frankreich, der Sperrungen binnen 24 Stunden vorsieht, C(2019) 8585 final, 22.11.2019, S. 5 ff., <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2019/EN/C-2019-8585-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>; insbesondere wurden die Chilling Effects auf die Meinungsfreiheit hervorgehoben (S. 7).

⁴³ Dazu bereits ausführlich in der Stellungnahme von Google und YouTube vom 30.03.2017, S. 30 ff., 34 ff., a.a.O.).

stattdessen unrechtmäßige Löschungen bzw. Sperrungen⁴⁴. Zudem formuliert die Richtlinie ausdrücklich keinen Zeitrahmen, binnen dessen die Löschung bzw. Sperrung erfolgt sein muss, sondern hält den Diensteanbieter lediglich dazu an, „unverzüglich tätig“ zu werden. Auch in dieser Dimension verschärft das NetzDG mit seinen Fristen, die an den Eintritt des Erfolgs anknüpfen, in unzulässiger Weise die Richtlinienvorgaben. Entsprechendes gilt für die Verpflichtung in § 3 Abs. 2 Nr. 1, „unverzüglich von der Beschwerde Kenntnis“ zu nehmen – hier löst sich das NetzDG vollends vom Anknüpfungspunkt der ECRL⁴⁵. Die Folge ist, dass die Provider insbesondere angesichts des hohen Sanktionsrisikos eher geneigt sein werden, Inhalte zu sperren, auch wenn sie - mangels hinreichend konkreter Inkenntnisetzungen über Inhalte und deren Rechtswidrigkeit - noch keine sichere Kenntnis der Rechtswidrigkeit von Inhalten haben. Auch insoweit verstößt das NetzDG gegen Art. 14 der ECRL.

c) Art. 15 der ECRL

Der RefE begründet auch einen Verstoß gegen Art. 15 ECRL. Dieser besagt: „Die Mitgliedstaaten erlegen Anbietern von Diensten im Sinne der Artikel 12, 13 und 14 keine allgemeine Verpflichtung auf, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder aktiv nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen.“ Eine solche Pflicht führte der RefE ausdrücklich jedenfalls mit § 3e Abs. 4 ein. Denn danach ist ein Videosharingplattform-Dienst im Hinblick auf nutzergenerierte Videos und Sendungen i.S.d. § 3e Abs. 2 S. 2 RefE verpflichtet, „mit seinen Nutzern wirksam zu vereinbaren, dass diesen die Verbreitung der in Abs. 2 S. 2 genannten nutzergenerierten Videos und Sendungen verboten ist. Er ist verpflichtet, ein wirksames Verfahren vorzuhalten, mit dem er die Einhaltung dieser Vereinbarungen durch die Nutzer kontrollieren und sicherstellen kann.“ Wenn der Diensteanbieter verpflichtet ist, Vereinbarungen mit seinen Nutzern in Bezug auf bestimmte Inhalte zu treffen und die Einhaltung der Vereinbarung mit „wirksamen Verfahren“ zu kontrollieren, schafft der RefE Pflichten zum aktiven Überwachen sämtlicher Inhalte, kurz Filterpflichten, durch die Hintertür. Solche Filterpflichten sind aber nach Art. 15 Abs. 1 ECLR unzulässig⁴⁶. Dies statuiert ausdrücklich auch Art. 28b Abs. 3, 2. Unterabsatz AVMD-RL.

Außerdem wäre eine Filterverpflichtung schon aus praktischen Gründen nicht umfassend möglich. Soweit technische Dienstleister sich schon heute freiwillig bestimmter Maßnahmen bedienen, um insbesondere kinderpornographische Inhalte aus den Diensten zu entfernen, hängt dies mit den in den Inhalten oft enthaltenen Bilddateien zusammen, die einer Analyse von Hash-Werten von zuvor identifizierten Inhalten zugänglich und so technisch auffindbar sind. Das ist bei auslegungsbedürftigen, kontextbezogenen Inhalten nicht denkbar, zumal deren Überprüfung einer Abwägung aller Umstände des Einzelfalls (etwa inkl. Begleittexten) bedarf⁴⁷.

4. Erweiterung der Berichtspflichten (betrifft § 2 NetzDG)

Der Referentenentwurf enthält in § 2 Abs. 2 eine wesentliche Ausweitung der Pflichten von Anbietern sozialer Netzwerke. Diese Regelungen des RefE sind mit verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Grundfreiheiten (hier: besonders im Hinblick auf Art. 2 Abs. 1, Art. 12, Art. 14, Art. 3 GG sowie Art. 7, 8, 16 GRCh) nicht zu vereinbaren. Im Einzelnen:

⁴⁴ Vgl. bereits Stellungnahme von Google vom 15. Mai 2019,

<https://www.bundestag.de/resource/blob/642500/f7cbbae5c4c97e6c601049d4182e7eca/frank-data.pdf>

⁴⁵ Die Kommission erachtet es in ihrer Stellungnahme als kritisch, wenn die Diensteanbieter verpflichtet werden, die Inhalte selbst unter Tatbestände zu subsumieren und somit prüfen zu müssen, ob und wenn ja unter welcher nationalen Rechtsvorschrift ein Inhalt unzulässig ist, vgl. C(2019) 8585 final, 22.11.2019, S. 6, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2019/EN/C-2019-8585-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>.

⁴⁶ Vgl. vgl. dazu auch die Kommission im Hinblick auf einen Gesetzesentwurf aus Frankreich, der Sperrungen binnen 24 Stunden vorsieht, C(2019) 8585 final, 22.11.2019, S. 7 ff., <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2019/EN/C-2019-8585-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>.

