

TH Köln · Gustav-Heinemann-Ufer 54 · 50968 Köln
Deutscher Bundestag
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Stellungnahme

im Rahmen der öffentlichen Anhörung
des Ausschusses
für Recht und Verbraucherschutz
des Deutschen Bundestages

zum

Entwurf des Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (BT-Drucksache 18/12356)

Berlin, 19. Juni 2017

vorgelegt von

Professor Dr. Rolf Schwartmann

**Kölner Forschungsstelle
für Medienrecht**

Fakultät für Wirtschafts-
und Rechtswissenschaften

**Technology
Arts Sciences
TH Köln**

Prof. Dr. Rolf Schwartmann
Leiter der Kölner Forschungsstelle für
Medienrecht
+49 221-8275-3446
medienrecht@th-koeln.de
www.medienrecht.th-koeln.de
Raum A 1.50
Claudiusstraße 1
50678 Köln

Technische Hochschule Köln

Postanschrift:
Gustav-Heinemann-Ufer 54
50968 Köln

Sitz des Präsidiums:
Claudiusstraße 1
50678 Köln

www.th-koeln.de

Kölner Forschungsstelle
für Medienrecht

Leitung:
Prof. Dr. Rolf Schwartmann
Beirat:
Achim Berg
Dr. Peter Charissé
Prof. Dr. Dieter Dörr
Dr. Florian Drücke
Helmut Heinen
Prof. Dr. Dr. hc. Joachim Metzner
Eva-Maria Michel
Dr. Tobias Schmid
Prof. Dr. Stefan Sporn

Steuer-Nr.: 214/5805/0184
USt-IdNr.: DE 122653679

Bankverbindung:
Sparkasse KölnBonn
IBAN DE34 3705 0198 1900 7098 56

Teil 1: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	3
Teil 2: Stellungnahme zum NetzDG-E	6
I) Europarechtliche Aspekte.....	6
1) Vereinbarkeit mit der E-Commerce-RL	7
a) Art. 14 E-Commerce-RL	7
b) Art. 3 E-Commerce-RL	7
2) EU-Kommission begrüßt NetzDG-E	8
II) Zuständigkeitsfragen nach nationalem Recht	8
III) Zum NetzDG-E im Einzelnen	8
1) Zu Art. 1 NetzDG-E	9
a) Zu § 1 NetzDG-E	9
aa) § 1 Abs. 2 NetzDG-E	9
(1) Probleme der Bagatellgrenze	9
(2) Anwendungsbereich zu weit.....	9
(3) Lösungsanregung	10
bb) § 1 Abs. 3 - weitere Straftatbestände	10
b) Zu § 2 NetzDG-E: De-Minimis-Regelung bei der Berichtspflicht.....	10
aa) Privileg für „Unter-100-Anbieter“	10
bb) Lösungsanregung – Keine Berichtspflicht für „Unter-100-Anbieter“	11
c) Zu § 3 NetzDG-E	11
aa) Unbestimmtheiten im Beschwerdeverfahren.....	11
bb) Entfernung von Netzinhalten ist keine Zensur.....	11
cc) Zu § 3 Abs. 3 Nr. 2 NetzDG-E – offensichtlich rechtswidrige Inhalte.....	12
(1) Verantwortung der Anbieter.....	12
(2) Offensichtlichkeit als Gesetzesbegriff.....	12
(3) Besonderheiten bei massenhaften Löschanfragen	13
(4) 24 Stunden zur Konkretisierung von unverzüglich	14
dd) Zu § 3 Abs. 3 Nr. 3 NetzDG-E – rechtswidrige Inhalte.....	14
ee) Zu § 3 Abs. 3 Nr. 4 NetzDG-E	14
d) Zu § 4 NetzDG – Bußgeldvorschriften und Verfahren.....	14
aa) Maßnahmen gegen Overblocking	15
bb) Lösungsanregung zu § 4 NetzDG	15
cc) Kompetenz zur Aufsicht beim Bund wegen Verfahrensfragen.....	18
dd) Keine Notifizierungspflicht wegen mangelnder Verbindlichkeit.....	19
2) Zu Art. 2 NetzDG-E: Änderung von § 14 Abs. 2 Telemediengesetz	20
a) Kohärenz TMG und BDSG (2017).....	21
b) Lösungsanregung zu § 14 Abs. 2 TMG.....	21
IV) Zusammenfassung der Formulierungsvorschläge	23
1) „Unter-100-Anbieter“ (§ 2 Abs. 3 NetzDG-E – neu)	23
2) Durchgriffssperre (§ 4 Abs. 4 a NetzDG-E- neu).....	23
3) § 14 Abs. 2 TMG - Auskunftsanspruch	23

