

Prof. Dr. Liesching, HTWK, Karl-Liebnecht-Str. 132, 04277 Leipzig

Deutscher Bundestag  
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz  
Paul-Löbe-Haus  
Konrad-Adenauer-Straße 1  
10557 Berlin

Prof. Dr. Marc Liesching  
Professor für Medienrecht & Medientheorie  
Karl-Liebnecht-Straße 132  
04277 Leipzig  
Tel. +49 (0) 341 3076-2442  
Fax +49 (0) 341 3076-2448  
marc.liesching@htwk-leipzig.de

Per Email an: [rechtsausschuss@bundestag.de](mailto:rechtsausschuss@bundestag.de)

Ansprechpartner: Prof. Dr. Marc Liesching  
E-Mail: [marc.liesching@htwk-leipzig.de](mailto:marc.liesching@htwk-leipzig.de)

Karl-Liebnecht-Straße 132  
04277 Leipzig  
Tel.: 0341 3076-2442  
Fax: 0341 3076-2448

Leipzig, 15.6.2020

## **Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes**

Sehr geehrte Damen und Herren,

verbunden mit dem Dank für die Einladung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages zu der öffentlichen Anhörung zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung eines NetzDGÄndG (BT-Drs. 19/18792, 19/19367) sowie zu dem Antrag von FDP-Bundestagsabgeordneten und der FDP-Fraktion (BT-Drs. 19/16477) wird wie folgt Stellung genommen.

### **1. Fehlende Unionsrechtskonformität des NetzDGÄndG-E**

#### **a) Anforderungen des Herkunftslandprinzips (Art. 3 ECRL)**

Art. 3 Abs. 2 der E-Commerce-Richtlinie (ECRL)<sup>1</sup> untersagt es den EU-Mitgliedstaaten einschließlich der Bundesrepublik Deutschland, den freien Verkehr von „Diensten der Informationsgesellschaft“ aus einem anderen Mitgliedstaat aus Gründen einzuschränken, die in den koordinierten Bereich der Richtlinie fallen. Der EuGH hat bestätigt, dass es das hierin verankerte Herkunftslandprinzip vorbehaltlich der engen Ausnahmen nicht zulässt, „dass der An-

---

<sup>1</sup> Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), nachfolgend ECRL (ABl. Nr. L 178 S. 1).

bieter eines Dienstes des elektronischen Geschäftsverkehrs strengeren Anforderungen unterliegt, als sie das im Sitzmitgliedstaat dieses Anbieters geltende Sachrecht vorsieht“.<sup>2</sup>

Maßnahmen durch EU-Empfangsstaaten sind nur im Rahmen der sehr engen Ausnahmen nach Art. 3 Abs. 4-6 ECRL lediglich „im Hinblick auf einen bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft“ sowie nur zur Verfolgung besonderer Schutzziele wie z.B. der „öffentlichen Ordnung, insbesondere Verhütung, Ermittlung, Aufklärung und Verfolgung von Straftaten, einschließlich des Jugendschutzes“ möglich. Dabei muss der durch die Maßnahmen betroffene „bestimmte Dienst der Informationsgesellschaft“ eines der Schutzziele „beeinträchtigen“ oder „eine ernsthafte und schwerwiegende Gefahr einer Beeinträchtigung dieser Ziele“ darstellen. Darüber hinaus müssen die Maßnahmen auch angemessen im Sinne einer Verhältnismäßigkeit in Bezug auf die Schutzziele sein.<sup>3</sup>

Die EU-Kommission hat betont, dass durch die Bezeichnung „bestimmter“ Dienst klargestellt werden soll, dass die Mitgliedstaaten im Rahmen von Art. 3 Abs. 4 ECRL keine „allgemeinen Maßnahmen“ ergreifen dürfen, sondern nur Möglichkeiten zur Verfügung stehen, um „im Einzelfall“ Maßnahmen gegen „einen“ Diensteanbieter zu ergreifen.<sup>4</sup> Ebenso stellt der EuGH den Einzelfallcharakter möglicher Empfangsstaat-Maßnahmen gegen „einen bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft“ heraus, indem er klarstellt, dass „die betreffende einschränkende Maßnahme“ konkret „erforderlich sein“ muss, „um den Schutz der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Gesundheit oder der Verbraucher zu gewährleisten“.<sup>5</sup> Entsprechend geht auch die Rechtswissenschaft einhellig davon aus, dass durch die Ausnahmevorschrift nur Maßnahmen für den Einzelfall, hingegen keine abstrakt-generellen (gesetzlichen) Maßnahmen für eine Vielzahl von Diensten möglich sind.<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> EuGH, Urt. v. 25.10.2011 – C-509/09 und C-161/10, NJW 2012, 137, 141 Rn. 67 m. Anm. *Brand*, NJW 2012, 127 ff. In der Rechtsliteratur wird darauf hingewiesen, dass der EuGH insoweit die mit Art. 3 Abs. 1 und 2 ECRL bewirkte Einschränkung des nationalen Sachrechts bestätigt habe; vgl. *Weber*, MMR 2012, 45, 49 f.

<sup>3</sup> Zu den Abweichungen im Rahmen der deutschen Umsetzung in § 3 TMG vgl. ausführlich *Liesching*, Das Herkunftslandprinzip der E-Commerce-Richtlinie und seine Auswirkung auf die aktuelle Medien-gesetzgebung in Deutschland, 2020, S. 50 ff.

<sup>4</sup> Vgl. Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und die Europäische Zentralbank vom 14.5.2003 zur „Anwendung von Artikel 3 Absätze 4 bis 6 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr auf Finanzdienstleistungen, KOM(2003) 259 endg. v. 14.5.2003, S. 2 f.