⁴⁷ Vgl. auch dazu die Stellungnahme der Kommission, S.8.

a) **Die erweiterten Berichtspflichten fördern kein konkretes Ziel**

Die geplante Neubestimmung der Berichtspflichten zwingt die Anbieter sozialer Netzwerke zu einem erheblichen organisatorischen Mehraufwand, ohne dass die Begründung einen damit verbundenen Mehrwert erläuterte. Ein solcher ist auch nicht erkennbar. Zwar widmet sich das NetzDG insgesamt mit der „*Bekämpfung strafbarer Hassrede*“ (RefE, S. 1) einem förderungswürdigen Zweck. Die im Einzelnen zukünftig geforderten Informationen allerdings tragen hierzu nichts bei. In diesem Punkt bleibt die Entwurfsbegründung vage und zieht sich darauf zurück, dass „*die Reaktionen auf die Berichte [...] gezeigt [hätten], dass Informationsgehalt und Vergleichbarkeit erhöht werden müssen*“ (RefE, S. 14) und „*Ergänzungen der Informationspflichten [...] [erforderlich seien,] um den Informationsgehalt und die Vergleichbarkeit der Transparenzberichte zu erhöhen*“ (RefE, S. 2). Die geplante Verschärfung wird also entweder gar nicht oder nur mit ihrer verschärfenden Wirkung begründet. Anstatt zu erkennen, dass die Vergleichbarkeit der Transparenzberichte naturgemäß schon aufgrund unterschiedlicher Dienste und Prozesse der Anbieter begrenzt ist, und entsprechende Regelungen zur Vereinheitlichung zu treffen, sollen nun weitere Pflichten eingeführt werden, die an ähnlichen Mängeln (insbesondere der Unbestimmtheit) leiden wie schon das geltende NetzDG:

- aa) Mit § 2 Abs. 2 **Nr. 2** RefE sollen Anbieter sozialer Netzwerke über Art, Reichweite und Funktionsweise von eingesetzter Inhalteerkennungstechnologie berichten. Der hieraus sprechende Wunsch, etwaig eingesetzte Verfahren besser zu verstehen, mag nachvollziehbar sein. Weder dieses Bedürfnis noch ein vermeintliches „*gesamtgesellschaftliches Interesse an Hintergrund und Funktionsweise*“ (RefE S. 23) können den damit verbundenen Eingriff in Geschäftsgeheimnisse und weitere grundrechtlich geschützte Positionen der Diensteanbieter allerdings rechtfertigen. Denn die Offenlegung etwaiger unternehmenseigener Technologien fördert nicht die Eindämmung rechtswidriger Inhalte in sozialen Netzwerken; im Gegenteil würde auf diese Weise rechtsbruchgeneigten Nutzern eine Umgehung etwaig eingesetzter Technologien sogar noch erleichtert.

Überdies dürfen Diensteanbieter weder nach dem NetzDG noch sonst dazu verpflichtet werden, Inhalte ihrer Nutzer proaktiv zu filtern, Art. 15 Abs. 1 ECRL, § 7 Abs. 2 TMG. In dieser Hinsicht kann deshalb schon das vorgebliche Ziel, „*mehr Klarheit über die Anwendung des NetzDG*“ (RefE S. 14) zu schaffen, nicht erreicht werden. Denn der Einsatz der angesprochenen Technologie gehört nicht zur Regelungsmaterie des NetzDG; die Auskunft hierüber kann deshalb nicht zur Klarheit über die Anwendung des NetzDG beitragen. Zudem kann die geforderte Berichtspflicht in tatsächlicher Hinsicht nicht sinnvoll umgesetzt werden, da ein „*Universalkonzept*“ für die Veröffentlichung und Transparenz solcher Verfahren nicht existiert. Etwaig eingesetzte Verfahren können sich von Unternehmen zu Unternehmen unterscheiden. Eine Erhöhung der Aussagekraft der Transparenzberichte dürfte deshalb mit dem Änderungsentwurf nicht einhergehen.

- bb) Mit § 2 Abs. 2 **Nr. 3** RefE soll künftig noch detaillierter Auskunft über den Ablauf des Beschwerde- und Prüfungsverfahrens gegeben werden. Unter anderem müsste darüber informiert werden, ob der beanstandete Inhalt mit den netzwerkeigenen Community-Standards zuerst und erst anschließend mit den Straftatbeständen aus § 1 Abs. 3 NetzDG abgeglichen wurde oder andersherum. Unter keinem in Betracht kommenden Gesichtspunkt erlaubt die Kenntnis dieses Umstands jedoch Schlussfolgerungen, mithilfe derer die Bekämpfung rechtswidriger Inhalte gefördert werden kann. Diese neue Vorgabe steht exemplarisch für die in keiner Hinsicht zielführende verwaltungstechnische Mehrbelastung der Gesetzesadressaten. Derselben Kritik muss sich auch die geplante Neuregelung in § 2 Abs. 2 **Nr. 8** RefE stellen.

- cc) § 2 Abs. 2 **Nr. 12** und **Nr. 13** RefE sehen besonders problematische Neuregelungen vor. Danach sollen zum einen Erkenntnisse darüber mitgeteilt werden, welche Gruppen von Nutzern durch rechtswidrige Inhalte besonders betroffen sind (Nr. 12), und zum anderen soll darüber informiert werden, welche Gruppen für rechtswidrige Inhalte besonders häufig verantwortlich seien (Nr. 13). Zugleich soll aufgedeckt werden, „*wie sich Nutzer zur Verbreitung von rechtswidrigen Inhalten abgestimmt haben*“ (ebenfalls Nr. 13).

Wie bereits unter **II. 2.** erörtert, setzen diese geplanten Berichtspflichten den Aufbau einer umfassenden Überwachungsstruktur voraus, denn andernfalls könnten solche Informationen nicht bereitgestellt werden. Das Sammeln von „*Erkenntnissen*“ über betroffene „*Gruppen von Nutzern*“ oder darüber, wie „*häufig*“ bestimmte „*Gruppen von Nutzern*“ rechtswidrige Inhalte „*teilen*“ oder gar „*ob und wie sich Nutzer zur Verbreitung von rechtswidrigen Inhalten abgestimmt haben*“ lässt sich ohne massive Überwachung des Nutzerverhaltens und die damit verbundenen Eingriffe in die informationelle Selbstbestimmung und das Fernmeldegeheimnis der Nutzer nicht bewerkstelligen.

Um überhaupt Nutzer in bestimmte – wie auch immer zu definierende – „*Gruppen*“ einordnen zu können, müssten Diensteanbieter sie holzschnittartig anhand bestimmter - im RefE nicht festgelegter und damit rechtlich unbestimmter - Kriterien einordnen. Dies dürfte den Diensteanbietern kaum möglich sein, denn in vielen Fällen lässt sich anhand eines hochgeladenen Inhalts nicht erkennen, welcher „*Gruppe*“ ein Uploader oder Betroffener zuzuordnen ist. Darüber hinaus müssten die Diensteanbieter zu diesem Zweck ihre Bestands- und Nutzungsdaten in einer Art und Weise auswerten, die sowohl grund- als auch datenschutzrechtlich mehr als nur bedenklich erscheint (dazu ebenfalls bereits oben unter **II. 2.**). Die Erfassung derartiger Daten kann durch den Zweck, besondere Auffälligkeiten bestimmter „*Gruppen*“ feststellen zu können, nicht gerechtfertigt werden. Im Gegenteil: Eine derartige „*Eingruppierung*“ von Nutzern führte zu sensiblen Datenansammlungen und damit zu einer erheblichen Einschüchterung von Nutzern, die frei ihre Meinung äußern wollen. Denn wer möchte schon Gegenstand umfangreicher Überwachungsmechanismen sein, wenn er „nur“ einen Inhalt teilt? Zugleich ginge damit eine nicht hinnehmbare Gefahr der Diskriminierung von bestimmten Gruppen der Bevölkerung einher, und zwar nicht nur in Bezug auf strafbare Inhalte i.S.d. § 1 Abs. 3 NetzDG.