Teil 1: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

- **Ziel und Ansatz des NetzDG-E**

Das Ziel des NetzDG-E, die Rechtsdurchsetzung bei der Verfolgung von Straftaten, die über Soziale Netzwerke im Zusammenhang mit Hasskriminalität und Fake-News im Netz durch Verfahrensvorschriften zum **Beschwerdemanagement** zu bekämpfen, ist rechtspolitisch zu begrüßen. Hierbei hat der Gesetzgeber zu Recht auch darüber hinausgehende Internetkriminalität im Auge, etwa bezogen auf kinderpornographische Inhalte. Der Ansatz des Gesetzes, hierbei die Anbieter Sozialer Netzwerke mit Blick auf ihr Beschwerdeverfahren in die Pflicht zu nehmen, ist vor dem Hintergrund der unternehmerischen Verantwortung für die Gefahren, die von den Diensten ausgehen, sachgerecht.

Der NetzDG-E leidet in der dieser Stellungnahme zugrunde liegenden Fassung allerdings auch an verfassungsrechtlichen Mängeln, die im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu beheben sind.

- **Regulierte Selbstregulierung gegen Overblocking**

Der NetzDG-E schreibt für betroffene Anbieter sozialer Netzwerke kurze Löschrufen bei Vorhandensein offensichtlich rechtswidriger und rechtswidriger Inhalte vor. Dabei ist der Begriff der Offensichtlichkeit nicht per se zu unbestimmt. Er kann etwa mit Rückgriff auf die Rechtsprechung zum Verwaltungsverfahrensrecht oder zum Medienrecht unter verständiger ft

Allerdings dürfte die Einordnung von Zweifelsfällen unter die Kategorie der Rechtswidrigkeit große Schwierigkeiten bereiten, so dass die Annahme eines Verfahrensverstößes insbesondere nach Ablauf einer 7-tägigen-Entscheidungsfrist in vielen Fällen einen Druck zu vorschnellem Löschen erzeugen dürfte. Das würde – worauf auch der Wissenschaftliche Dienst des Deutschen Bundestages hinweist – nicht hinnehmbare Auswirkungen auf die Meinungs- und Informationsfreiheit sowie auf die Meinungsvielfalt im Netz haben. Wegen dieses nicht gerechtfertigten Eingriffs in die Grundrechte auf Meinungs- und Informationsfreiheit ist der NetzDG-E in der vorliegenden Fassung nicht verfassungsgemäß.

Um diesen Mangel zu beheben, müsste der NetzDG-E nachgebessert werden. Dies könnte erfolgen, indem er den Anbietern sozialer Netzwerke die nötige Rechtssicherheit im Wege der regulierten Selbstregulierung gewährleistet. Anbieter Sozialer Netzwerke, die sich in einer Einrichtung der **freiwilligen Selbstkontrolle** zusammenschließen, um dort Verfahrensstandards für die Vorgaben des NetzDG-E zu entwickeln, erhielten dafür eine Durchgriffssperre für die angedrohten Sanktionen dieses Gesetzes. Dafür müsste das von der Selbstkontrollereinrichtung zertifizierte

Beschwerdeverfahren durch die Aufsichtsbehörde des NetzDG-E, das Bundesamt für Justiz, anerkannt werden. Die standardisierte Anwendung der anerkannten und differenzierten Verfahrensregeln würde dem Anbieter eine rechtssichere, vorhersehbare und effiziente Anwendung des NetzDG-E gerade in Massenverfahren ermöglichen und der Gefahr des **Overblocking wirksam entgegenwirken**.