<sup>5</sup> EuGH, Urt. v. 19.12.2019 – C-390/18, Rn. 84, MMR 2020, 171, 174.

<sup>6</sup> Vgl. *Altenhain* in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl. 2019, § 3 TMG Rn. 52; *Böse* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB – Kommentar, 5. Aufl. 2017, Vor § 3 ff. StGB Rn. 39; *Eifert*, in: Eifert/Gostomzyk, Netzwerkrecht, 2018, 9, 24; *Feldmann*, K&R 2017, 292, 296; *Hain/Ferreau/Brings-Wiesen*, K&R 2017, 433 f.; *Handel*, MMR 2017, 227, 230; *Heckmann*, Internetrecht, 5. Aufl. 2017, Kap. 1 Rn. 207; *Hoven/Gersdorf* in: Gersdorf/Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht, 27. Edition 2019, § 1 NetzDG Rn. 9; *Liesching*, MMR 2018, 26, 29 f.; *ders.* 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.; *Müller-Broich*, TMG – Kommentar, 2012, § 3 Rn. 21; *Naskret*, Das Verhältnis zwischen Herkunftslandprinzip und Internationalem Privatrecht in der Richtlinie zum elektronischen Geschäftsverkehr, 2003, S. 40; *Nordmeier* in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Teil 12 § 3 Rn. 27 f.; *Ohly*, WRP 2006, 1401, 1405; *Spindler* in: Spindler/Schmitz, TMG – Kommentar, 2. Aufl. 2019, § 3 TMG Rn. 55 ff.; *ders.*, ZUM 2017, 473, 474 ff.; *ders.*, K&R 2017, 533, 535 f.; *Weller*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR, 26. Edition 2019, § 3 TMG Rn. 32; *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, 93, 96 f.s. auch VG Neustadt, Urt. v. 16.12.2009 – 4 K 694/09, BeckRS 2010, 45399 Rn. 53.

## b) Verstoß durch das NetzDG 2017

Demgegenüber erstreckt das Netzwerkdurchsetzungsgesetz gemäß § 1 Abs. 1 den Anwendungsbereich des Gesetzes nicht nur auf Anbieter Sozialer Netzwerke mit Sitz in der Bundesrepublik Deutschland, sondern auch auf alle marktrelevanten Sozialen Netzwerke wie Facebook, Youtube und Twitter, die ihren Sitz in anderen EU-Mitgliedstaaten haben.

Begründet wird dies ausweislich des BMJV-Entwurfs des NetzDG 2017 damit, dass man die europarechtliche Ausnahme vom Herkunftslandprinzip, nach der eine konkrete Maßnahme nur „gegen einen bestimmten Dienst“ (Art. 3 Abs. 4 ECRL) gerichtet werden darf, dadurch beachte, dass das Gesetz generell auf eine Vielzahl von „speziellen Dienste der Informationsgesellschaft“ erstreckt wird.<sup>7</sup> Dies stellt indes eine semantische Umgehung dar, welche das Herkunftslandprinzip unterminiert und nachgerade auf den Kopf stellt.<sup>8</sup>

Daher wird das NetzDG nahezu einhellig als europarechtswidrig angesehen, soweit hiernach auch Anbieter Sozialer Netzwerke mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat erfasst werden sollen.<sup>9</sup>

## c) NetzDGÄndG-E – Überwiegende Fortsetzung des europarechtswidrigen Status quo

Durch den Gesetzentwurf der Bundesregierung eines NetzDGÄndG<sup>10</sup> wird nun das Herkunftslandprinzip zumindest teilweise beachtet. Denn für Videosharingplattform-Dienste mit Sitz in anderen EU-Mitgliedstaaten – z.B. Youtube – gelten gemäß **§ 3e Abs. 3 NetzDG-ÄndG-E** die Berichts- und Compliance-Pflichten des NetzDG (§§ 2, 3 und 3b) grundsätzlich nicht mehr bei nutzergenerierten Videos und Sendungen, welche einen Tatbestand der §§ 111, 130, 131, 140, 166 oder 184b, 184d StGB erfüllen. Für eine Anwendung bedarf es einer einzelfallorientierten Anordnung des Bundesamts für Justiz, welche gerade die sehr engen Vorgaben des Herkunftslandprinzips (§ 3 Abs. 5 TMG) beachten müssen.

Ungeachtet der rechtspolitischen Nachvollziehbarkeit, weshalb z.B. Youtube nun gerade bei volksverhetzenden und kinderpornographischen Videos aus den strengen Compliance- und Berichtspflichten des NetzDG ausgenommen wird, hingegen nicht bei (bloß) beleidigenden Inhalten, legt die eklektische Beachtung des Herkunftslandprinzips nur für den genannten eingeschränkten Bereich erneut die Unionsrechtswidrigkeit des gesamten NetzDG mit seinem EU-weiten Regelungsgeltungsanspruch offen.

Denn ausweislich der Entwurfsbegründung beruht der vorgeschlagene § 3e Abs. 3 NetzDG-ÄndG-E gerade auf einer hier partiell angenommenen Beachtung des Herkunftslandprinzips nach Art. 3 ECRL. Insoweit wird in der Entwurfsbegründung im Wortlaut ausgeführt:

---

<sup>7</sup> Vgl. BT-Drs. 18/12356, S. 14.