Darüber hinaus ist die Beobachtung und Analyse von Straftaten in einem Rechtsstaat von den zuständigen Behörden vorzunehmen. Die in diesem Zusammenhang gegebenenfalls erforderlichen Überwachungsmaßnahmen dürfen nicht auf Private übertragen werden, sondern müssen gesetzlich klar geregelt sein und sollten ausschließlich von staatlicher Seite durchgeführt werden. Anzuregen wäre beispielsweise, dass wissenschaftliche Projekte durchgeführt werden, um belastbare Zahlen und Fakten zu Täter- und Opfergruppen im Bereich der Hasskriminalität zu ermitteln. Solche Daten existieren bisher nicht. Es erschiene auch insofern sinnvoller, den mit dem RefE einhergehenden Mehraufwand (für die Verwaltung) nicht in die weitere, kleinteilige Überwachung von Berichtspflichten zu investieren, sondern in den Ausbau von Strafverfolgungsbehörden und wissenschaftlicher Forschung.

- dd) Zu § 2 Abs. 2 **Nr. 15** RefE: Schon mit Blick auf die bisherige Berichtspflicht (vgl. etwa § 2 Abs. 2 Nr. 8, wonach auch über die Zeit zwischen Beschwerdeingang und Löschung bzw. Sperrung eines Inhalts berichtet werden muss), war zu kritisieren, dass Diensteanbieter sie belastende Umstände selbst vorbringen müssen (etwa dass ein Inhalt zu spät gesperrt wurde), da solche Umstände Grundlage für die Verhängung von Bußgeldern sein können. Es stellte sich also bereits bisher die Frage, ob das NetzDG gegen den Schutz vor Selbstbezeichnung (*Nemo tenetur se ipsum accusare*) verstößt. Dies gilt nun gleichermaßen hier, da unternehmensinterne und ggf. unvorteilhafte Informationen preisgegeben werden müssen, die möglicherweise Bußgelder, jedenfalls aber ein Einschreiten des BfJ verursachen können.

b) Gesetzliche Formulierungen genügen nicht dem Bestimmtheitsgrundsatz

Der Bestimmtheitsgrundsatz (vgl. Art. 103 Abs. 2 GG) verpflichtet den Gesetzgeber als Konkretisierung des Rechtsstaatsgebots, Rechtsvorschriften erwartungsfest zu fassen. Anstatt der berechtigten Kritik am bestehenden NetzDG zu begegnen und die erforderliche Rechtssicherheit zu schaffen, werden mit der geplanten Neufassung des § 2 Abs. 2 NetzDG Pflichten lediglich an weitere neue unbestimmte Rechtsbegriffe geknüpft. Diese Pflichten stellen an die Diensteanbieter mitunter Anforderungen, die aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht erfüllbar sind, was besonders kritisch vor dem Hintergrund der erheblichen Bußgeldbewehrung ist.

- aa) Der geplante Wortlaut des § 2 Abs. 2 Nr. 2 RefE enthält mit den Begriffen „Art“, „Reichweite“ und „Funktionsweise“ mehrere unbestimmte Rechtsbegriffe. Was unterscheidet z.B. die „Art“ von der „Funktionsweise“, und was ist mit „Reichweite“ gemeint?
- bb) Die Begriffe der „Beschwerde“ sowie des „Beschwerdegrundes“ waren bereits in der bisherigen Fassung des NetzDG unbestimmt. Umfasst beispielsweise eine Eingabe mehrere Inhalte, handelt es sich dann um eine Beschwerde oder um mehrere Beschwerden? Die entsprechenden Rechtsunsicherheiten bestehen fort und werden durch den geplanten Wortlaut des § 2 Abs. 2 Nr. 9 RefE nochmals wiederholt. Zudem schreibt dieser die Erstellung von Übersichten vor, die sowohl nach zeitlichen Angaben, nach der Beschwerdeperson als auch nach dem Beschwerdegrund differenzieren. Allein aus der Entwurfsbegründung (vgl. RefE, S. 23 f.) folgt, dass offenbar die Erwartung besteht, dass vier Übersichten erstellt werden – aus dem Gesetzeswortlaut selbst folgt dies nicht.
- cc) Die geplanten § 2 Abs. 2 Nr. 12 und Nr. 13 RefE sind weder klar formuliert, noch ist ihre Erfüllung tatsächlich möglich.

Offen bleibt zunächst, ob hiermit lediglich eine Mitteilungspflicht oder ob eine Kenntnisverschaffungspflicht statuiert werden soll. Auf ersteres deutet die Entwurfsbegründung, wonach bestimmte Angaben mitgeteilt werden müssen, „*sofern solche Erkenntnisse vorliegen*“ (RefE, S. 24) oder wo von „*vorliegende[n] Erkenntnisse[n]*“ (RefE, S. 24) gesprochen wird.

Die eigentliche Gesetzesfassung beantwortet diese Frage jedoch nicht mit Bestimmtheit. Sollte die Berichtspflichtenerweiterung insoweit als von fakultativer Natur zu verstehen sein, brächte sie keine Veränderungen. Denn kein Diensteanbieter wird über solche Erkenntnisse verfügen, die es ermöglichen würden, Betroffene und Inhalte einstellende Nutzer in vom RefE nicht bestimmte „*Gruppen von Nutzern*“ einzuordnen. Ungeachtet der Tatsache, dass der Diensteanbieter an einer pauschalen, den Betroffenen nicht gerecht werdenden Kategorisierung und der Erhebung und Speicherung sensibler personenbezogener Daten schon rechtlich gehindert ist (siehe oben unter II. 2.), bleibt unklar, nach welchen Parametern sich die Vergleichsgruppen zusammensetzen sollten. Wird dies in das Belieben eines jeden Diensteanbieters gestellt, so förderte das nicht die Vergleichbarkeit der Transparenzberichte.