Die **Privilegierung** über die Durchgriffssperre würde nicht für rechtswidrige Inhalte gelten, sondern ausschließlich für die Sanktionen des § 4 NetzDG-E, also allein für den Fall eines **unzureichenden Beschwerdemanagements**. Weil anders als bei technischen Jugendschutzprogrammen, keine generelle Durchgriffssperre gewährt würde, blieben alle weiteren materiellen Ansprüche vollumfänglich bestehen. Verbotene Inhalte müssten weiterhin unverzüglich entfernt werden.

Weil die Befolgung der entsprechenden Norm im NetzDG-E freiwillig und damit deren Beachtung für einen Anbieter nicht verbindlich wäre, wäre eine erneute Notifikation des NetzDG-E nicht erforderlich.

- **Konkretisierung des Anwendungsbereichs**

Der Anwendungsbereich des NetzDG-E ist etwa mit Blick auf den Zeitpunkt der Feststellung der Nutzerzahl zu pauschal und unbestimmt formuliert und bedarf der Konkretisierung.

- **Privilegierung unkritischer Anbieter**

Der NetzDG-E erlegt auch solchen Anbietern Berichtspflichten auf, die entweder wegen ihres funktionierenden Beschwerdemanagements oder wegen ihres Nutzerkreises oder Geschäftsmodells keine Beschwerdefälle zu verzeichnen haben. Um diese Anbieter zu belohnen und um für Anbieter insgesamt Anreize zu schaffen, nicht unter die Berichtspflicht des NetzDG-E zu fallen, sollten solche Anbieter vom Anwendungsbereich des Gesetzes **ausgenommen** werden, bei denen nachweislich **weniger als 100 Beschwerden im Jahr** eingehen.

- **Zuständigkeit des Gesetzgebers**

Der Bundesgesetzgeber ist für den Erlass des NetzDG-E in der vorliegenden Form zuständig. Die dort enthaltenen Vorschriften stellen eine Konkretisierung der Pflichten von Telemediendiensteanbietern aus dem Telemediengesetz mit Blick auf die Durchführung des Verfahrens dar. Der Bund kann hierfür auf die Kompetenzen zur Regelung des Rechts der Wirtschaft und des Strafrechts zurückgreifen.

- **Europarechtskonformität**

Die EU-Kommission hat den NetzDG-E zu Recht unbeanstandet gelassen, weil die darin enthaltenen Regelungen den Vorgaben des Europarechts entsprechen.

Die Bestimmungen stehen in Einklang mit den Zuständigkeitsvorgaben von Art. 3 E-Commerce-RL und regeln in Übereinstimmung mit Art. 14 der E-Commerce-RL zulässige mitgliedstaatliche Verfahrensvorgaben. Mit Blick auf den Begriff der Unverzögerlichkeit einer Handlung bei Kenntnis von einer rechtswidrigen Handlung nach Art. 14 Abs. 1 b) E-Commerce-Richtlinie sollte bei der 24-Stunden-Frist, ebenso wie bei der 7-Tagesfrist für Maßnahmen nach dem NetzDG-E eine Flexibilisierung durch Einfügen von „in der Regel“ (innerhalb von 24 Stunden/7 Tagen) im Sinne des Europarechts hergestellt werden.

- **Datenschutzkonforme Ausweitung des Auskunftsanspruchs nach § 14 Abs. 2 TMG**

Der NetzDG-E sieht eine Ausweitung des Auskunftsanspruchs in § 14 Abs. 2 TMG vor. Er soll auf die Nennung von Bestandsdaten bei Verletzung absoluter Rechte erstreckt werden. Dieser Auskunftsanspruch sollte im Sinne der Einheitlichkeit der Rechtsordnung an die Regelung in § 24 Abs. 1 Nr. 2 BDSG (2017) angepasst werden. Danach dürfen Unternehmen Nutzerdaten zur Verfolgung privater Rechtsansprüche an Dritte herausgeben, wenn sie zuvor die Interessen des Auskunftssuchenden mit den Interessen des von der Auskunft betroffenen abgewogen haben. Eine entsprechende **Abwägungsklausel** sollte über das NetzDG in § 14 Abs. 2 TMG aufgenommen werden, damit die Anforderungen des Datenschutzrechts erfüllt sind.