<sup>8</sup> Darüber hinaus wurden seitens der Bundesrepublik die bei angenommenen Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip zwingend erforderlichen Pflichten der Mitteilung gegenüber der EU-Kommission und betroffenen Sitzland-EU-Mitgliedstaaten nicht beachtet, vgl. ausführl. *Liesching*, Das Herkunftslandprinzip der E-Commerce-Richtlinie und seine Auswirkung auf die aktuelle Mediengesetzgebung in Deutschland, 2020, S. 65 f.

<sup>9</sup> Siehe z.B. *Eifert* (o. Fn. 6), 9, 24; *Feldmann*, K&R 2017, 292, 296; *Hain/Ferreau/Brings-Wiesen*, K&R 2017, 433 f.; *Hoven/Gersdorf* (o. Fn. 6), § 1 NetzDG Rn. 9; *Liesching*, MMR 2018, 26, 29 f.; *ders.* (o. Fn. 6), § 1 NetzDG Rn. 13 ff.; *Spindler*, ZUM 2017, 473, 474 ff.; *ders.*, K&R 2017, 533, 535 f.; *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, 93, 96 f.

<sup>10</sup> BT-Drs. 19/18792, 19/19367.

„Befindet sich der Sitz des Anbieters eines Videosharingplattform-Dienstes in einem anderen EU-Mitgliedstaat, bietet der betreffende Anbieter seine Dienste aber auch in Deutschland an, so kann sich – im Bereich von den der Mindestharmonisierung unterliegenden Inhalten, Anbietern und Compliance-Vorgaben – eine Zuständigkeit der deutschen Behörden am sogenannten Markttort (sogenanntes Markttortprinzip) nur noch in Fällen besonderer Erforderlichkeit, und grundsätzlich erst nach Durchlaufen eines Konsultationsverfahrens mit dem jeweiligen Sitzland ergeben (Artikel 28a Absatz 5 AVMD-RL in Verbindung mit Artikel 3 Absatz 4 der Richtlinie 2000/31/EG (E-Commerce-RL)).“<sup>11</sup>

Es kann mangels weiterer Erläuterungen der Bundesregierung aber nicht nachvollzogen werden, weshalb das Herkunftslandprinzip nach Art. 3 Abs. 2 ECRL und seine engen Einzelfall-Ausnahmen nach Art. 3 Abs. 4 ECRL (entspricht § 3 Abs. 5 TMG) nur bei Videosharingplattform-Diensten und nur bezogen auf AVMD-RL-harmonisierte Inhalte beachtet werden soll.<sup>12</sup> Art. 28a Abs. 5 AVMD-RL erstreckt für Video-Sharing-Plattform-Anbieter zwar die Geltung auf das Herkunftslandprinzip nach Art. 3 ECRL. Das Herkunftslandprinzip gilt aber ohne diese Verweisung in Art. 28a Abs. 5 AVMD-RL bereits von vornherein und unmittelbar für alle Sozialen Netzwerke umfassend, da sie „Dienste der Informationsgesellschaft“ i.S.d. Art. 2 a) ECRL sind und – auch nach Auffassung des NetzDG-Gesetzgebers 2017<sup>13</sup> – in den koordinierten Bereich der ECRL fallen. Ebenso gilt § 3 Abs. 5 TMG-E unterschiedslos für alle sozialen Netzwerke und nicht nur für Video-Sharing-Plattform-Dienste.

#### **d) Konsequenzen**

Die Unionsrechtskonformität des NetzDG kann nur dadurch hergestellt werden, dass seine generelle Anwendung nicht nur für Videosharingplattform-Dienste mit Sitz in anderen EU-Mitgliedstaaten (§ 3e Abs. 3 NetzDGÄndG-E) beschränkt wird, sondern das Herkunftslandprinzip nach Art. 3 Abs. 2 und 4 ECRL bzw. § 3 Abs. 5 TMG bei allen Sozialen Netzwerken beachtet wird. Dies ist nur dadurch möglich, dass bereits im Rahmen der allgemeinen Anwendungsbereichsregelung des § 1 Abs. 1 und 2 NetzDG die Einhaltung des § 3 Abs. 5 TMG normiert wird. Maßnahmen gegen Betreiber Sozialer Netzwerke mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat können hiernach durch das Bundesamt für Justiz nur bei Beachtung der Ausnahmevoraussetzungen des Art. 3 Abs. 4 ECRL und nur für den Einzelfall „gegen einen bestimmten Dienst“ angeordnet werden.

Andernfalls bewendet es bei der Europarechtswidrigkeit des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes. Nach der Einschätzung des Verfassers wäre für diesen Fall nicht nur wahrscheinlich, sondern nahezu sicher, dass der Europäische Gerichtshof bei der erstmaligen Befassung mit dem NetzDG einen Verstoß gegen Unionsrecht und die Unanwendbarkeit des Gesetzes auf Anbieter Sozialer Netzwerke in anderen EU-Mitgliedstaaten feststellen wird.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> BT-Drs. 19/18792, S. 52.

<sup>12</sup> Ebenso *Härting/Tekin*, IPRB 2020, 69, insb. 71,

<sup>13</sup> Vgl. BT-Drs. 18/12356, S. 14.

<sup>14</sup> Ausführlich zur Unionsrechtswidrigkeit des NetzDG und des NetzDGÄndG-E: *Liesching*, Das Herkunftslandprinzip der E-Commerce-Richtlinie und seine Auswirkung auf die aktuelle Mediengesetzgebung in Deutschland, 2020, insb. S. 53 ff.; als E-Book frei abrufbar unter <http://www.carlgrossmann.com/?p=11994>.