Sollte das Gesetz hingegen eine (Er-)Kenntnisverschaffungspflicht einführen wollen, so disqualifizierte es sich damit zugleich selbst. Denn die heimliche Identifikation der Nutzer und die Erhebung und Speicherung von Daten zur „*Altersstruktur sowie zu weiteren gruppenspezifischen Kriterien, zB. das Engagement für bestimmte Themen oder die Interaktion mit bestimmten Nutzern*“ (RefE S. 24) zwänge zu einer unter Datenschutzgesichtspunkten dystopisch anmutenden und vor allem unzulässigen Überwachungsstruktur (siehe bereits oben unter II. 2.).

5. Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte (betrifft § 3 NetzDG)

Die Einrichtung und Unterhaltung von Beschwerdesystemen ist ausgesprochen aufwändig. Schon in bisheriger Form liegt ein Verstoß gegen Art. 14 ECLR vor⁴⁸. Dies wird durch den RefE weiter verschärft. So sollen im Rahmen des Umgangs mit Beschwerden (vgl. § 3 NetzDG) weitere Anforderungen gelten. Dabei überschreitet der RefE mehr als bisher nicht nur die Grenzen von Art. 14 ECRL, sondern auch das Gebot der Verhältnismäßigkeit:

Wo immer Maßnahmen von Diensteanbietern gefordert werden (RL 2004/48, 2000/31, 2018/1808), stehen sie unter dem Vorbehalt der Angemessenheit, Durchführbarkeit/Machbarkeit und Verhältnismäßigkeit (Art. 3 Abs.1 und Abs. 2 RL 2004/48; Art. 3 Abs. 4 a) iii) RL 2000/31; Art. 28b Abs. 3 Unterabsatz 2 RL 2018/1808). Es hat also stets eine Zweck-Mittel-Betrachtung stattzufinden, bei der die Gesamtumstände berücksichtigt werden müssen. Schon das ist hier offenbar nicht passiert:

⁴⁸ Siehe zuvor **Ziffer III. 3.**; vgl. Wimmers/Heymann, AfP 2017, 93, 95 f.

- a) § 3 Abs. 2 Nr. 1a RefE sieht vor, dass der Nutzer, für den der beanstandete Inhalt gespeichert wurde, unverzüglich über den Eingang der Beschwerde informiert wird. Diese Pflicht steht neben der Pflicht zur Mitteilung über die endgültige Entscheidung, § 3 Abs. 2 Nr. 5. Der Anbieter des sozialen Netzwerks soll somit nicht nur den Aufwand tragen, die Beschwerde auf eine Vereinbarkeit mit § 1 Abs. 3 NetzDG zu prüfen, sondern auch, dem Inhalt einstellenden Nutzer eine Nachricht dazu zu senden. Diese Forderung ist in mehrerer Hinsicht realitätsfern, und die Konsequenzen sind nicht hinreichend bedacht.

Bei mehreren hunderttausend Meldungen im Jahr beinhaltet diese Pflicht einen erheblichen Kommunikationsaufwand. Darüber hinaus darf der Anbieter des sozialen Netzwerks die Beschwerde auch nicht weiterleiten (vgl. RefE, S. 26), sondern nur die Tatsache des Eingangs der Beschwerde mitteilen.

Insbesondere aber lässt der Entwurf außer Acht, dass die vorgesehene Änderung auch die Interessen der Nutzer, für die der beanstandete Inhalt gespeichert wurde, beeinträchtigen würde. Auf das bestehende Missbrauchspotential wurde bereits unter II. 1. hingewiesen. Würden Anbieter sozialer Netzwerke verpflichtet, den jeweiligen Inhalte einstellenden Nutzer über jede eingehende Beschwerde zu informieren, erhielten diese mitunter hunderte oder tausende von Nachrichten pro Tag. Die (privaten) E-Mail-Konten der betroffenen Nutzer würden dieses Datenvolumen nicht bewältigen können. § 3 Abs. 2 Nr. 1a RefE bietet daher ein ganz erhebliches Missbrauchsrisiko: um Kommunikationskanäle von bestimmten Nutzern zu beeinträchtigen und diese einzuschüchtern, könnten Inhalte massenhaft als rechtswidrig i.S.d. NetzDG gemeldet und auf diese Weise das E-Mail-Konto des Nutzers „gesprengt“ werden. Dies hätte einen höchst einschüchternden Effekt auf die Meinungsfreiheit.

Ebenso wenig wie den bereits bestehenden Missbrauch der Meldesysteme berücksichtigt der Änderungsvorschlag, dass eine Vielzahl der Meldungen unbegründet ist und daher nicht zu einer Entfernung des beanstandeten Inhalts führt. Im zweiten Halbjahr 2019 gab es etwa 280.000 Beschwerden nach NetzDG zu Inhalten auf der Plattform YouTube; nur ca. 70.000 haben zu einer Entfernung geführt,⁴⁹ das entspricht 25%. In 75% der Fälle würde also eine Belastung der Kommunikationswege der Nutzer durch ein erhebliches Datenvolumen erfolgen, ohne dass dies in irgendeiner Hinsicht erforderlich oder auch nur hilfreich wäre.

Das unter II. 1. a) in Bezug genommene Musikvideo einer deutschen Webvideoproduzentin, die über Lifestyle und Sexualität berichtet, wurde allein im letzten Berichtszeitraum (Juli - Dezember 2019) mehr als 4500 Mal (unbegründet) im Rahmen einer NetzDG Beschwerde gemeldet. Für den Uploader des Videos würde dies mehr als 9000 Nachrichten durch YouTube bedeuten: 4500 Nachrichten im Rahmen von § 3 Abs. 2 Nr. 1a sowie 4500 Nachrichten im Rahmen von § 3 Abs. 2 Nr. 5 (Mitteilung über endgültige Entscheidung). Selbst wenn anschließend nur 10% der Beschwerdeführer eine Gegenvorstellung einreichen würde, würden noch einmal 900 Meldungen hinzukommen. Dieses Beispiel verdeutlicht, dass die neu vorgesehene Mitteilungspflicht unverhältnismäßig und damit nicht gerechtfertigt ist.

Die Maßnahme ist aber schon deswegen unverhältnismäßig, da sich ihr Nutzen nicht offenbart. Ein Grund für die Änderung wird im RefE nicht angegeben (S. 25 f.).