Auf diese Weise würde das Knüpfen des neuen Auskunftsanspruchs an einen **Richtervorbehalt entbehrlich**, der ohnehin im Zivilrecht sachfremd wäre und zu einer Überlastung der Gerichte führen würde.

Teil 2: Stellungnahme zum NetzDG-E

Die Meinungsäußerungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG wird insbesondere im Netz dazu missbraucht, ehrverletzende Äußerungen und gezielte Falschbehauptungen zu rechtfertigen. Ziel und Aufgabe des Entwurfs des Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG-E) ist es, bei der staatlichen Bekämpfung nicht nur von Hasskriminalität und Fake-News, sondern auch mit Blick auf weitere Straftaten im Netz, etwa aus dem Bereich der Kinderpornographie, durch Verfahrensregeln die Einhaltung der rechtlichen Vorgaben im Internet zu sichern.

Die damit verbundene Sicherung der Grenzen der Meinungsäußerungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 2 GG ist als Bestandteil der Medienaufsicht nicht Gegenstand des NetzDG-E, sondern Angelegenheit der Bundesländer und der Landesmedienanstalten.

Das NetzDG-E regelt dementsprechend keine inhaltlichen Fragen der Medienregulierung, sondern ein Verfahren zur Durchführung eines effektiven Beschwerdesystems („Compliance-Regeln“) von Anbietern Sozialer Netzwerke zur Konkretisierung ihrer Verantwortung gemäß Telemediengesetz mit Blick auf einen festgelegten Katalog strafbarer, rechtswidriger Inhalte. Die Regulierung wird für erforderlich gehalten, weil freiwillige Maßnahmen der Unternehmen bislang nicht zum gewünschten Erfolg bei der Verhinderung von Straftaten geführt haben, die über Soziale Netzwerke begangen werden.

Das Anliegen des Gesetzesentwurfs ist angesichts der erheblichen und vielfach realisierten Gefahren für verschiedene geschützte Rechtsgüter in Zeiten massiver Rechtsverletzungen über Soziale Netzwerke rechtlich und politisch deutlich geboten. Das Beschwerdemanagementsystem der Anbieter Sozialer Netzwerke, so wie es sich ohne Regulierung entwickelt hat, ist mit Blick auf die rechtlichen Anforderungen an die effiziente Bekämpfung von Hasskriminalität eklatant lückenhaft.

In seiner derzeitigen Fassung gemäß Drucksache 18/12356, so wie sie der Stellungnahme zugrunde liegt, erweist sich der Entwurf des **NetzDG-E** aber **seinerseits als verfassungsrechtlich problematisch**. Vor diesem Hintergrund sind Korrekturen am Entwurf durchzuführen, um den Anforderungen mit Blick auf die besondere Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit auch im Netz Rechnung zu tragen. Insbesondere muss es darum gehen, dem durch die hohen Bußgeldandrohungen nicht von der Hand zu weisenden Druck auf die Anbieter Sozialer Netzwerke, Inhalte im Zweifel zu löschen durch Modifikationen der Verfahrensvorschriften zu begegnen. Auf diese Weise kann dem sog. **Overblocking** wirksam entgegen gewirkt werden.

Die Stellungnahme muss sich auf ausgewählte Fragen der zu Diskussion stehenden Fragen beschränken.

I) Europarechtliche Aspekte

Das NetzDG-E ist europarechtlich im Wesentlichen nicht zu beanstanden.