## 2. Gegenvorstellungsverfahren und Schlichtung

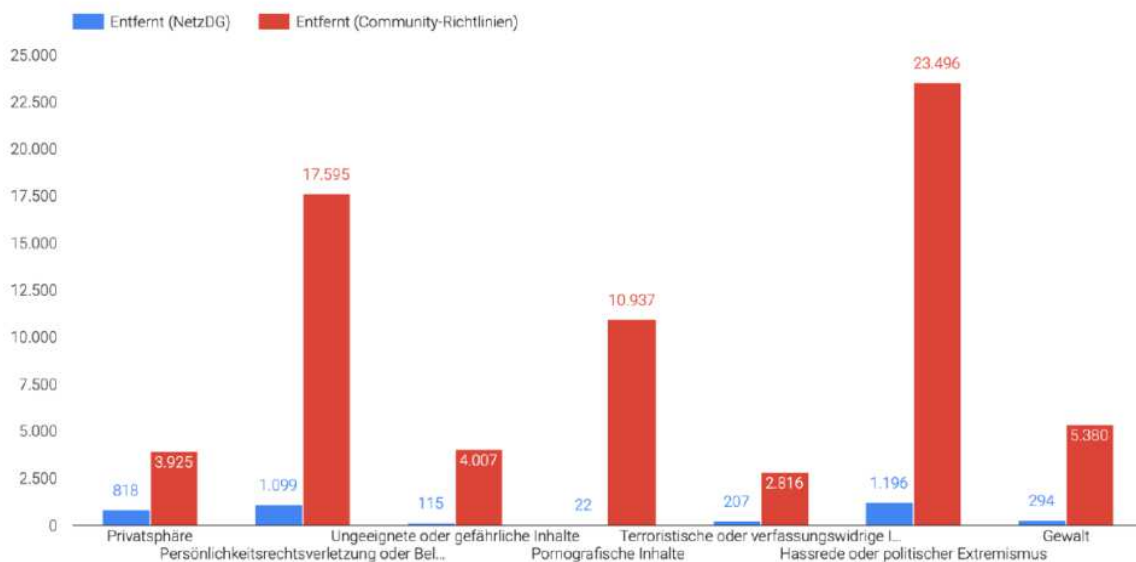
### a) Geringer Anwendungsbereich aufgrund überwiegender AGB-Löschungen

Die in dem Entwurf der Bundesregierung vorgesehenen Regelungen eines Gegenvorstellungs- und Schlichtungsverfahrens (§§ 3b, 3c NetzDGÄndG-E) betreffen ausschließlich Entscheidungen, die das Soziale Netzwerk „nach § 3 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 bis 3 Buchstabe a“ getroffen hat. Demgegenüber umfassen die neu vorgesehenen Verfahren nicht Entscheidungen zur Löschung von Inhalten, welche das Soziale Netzwerk aufgrund seiner Gemeinschaftsstandards oder sonstigen Nutzungsbedingungen vorgenommen hat. Vor diesem Hintergrund hängt die Beurteilung der Auswirkungen der Etablierung eines derart eingeschränkten Gegenvorstellungsverfahrens zunächst von der Entscheidungs- und Prüfpraxis der Sozialen Netzwerke ab.

Da alle großen Betreiber sozialer Netzwerke in einem zweistufigen Verfahren zunächst nur einen Verstoß gegen die – i.d.R. weiter gefassten – eigenen Nutzungsbedingungen prüft und erst danach einen NetzDG-Verstoß für alle verbleibenden Fälle,<sup>15</sup> erfolgen im Ergebnis die allermeisten Löschungen von Inhalten nicht nach dem NetzDG, sondern nach den eigenen Nutzungsbedingungen/AGB.

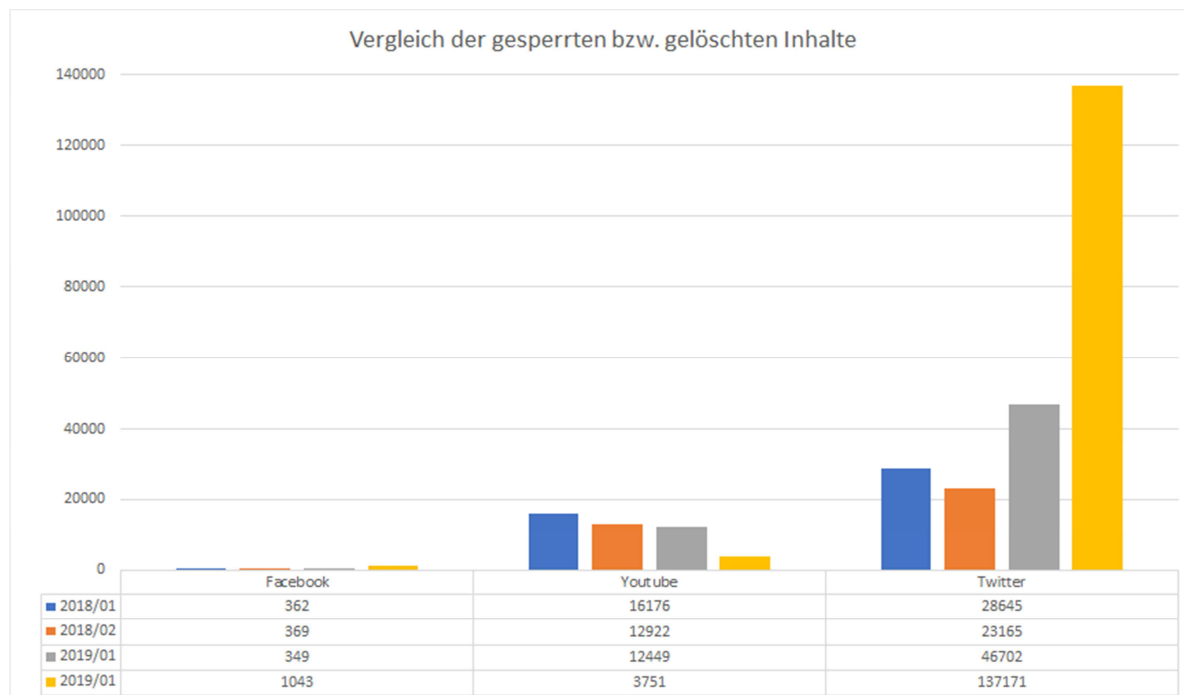
Ausweislich des 2. Halbjahresberichts 2019 gestaltete sich z.B. bei Youtube das Verhältnis zwischen Community-Richtlinien-Löschungen einerseits und NetzDG-Sperrungen andererseits wie folgt:

#### Entfernung wegen eines Verstoßes gegen die Community-Richtlinien vs. NetzDG



<sup>15</sup> Vgl. die Halbjahresberichte der Sozialen Netzwerke Facebook, Youtube und Twitter sowie *Friehe*, NJW 2020, 1697, 1698.

Auch bei anderen Sozialen Netzwerken wie Facebook und Twitter, welche genaue Vergleichszahlen nicht differenziert offen legen, deuten Angaben in den nach dem NetzDG angegebenen Berichtszahlen hinsichtlich erfolgter Löschungen darauf hin, dass die meisten Entfernungen von Inhalten nach Nutzungsbedingungen/AGB vorgenommen werden:



Die vorstehende Abbildung<sup>16</sup> stellt die jeweils angegebene Anzahl gelöschter bzw. gesperrter Inhalte von Facebook, Youtube und Twitter im Zeitraum von Anfang 2018 bis Ende 2019 vergleichend dar. Bei den Zahlen von Facebook und Twitter ist nicht klar, ob jeweils nur Löschungen aufgrund einer Rechtswidrigkeit in Bezug auf das NetzDG oder auch wegen eines Verstoßes gegen AGBs bzw. netzwerkeigene Regeln erfasst worden sind und ausgewiesen werden.

Die enorme Diskrepanz zwischen den angegebenen Zahlen bei Facebook einerseits und Twitter andererseits deutet aber darauf hin, dass Twitter auch Entfernungen nach eigenen Twitter-Regeln mitgezählt hat, während sich die Angaben bei Facebook auf die wenigen erfolgten NetzDG-Entfernungen beschränken.

Insgesamt legen die Angaben der drei großen Sozialen Netzwerke nahe, dass der ganz überwiegende Anteil der Löschungen/Entfernungen von Inhalten (ca. 80% bis 90%) nicht aufgrund der Vorgaben des NetzDG, sondern aufgrund der eigenen Gemeinschaftsregeln bzw. Nutzungsbedingungen erfolgt. Da für letztere aber die Bestimmungen zur Gegenvorstellung und Schlichtung (§§ 3b, 3c NetzDGÄndG-E) gar nicht gelten, geht der Regelungsvorschlag weitgehend ins Leere und bietet Nutzerinnen und Nutzern keinen Mehrwert. Dies gilt umso mehr, als in den NetzDG-Sperrungen aufgrund von StGB-Verstößen ohnehin zunächst keine andere Entscheidung (Put Back) aufgrund einer Gegenvorstellung oder Schlichtung erfolgen kann und darf.

<sup>16</sup> Eigene Darstellung aufgrund einer wissenschaftlichen Evaluation eines Forschungsteams an der HTWK Leipzig, Februar 2020.

## b) Konkurrenz von Strafermittlungsverfahren / BKA-Fälle

Denn der Vorschlag des NetzDGÄndG-E lässt unberücksichtigt, dass die parallel in einem eigenständigen Vorschlag durch die Bundesregierung unterbreitete NetzDG-Novelle eines „Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität“<sup>17</sup> das Gegenvorstellungs- und Schlichtungsverfahren (§§ 3b, 3c NetzDGÄndG-E) weitgehend unterminiert. Namentlich wird für die meisten nach § 3 Abs. 2 S. 1 Nrn. 2 bis 3 NetzDG erfolgten Löschungen eine Pflicht zur Meldung an das Bundeskriminalamt etabliert (vgl. § 3a NetzDG-E). Dies betrifft Löschungen, sofern Anhaltspunkte für eine Tatbestandsmäßigkeit nach §§ 86, 86a, 89a, 91, 126, 129 bis 129b, 130, 131 oder 140, 184b oder 241 StGB bestehen.

Dadurch ergibt sich für die Mehrzahl der überhaupt praktisch relevanten Fälle einer Gegenvorstellung/Schlichtung folgendes Szenario:

- Ein Anbieter eines Sozialen Netzwerks löscht aufgrund einer Beschwerde einen rechtswidrigen Inhalt des Nutzers A wegen Verstoßes gegen §§ 86, 86a, 89a, 91, 126, 129 bis 129b, 130, 131 oder 140, 184b oder 241 StGB (§ 3 Abs. 2 S. 1 Nrn. 2 bis 3 NetzDG).
- Unverzüglich übermittelt der Anbieter des Sozialen Netzwerks den gelöschten Inhalt sowie die IP-Adresse des Nutzers A an das Bundeskriminalamt (§ 3a Abs. 3 und 4 NetzDG-E), darf den betroffenen Nutzer A aber mindestens 4 Wochen hiervon nicht in Kenntnis setzen (§ 3a Abs. 6 NetzDG-E).
- Nutzer A bemerkt die Löschung seines Inhaltes sofort und stellt am selben Tag bei dem Sozialen Netzwerk einen Antrag auf Überprüfung unter Angabe von Gründen (Gegenvorstellungsverfahren, § 3b Abs. 1 NetzDGÄndG-E).