Zudem bringt die Regelung einen Widerspruch hervor, den der RefE nicht auflöst. Denn der nach Nr. 1a informierte Nutzer muss vermuten, dass seine Daten nach der umfassenden Meldepflicht in § 3a GBRH-E an das BKA übermittelt wurden (vgl. allein § 3a Abs. 2 Nr. 1 GBRH-E)⁵⁰. Die Weitergabe seiner Daten an das BKA soll er aber mindestens zwei Wochen nicht erfahren (vgl. § 3a Abs. 6 GBRH-E). Aber nicht nur das – der Inhalte einstellende Nutzer

⁴⁹ Vgl. <https://transparencyreport.google.com/netzdg/youtube?hl=de>.

⁵⁰ An der Übermittlung von Daten in massenhaftem Umfang ist schon *per se* erhebliche Kritik zu üben, vgl. Im Einzelnen Google Stellungnahme zum GBRH-E, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/011720_Stellungnahme_google_RefE_Belaempfung-Rechtsextremismus-Hasskriminalitaet.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

würde durch eine solche Meldung massiv verunsichert und eingeschüchtert⁵¹. Die daraus resultierenden Abschreckungs- und Einschüchterungseffekte für die Meinungsäußerungsfreiheit sind nicht hinnehmbar.

- b) § 3 Abs. 2 Nr. 5 RefE formuliert weitere Informationspflichten gegenüber den Beschwerdeführern und den Nutzern, für die der beanstandete Inhalt gespeichert wurde. So sieht lit. b) vor, dass auf die Möglichkeit der Gegenvorstellung hingewiesen wird. Insofern gilt das zu § 3b RefE Gesagte entsprechend (oben unter II. 1. und nachfolgend Ziffer 6.). Lit. c) sieht vor, dass der Beschwerdeführer darauf hingewiesen werden soll, dass er gegen den Nutzer, für den der beanstandete Inhalt gespeichert wurde, Strafanzeige und erforderlichenfalls Strafantrag stellen kann und auf welchen Internetseiten er hierüber weitere Informationen erhält. In der Begründung heißt es dazu (S. 26): „Ziel ist es, die Entscheidung des Beschwerdeführers zum Ergreifen entsprechender Schritte zu erleichtern.“ Dieses Ziel passt nicht zum gesetzgeberischen Ziel des NetzDG, dass i.S.d. § 1 Abs. 3 NetzDG strafbare Inhalte schneller von Plattformen entfernt und Anbieter sozialer Netzwerke zu einer zügigeren und umfassenderen Bearbeitung von Beschwerden angehalten werden⁵². Wenn trotzdem an einer solchen Regelung festgehalten werden soll, müssten die Art des Hinweises, die fraglichen Informationen und die betreffenden Internetseiten einheitlich von staatlicher Seite formuliert und vorgegeben werden.

Auch wenn Google eine rechtliche Verpflichtung zur Aufklärungsarbeit ablehnt, so begrüßen wir ausdrücklich, dass von behördlicher Seite offenbar eine länderübergreifende Online-Plattform geschaffen wird, auf die die Anbieter ihre Nutzer mit Verweis auf die Möglichkeit der Erstattung einer Strafanzeige verweisen können.

- c) Nach § 3 Abs. 2, S. 2 bis 4 RefE ist der Anbieter des sozialen Netzwerks berechtigt, einer Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung Angaben zum Zeitpunkt des Teilens oder der Zugänglichmachung des Inhalts, zum Umfang der Verbreitung sowie „mit dem Inhalt in erkennbarem Zusammenhang stehende Inhalte“ zu übermitteln, sofern dies zum Zwecke der Entscheidung erforderlich ist. Zum einen ist die Regelung unbestimmt. Auf Seite 26 heißt es in der Begründung, dass zum Umfang der Verbreitung gehören solle, „ob der Inhalt einem unbestimmten größeren Publikum oder nur einer kleinen geschlossenen Gruppe zugänglich gemacht wurde.“ „Mit dem Inhalt in erkennbarem Zusammenhang stehende Inhalte“ solle insbesondere „auch von anderen Nutzern des sozialen Netzwerks eingestellte Inhalte“ betreffen. Eine Ermittlung des letzteren würde eine eingehende Recherche des Anbieters des sozialen Netzwerks erfordern, die nach der ECRL gerade nicht gefordert werden kann. Zudem ist der Entwurf insofern unbestimmt, als die Befugnis nur dann besteht, soweit dies „zum Zwecke der Entscheidung erforderlich ist“. Hier muss der Anbieter des sozialen Netzwerks also *ex ante* einschätzen, ob die anerkannte Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung die Informationen für eine Entscheidung benötigt. Irrt er hier, trägt er das volle Risiko einer unberechtigten Informationsübermittlung – ohne entsprechende Freistellung durch das Gesetz.

6. Weiter zur Einrichtung eines Gegenvorstellungsverfahrens (§ 3b RefE)

Die bereits oben unter II. 1. geäußerte Kritik an dem Gegenvorstellungsverfahren ist noch um einige Aspekte zu ergänzen.

a) Verstoß gegen Europarecht

Die geplante Etablierung eines Gegenvorstellungsverfahrens in § 3b RefE (und § 2 Abs. 2 Nr. 11 RefE) ist unverhältnismäßig, liegt ebenfalls außerhalb des durch die ECRL eröffneten Rahmens und bedeutet damit eine Verschärfung des ohnehin gegebenen Konflikts mit dem

⁵¹ Vgl. schon Google Stellungnahme zum GBRH-E, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/011720_Stellungnahme_google_RefE_Belaempfung-Rechtsextremismus-Hasskriminalitaet.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

⁵² Vgl. BT-Drucks. 18/12356, S. 1 f.

Europarecht. Entgegen der Einschätzung im Referentenentwurf (S. 18) öffnet sich die Richtlinie für die Abweichung nicht, weder in Art. 14 Abs. 3 Halbsatz 2 noch in Art. 3 Abs. 4 ECRL.