1) Vereinbarkeit mit der E-Commerce-RL

a) Art. 14 E-Commerce-RL

Das NetzDG-E steht im Wesentlichen in Einklang mit Artikel 14 der Richtlinie 2000/31/EG (E-Commerce-RL). Hier werden Instrumente zur Regulierung sozialer Netzwerke aufgeführt, wobei Artikel 14 Abs. 3 E-Commerce-RL ausdrücklich die Möglichkeit der **Mitgliedsstaaten** offen lässt, **Verfahren** für die Entfernung einer Information oder die Sperrung des Zugangs dazu festzulegen. Dies geschieht durch § 3 NetzDG-E, der keine inhaltlichen Fragen bezüglich der zu entfernenden Informationen betrifft, sondern formale Fragen wie Fristen und Informations- sowie Speicherfristen für den Umgang mit rechtswidrigen im Sinne von strafbaren Inhalten und deren Sanktionen regelt.

Allerdings sieht Art. 14 Abs. 1 b) E-Commerce-Richtlinie für das Tätigwerden der Anbieter bei Kenntnis von einem rechtswidrigen Inhalt eine Pflicht zu „unverzöglichem“ Handeln vor. Der NetzDG-E konkretisiert diese Frist durch die Vorgabe eines Zeitraumes von 24 Stunden (offensichtlich rechtswidrige Inhalte), beziehungsweise 7 Tage (rechtswidrige Inhalte).

Der Gesetzgeber kann dem begegnen, indem er bei offensichtlich rechtswidrigen Inhalten **in der Regel innerhalb von 24 Stunden** nach Eingang der Meldung die Entfernung vorschreibt. Durch die Flexibilisierung kann zugleich dem Bedenken Rechnung getragen werden, dass die feste Frist zu einem vorschnellen Löschen von Inhalten führt, wenn die Frist zu verstreichen droht. Dieselbe Flexibilisierung durch die Verwendung von „**in der Regel innerhalb von 7 Tagen**“ sollte auch für diese Frist für die Entfernung rechtswidriger Inhalte vorgenommen werden.

b) Art. 3 E-Commerce-RL

Der Zuständigkeit des nationalen Gesetzgebers zum Erlass des NetzDG-E steht die E-Commerce-RL nicht entgegen. Nach deren Art. 3 Abs. 4 lit. a Ziff. i sind Maßnahmen der Mitgliedstaaten zulässig, die zum Schutz der öffentlichen Ordnung, insbesondere Verhütung, Ermittlung, Aufklärung und Verfolgung von Straftaten, einschließlich des Jugendschutzes und der Bekämpfung der Hetze aus Gründen der Rasse, des Geschlechts, des Glaubens oder der Nationalität, sowie von Verletzungen der Menschenwürde einzelner Personen, erforderlich sind.¹ Auf die genannten Schutzgüter zielt der NetzDG-E ab.

Zudem betreffen die im NetzDG-E geregelten Verfahrenspflichten Soziale Netzwerke nach der Definition des § Abs. 1 NetzDG-E als spezielle Dienste der Informationsgesellschaft. Die Regelungen des NetzDG dienen der Verhinderung objektiv strafbarer Taten.

¹ Dazu Schwartmann/Ohr, Recht der Sozialen Medien, Rn.105.

2) EU-Kommission begrüßt NetzDG-E

Etwaige verbleibende Bedenken gegen die Vereinbarkeit des NetzDG-E mit europarechtlichen Vorgaben können angesichts der positiven Stellungnahme der EU-Kommission vom 9. Juni 2017 zum dort vorgelegten Gesetzesentwurf bis auf weiteres auf sich beruhen.² Unabhängig davon, ist die Flexibilisierung der starren Fristen durch die Aufnahme der Wendung „**in der Regel**“ bei der 24-Stunden-Frist, ebenso wie bei der 7-Tages-Frist dringend zu empfehlen.