Hier kann der Anbieter in den ersten vier Wochen weder das Gegendarstellungsverfahren betreiben, noch kann er Abhilfe schaffen, selbst wenn er die von Nutzer A vorgebrachten Gründe nun für zutreffend erachtet. Der Anbieter darf Nutzer A nicht einmal darüber informieren, dass sein gelöschter Inhalt sowie ggf. die IP-Adresse an das BKA gemeldet worden sind. Doch selbst wenn der Anbieter den Nutzer A dann frühestens nach 4 Wochen über die BKA-Weiterleitungen informieren darf und dies auch getan hat, kann keine Abhilfe erfolgen. Denn der Anbieter weiß nicht und wird auch nicht darüber informiert, ob etwaig erfolgte Prüfungen des BKA zu einem Strafermittlungsverfahren geführt haben, ob dieses eingestellt worden ist oder wie sonst der Fall nach der Übermittlung an das BKA weitergegangen ist.

Vor diesem Hintergrund kann aber auch keine Schlichtung nach § 3c NetzDGÄndG erfolgen, da die Schlichtungsstelle ebenfalls nicht weiß, ob Strafermittlungsverfahren wegen des gelöschten Inhaltes virulent sind oder werden können. In einer solchen Situation kann aber keine Abhilfemaßnahme und kein Schlichtungsspruch zu einem Put back führen, da hiernach immer noch das Risiko besteht, dass ein späteres strafgerichtliches Verfahren aufgrund der BKA-Mitteilung zu einer Verurteilung des Nutzers A führt. In diesem Fall würde der wissentliche Put back durch den Anbieter seinerseits eine Strafbarkeit nach §§ 86, 86a, 89a, 91, 126, 129 bis 129b, 130, 131 oder 140, 184b oder 241 StGB begründen.

---

<sup>17</sup> BT-Drs. 19/17741 sowie BT-Drs. 19/18470 – jeweils nicht lektoriert

### c) Kaum zu erwartende Frequentierung durch Beschwerdeführer/Nutzer

Überdies ist das Schlichtungsverfahren weder für Beschwerdeführer noch für Nutzer attraktiv ausgestaltet. Abgesehen von den formellen Anforderungen haben Entscheidungen einer Schlichtungsstelle keinerlei rechtliche Verbindlichkeit. Sie lassen insbesondere eine weitere gerichtliche Überprüfung unberührt (§ 3c Abs. 4 NetzDGÄndG-E).<sup>18</sup> Aus den Anerkennungs-voraussetzungen nach § 3c Abs. 2 Nr. 4 NetzDGÄndG-E ergibt sich zudem, dass das Schlichtungsverfahren nach der Schlichtungsordnung nicht unentgeltlich ausgestaltet zu sein braucht.<sup>19</sup> Dies evoziert freilich die Fragestellung, welcher Beschwerdeführer und welcher Nutzer Interesse an einem ggf. dem Gerichtsverfahren nur vorgelagerten, für ihn kostenpflichtigen, indes keinerlei Rechtsverbindlichkeit zeitigenden Zusatzverfahren vor einer Schlichtungsstelle aufzubringen vermag.<sup>20</sup>

### d) Fehlende Praktikabilität und Wirtschaftlichkeit von Schlichtungsstellen

Darüber hinaus ist schließlich zweifelhaft, ob sich überhaupt eine privatrechtlich organisierte Einrichtung als Schlichtungsstelle konstituieren wird. Denn die vorgesehenen gesetzlichen Voraussetzungen sehen einerseits vor, dass die „Finanzierung“ der Stelle „gesichert“ sein muss, andererseits sollen die mit der Schlichtung befassten Personen eine „sachliche und personelle“ Unabhängigkeit von den Anbietern Sozialer Netzwerke aufweisen,<sup>21</sup> was regelmäßig ausschließt, dass die Personen – auch mittelbar – über Mittel der sozialen Netzwerke bezahlt werden dürfen. Da die Personen der Schlichtungsstelle aber weiterhin hoch qualifiziert sein müssen, v.a. die „für die Schlichtung notwendigen Kenntnisse, insbesondere rechtlicher Art“ haben sollen,<sup>22</sup> ist auch die erforderliche angemessene Vergütung der Schlichterpersonen sicherzustellen. Da die Verfahren indes für Verfahrensbeteiligte „kostengünstig“ auszugestalten sind,<sup>23</sup> erschließt sich aus den regulatorischen Vorstellungen der Bundesregierung nicht, woraus Schlichtungsstellen ihre Finanzierung und Wirtschaftlichkeit sicherstellen können.

Überdies ergeben sich für potentiell in Betracht kommende Einrichtungen bürokratische Unwägbarkeiten aufgrund des Erfordernisses einer Anerkennung durch das Bundesamt für Justiz. Allein für die Anerkennung einer bereits seit 2004 gemäß dem JMStV etablierten und zertifizierten Selbstkontrolleinrichtung (FSM) nach § 3 Abs. 7 NetzDG hat die Behörde mehr als ein Jahr benötigt.<sup>24</sup> Auch dies könnte die Motivation privatrechtlich organisierter Einrichtungen zur Konstituierung einer Schlichtungsstelle von vorneherein hemmen.

### e) Konsequenzen

Das vorgeschlagene Gegenvorstellungsverfahren und die Schlichtung können weder auf 80%-90% der gesamten Löschungen aufgrund von Verstößen gegen Gemeinschaftsstan-

---

<sup>18</sup> Vgl. auch BT-Drs. 19/18792, S. 48: „Die Schlichtungsstelle darf den Beteiligten dabei keine verbindliche Lösung der Streitigkeit auferlegen oder deren gerichtlichen Rechtsschutz einschränken“.