Art. 14 Abs. 3 Halbs. 2 ECRL eröffnet den Mitgliedstaaten Gestaltungsraum dabei, „Verfahren für die Entfernung [...] oder die Sperrung [...] festzulegen“. Diese Ausnahmenvorschrift ist ebenso wie der gesamte Art. 14 vor der Grundintention der Richtlinie auszulegen und anzuwenden, nämlich die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Verantwortlichkeit von Diensteanbietern in den Mitgliedstaaten zu vereinheitlichen (dazu und zum Folgenden Erwägungsgrund (40)). Das „*reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts*“ wäre behindert und „*Wettbewerbsverzerrungen*“ wären die Folge, wenn ein Diensteanbieter in jedem Mitgliedstaat mit einer anderen Intensität in Anspruch genommen würde. Aus diesem Grund möchte die ECRL „*bestimmte [...] Voraussetzungen formulieren*, von denen die Verantwortlichkeit der Diensteanbieter abhängt. Diese Grenze der Verantwortlichkeit zieht sie mit den Art. 14 Abs. 1 und Art. 15 ECRL. Daneben soll sich auf „*freiwilliger*“ Basis ein System entwickeln, das die rasche und zuverlässige Sperrung bzw. Löschung ebenso gewährleistet wie die angemessene Berücksichtigung des multipolaren Interessensfeldes (vgl. Erwägungsgrund (41)). Die Richtlinie bietet aber gerade keinen Raum für nationale Sonderregeln in diesem Bereich, welche eine unmittelbare Haftungsverschärfung oder eine erhebliche Mehrbelastung erzeugen würden.

Insofern lässt der RefE außer Acht, dass Diensteanbieter oftmals bereits die Möglichkeit der Meldung und erneuten Überprüfung von Inhalten anbieten. Sollte ein Uploader mit einer von Google aufgrund des NetzDG getroffenen Entscheidung bezüglich seines Inhaltes nicht einverstanden sein, so hat er bereits heute die Möglichkeit, eine erneute Überprüfung seines Inhaltes zu beantragen. Über die Möglichkeit der erneuten Überprüfung wird er per E-Mail informiert. Reicht der Uploader einen solchen Antrag ein, wird der Inhalt erneut sowohl anhand der YouTube Community Guidelines als auch anhand deutsche Rechts geprüft.

Das nun vorgesehene Gegenvorstellungsverfahren in § 3b RefE ist auch im Übrigen nicht mit den Vorgaben der ECRL in Einklang zu bringen. Art. 14 ECRL setzt das Vorliegen einer festgestellten (und nicht lediglich vermuteten) Rechtsverletzung voraus; das Tätigwerden eines Hosting-Providers ist nur bei positiver Kenntnis einer Rechtsverletzung verlangt. Diensteanbieter sind zudem nach Art. 15 Abs. 1 ECRL gerade nicht verpflichtet, nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Nutzung hinweisen. Im Widerspruch zu diesen Vorgaben verpflichtet das Gegenvorstellungsverfahren den Hosting-Provider auch dann zu einem – zumal unverzüglichem – Tätigwerden, wenn dieser nach der von ihm vorgenommenen Prüfung der Beschwerde gerade zu dem Ergebnis gelangt ist, dass *keine* Rechtsverletzung vorliegt. Hatte seine Überprüfung demgegenüber eine Löschung oder Sperrung zum Ergebnis, soll er trotzdem noch einmal – ebenfalls unverzüglich – tätig werden und mit erheblichem Verwaltungsaufwand die von ihm vorgenommene Prüfung wiederholen und erweitern.

b) Geplante Regelung ist unverhältnismäßig

In der beabsichtigten Fassung würde § 3b RefE die Diensteanbieter – für die deutsche Jurisdiktion – zur Einrichtung einer weiteren Prüfungsinstanz zwingen, die nicht nur die verfassungsrechtlich problematische Auslagerung hoheitlicher Konfliktlösungsaufgaben auf Private weiter vorantreibt. Auch und insbesondere wäre hiermit die erhebliche Ausweitung des dem Diensteanbieter aufgebürdeten Verantwortungsprogramms verbunden. Auf eigene Kosten soll der Anbieter zusätzlich einen umfangreichen Rechtsbehelf schaffen; der verursachte Mehraufwand wäre enorm und betriebswirtschaftlich so beachtenswert, dass er geeignet wäre, das Ziel der europaweiten Vereinheitlichungen der Verantwortungen zu unterlaufen.

Das gälte selbst dann, wenn § 3b Abs. 2 Nr. 3 RefE nicht auch noch eine einzelfallbezogene Begründung verlangte. Insofern heißt es auf Seite 28 des RefE: „*Das Ergebnis dieser Prüfung (Aufrechterhalten oder Revidieren der ursprünglichen Entscheidung) ist einzelfallbezogen zu begründen. Insofern geht die erforderliche Begründungstiefe über die Anforderung zur Begründung der ursprünglichen Entscheidung hinaus*“. Hiermit überdehnt der RefE vollends die

Grenzen der Machbarkeit. Es wäre angesichts der Masse der eingehenden Beschwerden notwendig, trotz individueller Prüfungen bei der folgenden Kommunikation gewisse Kategorisierungen und Pauschalierungen vornehmen zu dürfen.

Abgesehen davon klärt der RefE praktische Anwendungsfragen zur Anonymisierung von Beschwerden durch die Diensteanbieter, zur Ausgestaltung von Fristen oder zum Umgang mit nicht-deutschsprachigen Gegenvorstellungen nicht.

Weiterhin erscheint es im Lichte der Wesentlichkeitstheorie⁵³ und der Grundrechtsrelevanz für Diensteanbieter, für ihre Nutzer und für die moderne Informationsgesellschaft insgesamt als äußerst zweifelhaft, dass ein solch komplexes Verfahren den Diensteanbieter in die Rolle eines ungesetzlichen Richters versetzt, der vergleichbar der Amtsermittlung im Verwaltungsverfahren auch noch den Sachverhalt ermitteln müsste.

Die geplante Einführung eines formal streng geregelten Gegenvorstellungsverfahrens ist auch nicht erforderlich. Viele Diensteanbieter haben bereits jetzt funktionierende Systeme eingerichtet, mittels derer die Sperrung von Inhalten auf Anfrage des hochladenden Nutzers noch einmal überprüft wird. Der Diensteanbieter muss bei der konkreten Ausgestaltung solcher Systeme einen weiten Ermessensspielraum haben; starre Fristen und formelle Erfordernisse können gerade gegenteilige Effekte haben als vom Gesetzgeber gewünscht. An der Erforderlichkeit des Gegenvorstellungsverfahrens fehlt es schließlich auch, da der Gesetzgeber gerade die Auskunftspflichten der Diensteanbieter erweitert hat (und noch erweitern will), mittels derer es Betroffenen möglich sein soll, die Autoren der beanstandeten Inhalte gerichtlich zur Verantwortung zu ziehen.