II) Zuständigkeitsfragen nach nationalem Recht

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das NetzDG-E ergibt sich bezüglich der Vorgaben für ein Beschwerdeverfahren der Netzwerkanbieter aus Artikel 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) und hinsichtlich der Bußgeldvorschriften aus Artikel 74 Abs. 1 Nr. 1 GG (Strafrecht).³ Das geplante Gesetz soll **Verfahrensabläufe** im Zusammenhang des Umgangs mit der Haftung von Telemedienanbietern nach dem Telemediengesetz konkretisieren.⁴ Es legt für Soziale Netzwerke im Rahmen ihrer Tätigkeit als Wirtschaftsunternehmen mit Gewinnerzielungsabsicht (§ 1 NetzDG-E) das **Verfahren bei Beschwerden** fest (§ 3 NetzDG-E), es statuiert **Berichtspflichten** (§ 2 NetzDG-E) und regelt Sanktionen beim Verstoß gegen Verfahrensvorgaben (§ 4 NetzDG-E).

Inhaltliche, medienrechtliche Vorgaben für die Bekämpfung von Hasskriminalität oder rechtliche Parameter für die Bewertung von Inhalten und Äußerungen in sozialen Netzwerken mit Blick auf die Meinungsäußerungsfreiheit enthält der NetzDG-E nicht und darf sie nicht regeln, weil sie in den Zuständigkeitsbereich der Bundesländer fallen. Der Entwurf greift damit die gängige **Trennung von inhaltsbezogenen und verfahrensbezogenen Regelungen** im TMG und dem Landesrecht auf.⁵ Die wirtschaftsregulierenden Bestimmungen im Telemediengesetz hat danach der Bund zu treffen, während die inhaltsbezogene, medienrechtliche Regulierung in Staatsverträgen der Länder, etwa im Rundfunkstaatsvertrag erfolgt.⁶

III) Zum NetzDG-E im Einzelnen

Der NetzDG-E regelt in Art. 1, Maßnahmen zur verbesserten Rechtsdurchsetzung im Netz und in Art. 2 eine Erweiterung des Auskunftsrechts nach TMG.

²Vgl. <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Netz-DG-EU-Kommission-begruesst-deutsches-Vorgehen-gegen-Hate-Speech-3740069.html>.

³ Dörr/Schwartzmann, Medienrecht, 5. Aufl., Rn.45.

⁴ Schwartzmann/Polzin in Hoeren/Bensinger, Haftung im Internet, Kapitel 6, Rn.7.

⁵ Dörr/Schwartzmann, Medienrecht, 5. Aufl., Rn.271.

⁶ Vgl. Brock/Schmittmann in Schwartzmann, Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, 3. Auflage, Kapitel 10, Rn.10.

1) Zu Art. 1 NetzDG-E

Art. 1 NetzDG-E enthält 5 Paragraphen mit Vorschriften zum Anwendungsbereich (§ 1), zur Berichtspflicht (§ 2), zum Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte (§ 3), zu Bußgeldvorschriften (§ 4) und zu einem inländischen Zustellungsbevollmächtigten (§ 5).

a) Zu § 1 NetzDG-E

§ 1 NetzDG-E legt den Anwendungsbereich des Gesetzes fest.

aa) § 1 Abs. 2 NetzDG-E

§ 1 Abs. 2 NetzDG-E befreit Soziale Netzwerke von den Pflichten der §§ 2 und 3 des Gesetzes, wenn sie im Inland weniger als zwei Millionen Nutzer haben.

(1) Probleme der Bagatellgrenze

Diese pauschale Festlegung auf die Bagatellgrenze von zwei Millionen Mitgliedern ist vor dem Hintergrund der Anforderungen der **Bestimmtheitsanforderungen** des Rechtsstaatsprinzips problematisch. Zum einen sagt die Norm nichts darüber aus, ob es sich um aktive oder passive Nutzer eines sozialen Netzwerkes handelt und auch nicht auf welchen Zeitpunkt bei der Feststellung der Nutzerzahl abzustellen ist. So ist etwa unklar, ob oder ab wann ein neu gegründetes Unternehmen dem Anwendungsbereich des Gesetzes unterfällt.