<sup>19</sup> Gefordert wird lediglich die „Ermöglichung“ eines „kostengünstigen Verfahrens“.

<sup>20</sup> Siehe auch die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 19/19367, S. 4.

<sup>21</sup> Vgl. BT-Drs. 19/18792, S. 48.

<sup>22</sup> BT-Drs. 19/18792, S. 49.

<sup>23</sup> Der Bundesrat fordert in seiner Stellungnahme sogar „Kostenfreiheit“ des Verfahrens; vgl. BT-Drs. 19/19367, S. 4.

<sup>24</sup> Die Freiwillige Selbstkontrolle Multimedia-Diensteanbieter (FSM) wurde erst zum 13.1.2020 von dem Bundesamt für Justiz anerkannt und begann im März 2020 ihre Arbeit, vgl. FSM-PM vom 3.3.2020.



dards/Nutzungsbedingungen noch auf NetzDG-Löschungen aufgrund von §§ 86, 86a, 89a, 91, 126, 129 bis 129b, 130, 131 oder 140, 184b oder 241 StGB angewandt werden. Es verbleibt von vorneherein ein allenfalls marginaler materieller Anwendungsbereich der §§ 3b, 3c NetzDGÄndG-E.

Überdies ist weder zu erwarten, dass das Schlichtungsverfahren von Beschwerdeführern und Nutzern in Anspruch genommen wird, noch erscheint wahrscheinlich, dass sich überhaupt erst eine Schlichtungsstelle unter den nach § 3c NetzDGÄndG-E vorgesehenen Bedingungen konstituieren und von dem Bundesamt für Justiz anerkennen lassen wird.

§§ 3b, 3c NetzDGÄndG-E sind daher nach der diesseitigen Bewertung und Prognose der Anwendungsrealität des NetzDG – vor allem bei Streitigkeiten wegen AGB-Löschungen – weitgehend entrückt. Die bisherige Praxis der zivilgerichtlichen Durchsetzung z.B. von Put Back Ansprüchen<sup>25</sup> wird hiervon unberührt bleiben. Ob die §§ 3b, 3c NetzDGÄndG-E im Gesetzgebungsverfahren verabschiedet oder gestrichen werden, ist für die Praxis – insbesondere für Nutzerinnen und Nutzer – unerheblich. Allenfalls werden Soziale Netzwerke angereizt, noch mehr beschwerdegegenständliche Inhalte nicht nach dem NetzDG, sondern schon nach ihren Gemeinschaftsstandards/Nutzungsbedingungen zu löschen, da in letzterem Fall überhaupt kein Gegenvorstellungsverfahren nach § 3b NetzDGÄndG-E beachtet und durchgeführt werden muss.

### 3. Weitere rechtliche Gesichtspunkte im Überblick

Der NetzDGÄndG-Entwurf lässt die grundsätzlichen – auch verfassungs- und europarechtlichen – Problemstellungen des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes<sup>26</sup> unberührt. Es schafft demgegenüber neue Fragestellungen, auf welche in der vorliegenden Stellungnahme ausführlich nur hinsichtlich der partiellen Europarechtswidrigkeit (§ 3e Abs. 3; hierzu oben 1.) und der praktischen Bedeutungslosigkeit eines Gegenvorstellungs- und Schlichtungsverfahrens (§§ 3b, 3d; hierzu oben 2.) eingegangen worden ist. Weitere rechtliche Kritikpunkte ergeben sich etwa aufgrund folgender Aspekte des Regierungsentwurfs:

- Da durch **§ 3e Abs. 2 NetzDG-ÄndG-E** inländische Videosharingplattform-Dienste mit weniger als 2 Millionen registrierten Nutzern nun ebenfalls bußgeldbewehrte Compliance-Pflichten nach dem NetzDG beachten müssen, ergeben sich verfassungsrechtliche Fragestellungen insbesondere mit Blick auf eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung gegenüber sonstigen Sozialen Netzwerken mit weniger als 2 Millionen registrierten Nutzern (Art. 3 GG) sowie mit Blick auf eine Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in Art. 5 GG insbesondere bei Kleinst- und Start-Up-VSP-Anbietern mit wenigen Hundert registrierten Nutzern.

---

<sup>25</sup> Vgl. z.B. OLG München MMR 2018, 760 f.; NJW 2018, 3115 ff.; OLG Oldenburg MMR 2020, 41 f.; KG NJW-RR 2019, 1260 ff.; OLG Dresden 3111, 3114; OLG Karlsruhe NJW-RR 2019, 1006; OLG Stuttgart NJW-RR 2019, 35 ff.; zum Ganzen *Friehe*, NJW 2020, 1697 ff.

<sup>26</sup> Vgl. die zusammenfassende Darstellung von *Hoven/Gersdorf* (o. Fn. 6), § 1 NetzDG Rn. 5 ff.; darüber hinaus z.B. *Feldmann*, K&R 2017, 292, 295 f.; *Hain/Ferreau/Brings-Wiesen*, K&R 2017, 433, 435; *Heidrich/Scheuch*, DSRITB 2017, 305, 315 f.; *Koreng*, GRUR-Prax 2017, 203, 204; *Ladeur/Gostomyk*, K&R 2017, 390 ff.; *Liesching* in: Spindler/Schmitz, 2018, § 1 NetzDG Rn. 22 ff.; *Nolte*, ZUM 2017, 552, 555 ff.; *Papier*, NJW 2017, 3025, 3030; *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, 93, 98; s.a. *Frenzel*, JuS 2017, 414, 415; *Guggenberger*, ZRP 2017, 98, 100; a.A. *Schwartzmann*, GRUR-Prax 2017, 317.