Die mit der Einführung des Gegenvorstellungsverfahrens verbundenen ganz erheblichen Eingriffe in die unternehmerische Freiheit (vgl. Art. 2, 12, 14 GG, Art. 16 GRCh) werden schließlich durch den Gesetzeszweck nicht gedeckt (siehe dazu schon oben II. 1.) und sind daher auch unverhältnismäßig.

7. Einrichtung einer Schlichtungsstelle (§ 3c RefE)

Im Hinblick auf die Einführung einer privatrechtlichen Schlichtungsstelle (§ 3c RefE) gibt Google lediglich zu bedenken, dass fraglich ist, wie ein solches Schlichtungsverfahren in dem Bereich von Inhalten nach § 1 Abs. 3 NetzDG aussehen soll. Überwiegend betreffen die Straftatbestände den Schutz des Staates oder der öffentlichen Ordnung. Aber auch soweit Individuen betroffen sind ist unklar, was sich der RefE hierunter vorstellt – soll der Hassredner hier ein weiteres Forum erhalten, um mit dem Betroffenen zu streiten? Gerade im Hinblick auf extreme politische Ansichten ist vorstellbar, dass Beschwerden allein aus dem Grund durchgeführt werden, um über das Verfahren weitere Informationen über den anderen zu erhalten. Hierin liegt ein weiteres erhebliches Missbrauchspotential. Hinzu kommt die Schaffung weiteren Verwaltungsaufwands – Aufwand, der besser an anderen Stellen investiert wäre.

8. Erweiterung im Hinblick auf den Zustellungsbevollmächtigten (betrifft § 5 NetzDG)

Der geplante § 5 Abs. 1 S. 2 und S.3 RefE sieht vor, die Sonderregelung zum Zustellungsbevollmächtigten auszuweiten. Zunächst ist in Erinnerung zu rufen, welchem Zweck die Pflicht zur Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten gemäß § 5 Abs. 1 NetzDG dient: Es geht darum, bei der *„gerichtlichen Abwehr von strafrechtlich relevanten Falschnachrichten eine schnelle und sichere Zustellungsvariante zur Verfügung zu haben, um den Betroffenen ein schnelles rechtliches Einschreiten zu ermöglichen“* (BT-Drucks. 18/12356, S. 27). Die

⁵³ Hierzu etwa BVerfG, 1 BvR 1213/85, juris, Tz. 50.

Ausnahme von den allgemeinen nationalen und internationalen Zustellungsvorschriften ist daher gerade dadurch begründet und gerechtfertigt, dass es um die schnelle Abwehr strafrechtlich relevanter Inhalte handelt.

Die Erweiterung nun soll Zustellungen in Bußgeldverfahren, in aufsichtsrechtlichen Verfahren oder in Gerichtsverfahren „wegen der Verbreitung oder wegen der unbegründeten Annahme der Verbreitung rechtswidriger Inhalte“ umfassen, „insbesondere in Fällen, in denen die Wiederherstellung entfernter Inhalte begehrt wird“ (§ 5 RefE, S. 12, vgl. auch S. 34 f.). Insoweit ist eine Erweiterung indes nicht geboten. Gerade in Bezug auf (vermeintliche) Wiederherstellungsansprüche von Nutzern, deren Inhalte wegen einer Beschwerde nach dem NetzDG gesperrt wurden, handelt es sich um Konstellationen, in denen möglicherweise (zivilrechtliche) Ansprüche bestehen – um Strafrecht geht es dabei jedenfalls nicht. Eine vergleichbare Eilbedürftigkeit besteht nicht.

Wenn nun gleichwohl eine bußgeldbewehrte Pflicht vorgesehen werden soll, auch für solche gerichtlichen Verfahren einen inländischen Zustellungsbevollmächtigten zu nennen, bedeutet dies wiederum, dass die Diensteanbieter die bestehenden Mängel des NetzDG auf ihre Kosten auffangen sollen. Vielfach und von mehreren Seiten wurde dargelegt, dass die starren Löschfristen des NetzDG und deren erhebliche Bußgeldbewehrung ein erhebliches Risiko des Overblocking mit sich bringen⁵⁴, was die Grundrechte und -freiheiten aus Art. 5 GG, Art. 11 GRCh beeinträchtigt. Es entspricht dem rationalen Verhalten privatwirtschaftlicher Unternehmen, das nach NetzDG vorzuhaltende Beschwerdemanagement so einzurichten, dass die Entscheidungen der mit der Prüfung von Beschwerden befassten Teams jedenfalls einen „Sicherheitsabstand“ zur Grenze der Strafbarkeit halten, um Bußgelder zu vermeiden. Worauf die Behauptung im RefE fußt (S. 14), es lägen „keine Anhaltspunkte dafür vor, dass das NetzDG Overblocking befördert hätte“, erschließt sich nicht und wird auch nicht erörtert. Im Gegenteil offenbart die Regierung durch eine Thematisierung von Wiedereinstellungsverfahren (vgl. nur RefE, S. 34f.) doch selbst, dass es in maßgeblichem Umfang zu (unberechtigten) Sperrungen – und damit Overblocking – kommt.

Anstatt aber die entsprechenden gesetzlichen Mängel zu beheben und die „Anreize zum Löschen“ zu reduzieren (etwa indem die starren Fristen gemäß § 3 NetzDG gestrichen und durch den Begriff „unverzüglich“ ersetzt werden), sollen die Diensteanbieter nun die Voraussetzung schaffen, dass sie ebenso schnell auf die Wiederherstellung von Inhalten in Anspruch genommen werden können wie auf die Entfernung strafbarer Nutzerinhalte.

Für die daraus resultierende (administrative und wirtschaftliche) Mehrbelastung der Diensteanbieter sowie eine Ausdehnung der Bußgeldbewehrung (vgl. § 4 Abs. 1 NetzDG) gibt es keine ausreichende Rechtfertigung. Vielmehr ist es ohne weiteres zumutbar, dass Nutzer ihre Ansprüche im Hinblick auf die vermeintlich unrechtmäßige Sperrung von Inhalten gerichtlich im Rahmen des bewährten allgemeinen nationalen und internationalen Zustellungsrechts durchsetzen.