(2) Anwendungsbereich zu weit

Der Anwendungsbereich des NetzDG-E erstreckt sich auch auf Soziale Netzwerke, über die zwar Inhalte ausgetauscht, geteilt oder öffentlich zugänglich gemacht werden, die aber **typischerweise keine Foren für Persönlichkeitsrechtsverletzungen** darstellen. Zu denken ist etwa an Car-Sharing-Anbieter, Online-Versteigerer, Soziale Netzwerke zur Pflege beruflicher Kontakte oder auch Onlinespielangebote, bei denen ein reger inhaltlicher Austausch von Nutzern erfolgt, aber in aller Regel keine Persönlichkeitsrechtsverletzungen beklagt werden.

Dies mag zum einen an dem speziellen Interessen der Nutzer liegen. Es wird in vielen Fällen seine Ursache aber auch an einem bereits funktionierenden System der Anbieter zur Befriedung von Beschwerdefällen liegen. Auch Dienste, deren Nutzung in der Regel mit Klarnamen erfolgt, sind wenig anfällig für Persönlichkeitsrechtsverletzungen. In vielen Fällen, wird es nicht erforderlich, jedenfalls aber unangemessen sein, alle Anbieter von vornherein und ungeachtet ihrer spezifischen, freiwilligen Erfüllung von Sorgfaltsanforderungen, dem Anwendungsbereich des Gesetzes und den damit verbundenen strengen Rechtspflichten der §§ 2 und 3 zu unterwerfen.

(3) Lösungsanregung

Zur Minderung der rechtsstaatlichen Härten der festen Zwei-Millionen-Grenze sollte im Normtext eine Einschränkung mit Blick auf die angesprochenen Punkte erfolgen.

bb) § 1 Abs. 3 - weitere Straftatbestände

In der Praxis wurden Fälle bekannt, in denen im Rahmen von Falschmeldungen Straftaten erfunden wurden. Die hierfür einschlägigen § 145 d StGB (Vortäuschen einer Straftat) und § 164 StGB (Falsche Verdächtigung), sind im Katalog des § 1 Abs. 3 NetzDG nicht vorgesehen. Eine Aufnahme der Normen in den Katalog des NetzDG-E wäre zwar in der Sache erwägenswert, dürfte aber eine erneute Notifizierung gemäß der RiLi 2015/1535 erforderlich machen.

b) Zu § 2 NetzDG-E: De-Minimis-Regelung bei der Berichtspflicht

Bei vielen Unternehmen, die weiterhin unter den eingeschränkten Anwendungsbereich des § 1 NetzDG-E fallen, werden keine oder nur wenige Beschwerden anfallen. Dies kann an der Art des Dienstes liegen oder an prophylaktischen Maßnahmen, die über das Beschwerdemanagement hinausgehen (Community-Management, Aufklärung, Klarnamenzwang). Daher ist eine generelle Berichtspflicht nicht nur teilweise überflüssig, sondern auch unverhältnismäßig. Noch dazu ist es ein falscher Anreiz, Dienste mit erfolgreichen Strategien gegen verbotene Inhalte trotzdem dieser Pflicht zu unterwerfen. Für andere Unternehmen ist dies ein Anreiz, diese Pflicht abstreifen zu können.

aa) Privileg für „Unter-100-Anbieter“

Um den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besser zur Geltung zu bringen, sollte der Gesetzgeber erwägen, die Berichtspflicht des NetzDG-E daran anknüpfen zu lassen, ob bei einem Sozialen Netzwerk überhaupt in nennenswerter Weise Persönlichkeitsrechtsverletzungen gemeldet worden sind. Hier könnte eine zahlenmäßige Grenze – etwa von **100 jährlich gemeldeten Vorfällen** - eingezogen werden, bevor Unternehmen der Berichtspflicht unterworfen sind. Diese Anbieter können als für das Schutzgut des NetzDG-E ungefährlich gelten.