- Durch den legislativen Ausbau der Bundesbehörde des BfJ zu einer Medienaufsicht mit abgestuften Anordnungsbefugnissen (§ 4a NetzDGÄndG) wird neben die – ebenfalls für die Aufsicht über Soziale Netzwerke zuständigen – insgesamt 14 Landesmedienanstalten gleichsam eine „Bundesmedienanstalt“ gesetzt. Ungeachtet verfassungsrechtlicher Fragestellungen aufgrund einer ggf. erforderlichen, hinreichenden „Staatsferne“ ergeben sich erhebliche Überschneidungen der Zuständigkeitsbereiche, da die Landesmedienanstalten über § 4 Abs. 1 JMStV ebenfalls Verstöße gegen StGB-Tatbestände wie §§ 86, 86a, 130, 131 StGB gegen Soziale Netzwerke mit Aufsichtsverfahren und unterschiedlichen Maßnahmen (§ 20 Abs. 4 JMStV) ahnden können.
- Entgegen der gelegentlichen Darstellung einzelner Bundestagsabgeordneter ist die vor allem 2017/2018 geäußerte verfassungsrechtliche Kritik an den NetzDG-Compliance-Strukturen mit Blick auf die gesetzten Anreize für ein Overblocking nicht verklungen.<sup>27</sup> Insoweit ergibt sich für RechtswissenschaftlerInnen wie für ehemalige Bundesverfassungsgerichtspräsidenten<sup>28</sup> keine Pflicht, die einmal in Publikationen geäußerte Kritik stetig zu wiederholen. Sie wird nicht durch Zeitablauf obsolet, sondern bleibt bis zu galileiischem Widerruf bestehen. Sowohl die überwiegend nicht nach StGB, sondern nach AGB erfolgenden Löschungen sowie eine Bearbeitungsdauer von unter 24 Stunden bei fast 90% der gelöschten Beschwerdefälle sind nicht unerhebliche Indizien für das Vorliegen von Overblocking. Die Bundesregierung ist ihrer Ankündigung einer sorgfältigen Evaluierung in diesem Bereich bislang nicht nachgekommen. Der NetzDG-ÄndG-Entwurf perpetuiert demgegenüber eher weitere Anreize für ein Overblocking durch eine „Flucht in die AGB-Löschung“ vor einer NetzDG-Prüfung (siehe oben).

#### 4. Schlussbemerkung

Die Europarechtswidrigkeit des NetzDG und die Unanwendbarkeit des Gesetzes auf Soziale Netzwerke mit Sitz in anderen EU-Mitgliedstaaten ergibt sich vorliegend im Lichte der Spruchpraxis der EU-Kommission und des EuGH derart deutlich, dass niemand in der Rechtswissenschaft von einer EU-Rechtskonformität des NetzDG ausgeht.<sup>29</sup> In der Diktion des § 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG ist die EU-Rechtswidrigkeit vorliegend derart „offensichtlich“, dass der Gesetzentwurf 2017 eigentlich innerhalb von 24 Stunden im Gesetzgebungsverfahren durch das Parlament hätte „gelöscht“ werden müssen.

Zwar ist nicht davon auszugehen, dass im Rahmen des hiesigen Gesetzgebungsverfahrens – schon aufgrund der Stellungnahme des Bundesrates<sup>30</sup> – noch Änderungen erfolgen wer-

<sup>27</sup> Vgl. nur *Hoven/Gersdorf* (o. Fn. 6), Std. 2019, § 1 NetzDG Rn. 6 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

<sup>28</sup> Vgl. *Papier*, NJW 2017, 3025, 3030.

<sup>29</sup> Vgl. nur *Hoven/Gersdorf* (o. Fn. 6), Std. 2019, § 1 NetzDG Rn. 9 mit zahlreichen weiteren Nachweisen sowie oben Fußnote 9.

<sup>30</sup> Vgl. BT-Drs. 19/19367, S. 4 f.: „Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zielgerichtet zu prüfen, ob die AVMD-Richtlinie ausreichend Spielraum dafür lässt, Anbieter von Videosharingplattform-Diensten, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union haben, auch in Bezug auf strafbare Inhalte gemäß den §§ 111, 130 Absatz 1 oder den §§ 2, 131, 140, 166 und 184b in Verbindung mit § 184d StGB den allgemeinen Regeln des NetzDG zu unterwerfen“. In-

den, die zu einer Beachtung des Herkunftslandprinzips nach Art. 3 Abs. 2 und 4 ECRL führen. Umso dankenswerter ist die seitens des BT-Rechsausschusses eingeräumte Möglichkeit, durch diese Stellungnahme die Gründe der Europarechtswidrigkeit des NetzDG zu dokumentieren. Im Falle einer künftigen Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zum NetzDG kann somit transparent nachvollzogen werden, dass die Unionsrechtswidrigkeit aufgrund der klaren Missachtung der Herkunftslandprinzips den Abgeordneten des Deutschen Bundestags im Rahmen des parlamentarischen Verfahrens hinlänglich bekannt gewesen ist oder hätte bekannt sein können.

Prof. Dr. Marc Liesching

---

soweit wird also eher für eine weiterhin konsistente und widerspruchsfreie Missachtung des Herkunftslandprinzips nach Art. 3 Abs. 2 und 4 ECRL bei allen Sozialen Netzwerken plädiert.