Insoweit stellt § 5 NetzDG eine Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz dar, dass (gerade verfahrenseinleitende) Zustellungen an die Partei zu erfolgen haben. Es erwiese sich als sachgerecht, eine Pflicht zur Benennung eines im Inland ansässigen Bevollmächtigten nicht auszudehnen, allein vor dem Hintergrund, dass es hier auch um Verantwortlichkeiten eines Rechtssubjekts im Ausland geht, das jedenfalls Kenntnis über den fraglichen Sachverhalt und Vorwurf erhalten muss. Es gibt völkerrechtliche Grundsätze dazu, dass verfahrenseinleitende Schriftstücke im förmlichen Verfahren ins Englische zu übersetzen sind (Art. 5 Abs. 3 HZÜ).

Erstaunlich ist schließlich, dass § 5 NetzDG-E auch eine Regelung zu Zivilprozessen enthält, obwohl es mit § 184 ZPO eine Vorschrift gibt, die die Entscheidung über die Benennung eines Bevollmächtigten in das Ermessen des Gerichts stellt (vgl. so auch § 9 Abs. 3 VwZG).

⁵⁴ Vgl. etwa Guggenberger, ZRP 2017, 98, 100; Bitkom Stellungnahme zum NetzDG-E https://www.bundestag.de/resource/blob/510906/e8e218a40bd46373a96839c32b966faa/rohleder_bitkom-data.pdf.

9. Änderungen des TMG

Einer Vereinfachung der Durchsetzung von Auskunftsansprüchen stehen im Grundsatz keine Bedenken entgegen. Allerdings erweisen sich die konkreten Gesetzesvorschläge im Hinblick auf § 14 TMG als problematisch.

- a) Nach dem RefE soll § 14 Abs. 3 TMG um einen Satz 2 ergänzt werden, wonach bei Vorliegen der Voraussetzungen zur Auskunftserteilung auch eine entsprechende Pflicht zur Beauskunftung besteht. Offen bleibt allerdings, ob mit diesem Satz 2 ein zivilrechtlicher Anspruch geregelt werden soll. Der RefE selbst spricht von der Schaffung einer „Sonderregelung“ und führt weiter aus, dass davon abgesehen wurde, den allgemeinen Auskunftsanspruch auf Grundlage von § 242 BGB zu kodifizieren (S. 36).
- b) Die Verortung dieser „Sonderregelung“ in § 14 Abs. 2 TMG scheint auf Praktikabilitätsgesichtspunkte zurückzuführen sein (vgl. S. 36 RefE, wo es um die Vermeidung eines weiteren Zivilprozesses geht). Aus gesetzensystematischer Sicht ist diese Neuerung jedoch unglücklich. Das TMG setzt insbesondere die Vorgaben der ECRL um. Es enthält Vorschriften, die allgemein und somit in verschiedenen Rechtsbereichen für Anbieter von Telemediendiensten gelten. Konkret § 14 TMG regelt eine datenschutzrechtliche Befugnisnorm. Systemwidrig würde mit der Gesetzesänderung dort ein Anspruch verankert (sofern man von einem Anspruch ausgeht, siehe zuvor lit. a.).
- c) Zudem unterliegen Normen, die das Recht auf informationelle Selbstbestimmung berühren, besonderen Anforderungen der Bestimmtheit. Sie sind nach dem Bundesverfassungsgericht bereichsspezifisch, normenklar und präzise zu fassen⁵⁵. § 14 TMG enthält keine Präzisierung des Umfangs der herauszugebenden Daten. Im Gegenteil ist diese Regelung ausgesprochen unklar: So darf ein Diensteanbieter nach § 14 Abs. 3 S. 1 TMG *„im Einzelfall Auskunft über bei ihm vorhandene Bestandsdaten erteilen, soweit dies zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche wegen der Verletzung absolut geschützter Rechte aufgrund rechtswidriger Inhalte, die von § 1 Absatz 3 des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes erfasst werden, erforderlich ist.“* Die datenschutzrechtliche Befugnis steht unter der Bedingung, dass die Erteilung *„zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche [...] erforderlich ist“*. § 14 Abs. 3 S. 2 RefE nimmt auf diese unklare Wendung Bezug: *„In diesem Umfang ist er gegenüber dem Verletzten zur Auskunft verpflichtet.“* Eine Pflicht besteht also nur *„in diesem Umfang“*, d.h. soweit dies zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche erforderlich ist. Welche Daten herauszugeben sind, wird vom Gesetz somit nicht geregelt.
- d) Schließlich ist die Kodifizierung einer Auskunftspflicht im TMG vor dem Hintergrund der Regelung in § 14 Abs. 4, letzter Satz (*„Gegen die Entscheidung des Landgerichts ist die Beschwerde statthaft.“*) kritisch: § 14 Abs. 4 TMG verweist für die Durchführung des Gerichtsverfahrens auf die Vorschriften des FamFG und orientiert sich ausweislich der Begründung auf Seite 24 der BT-Drucks. 18/13013 an § 101 Abs. 9 UrhG. Laut der Gesetzesbegründung zu § 101 Abs. 9 UrhG⁵⁶ soll ein weiteres Rechtsmittel gegen die Entscheidung des OLG nicht vorgesehen sein; der Weg zur Überprüfung gerade des Umfangs der zu erteilenden Auskunft durch den BGH käme dann nicht in Betracht, obwohl im FamFG die Möglichkeit der (Zulassungs-)Rechtsbeschwerde besteht. Ob diese mögliche Rechtsbeschwerde auch im TMG ausgeschlossen werden soll, ist unklar, da sich der RefE dazu nicht verhält. Wenn das Ziel darin bestünde, einen weiteren Zivilprozess zu vermeiden (S. 36), mag dies nachvollziehbar sein. Nicht nachvollziehbar ist es jedoch, die potentiellen Parteien um eine Gerichtsinstanz beim BGH zu beschneiden. Es wird daher angeregt, eine Rechtsbeschwerde zum BGH für diese Konstellationen ausdrücklich zuzulassen oder alternativ den letzten Satz des Absatzes 4 zu streichen und die Regelungen des FamFG somit voll zur Geltung zu bringen.

⁵⁵ BVerfG NJW 2010, 833, Tz. 226; vgl. so auch der EuGH für unionsrechtliche Vorschriften mit Blick auf Art. 7 und 8 GRCh: C-362/14, Tz. 91 – *Schrems*; C-293/12 und C-594/12, Tz. 54 f. – *Digital Rights u.a.*

⁵⁶ BT-Drucks. 16/5048, S. 49, 40.