Auf diese Weise könnten Soziale Netzwerke, die sich als „Unter-100-Anbieter“ als nicht problematisch erweisen zu Recht geschont werden. Zugleich kann so ein Anreiz geschaffen werden, die Kommunikationsregeln im Netzwerk so zu gestalten, dass der Anwendungsbereich des NetzDG-E nicht anlasslos eröffnet wird. Gerade **Start-Up-Unternehmen** können mit neuen Onlineangeboten durchaus zügig die Zwei-Millionen-Grenze überschreiten und könnten solange sie im Wesentlichen beanstandungsfrei bleiben, in ihrer Unternehmerfreiheit geschützt und in ihrer über Art. 12 GG geschützten wirtschaftlichen Entfaltung **gefördert** werden, in die insbesondere durch die umfangreichen Berichtspflichten des § 2 anlasslos und zu stark eingegriffen würde.

Für Anbieter, deren Dienste für Persönlichkeitsrechtsverletzungen anfällig sind, dürfte die Überschreitung der Grenze indes außer Frage stehen, so dass sie von der Privilegierung faktisch nicht erfasst sind. Um die Zahl der eingegangenen Beschwerden nachzuhalten, wären diese intern zu dokumentieren und die Dokumentation dem Bundesamt für Justiz auf Verlangen vorzulegen.

bb) Lösungsanregung – Keine Berichtspflicht für „Unter-100-Anbieter“

Um den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besser zur Geltung zu bringen, sollte der Gesetzgeber erwägen, die Anwendung des NetzDG-E davon abhängig zu machen, dass bei einem Sozialen Netzwerk in nennenswerter Weise Persönlichkeitsrechtsverletzungen oder andere Straftaten gemeldet worden sind. Hier könnte eine zahlenmäßige Grenze – etwa von **100 jährlich gemeldeten Vorfällen** - eingezogen werden, bevor die Berichtspflicht des NetzDG greift. Diese Anbieter können als für das Schutzgut des NetzDG ungefährlich gelten.

Schwartmann - Vorschlag § 2 Abs. 3 NetzDG-E (neu):

„Die Berichtspflicht nach Abs. 1 gilt nicht für Dienste, bei denen nachweislich weniger als 100 Beschwerden im Kalenderjahr eingehen.“

c) Zu § 3 NetzDG-E

§ 3 NetzDG-E regelt den Umgang mit Beschwerden und enthält eine Reihe von problematischen Punkten.

aa) Unbestimmtheiten im Beschwerdeverfahren

Das NetzDG-E verpflichtet Anbieter dazu, ein „wirksames und transparentes Verfahren“ zur Behandlung von Beschwerden über Persönlichkeitsrechtsverletzungen zur Verfügung zu stellen. Dabei sind enge Fristen einzuhalten. Dazu ist folgendes anzumerken:

bb) Entfernung von Netzinhalten ist keine Zensur

Vorab ist festzuhalten, dass die Verpflichtung zur nachträglichen Entfernung von öffentlich gewordenen Inhalten auf Plattformen im Internet sowie deren Entfernung gerade unter dem Druck kurzer Fristen durchaus eine rechtswidrige Beeinträchtigung des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung i.S.d. Art. 5 Abs. 1 S. GG darstellen kann. Es kann sich dabei aber aus rechtlichen Gründen begrifflich **nicht** um **Zensur** im Sinne des Zensurverbots des Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG handeln, das eine absolute Eingriffsschranke darstellt⁷. Das liegt daran, dass es sich bei Löschungen von vorhandenen Inhalten durch Anbieter Sozialer Netzwerke weder

⁷ BVerfGE 33, 52, 72.

um eine *staatliche* Maßnahme, noch um eine *vor* der Äußerung erfolgende Maßnahme handelt. Zur „Nachzensur“ heißt es in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts:

„Ist das Geisteswerk an die Öffentlichkeit gelangt und vermag es Wirkung auszuüben, so gelten die allgemeinen Regeln über die Meinungs- und Pressefreiheit und ihre Schranken, wie sie sich aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 sowie aus Art. 2 GG ergeben. Diese würden gegenstandslos, wenn das Zensurverbot auch Nachzensur umfasste.“⁸

cc) Zu § 3 Abs. 3 Nr. 2 NetzDG-E – offensichtlich rechtswidrige Inhalte

(1) Verantwortung der Anbieter

Da die sofortige Perpetuierung und virale Verbreitung von strafbaren Persönlichkeitsrechtsverletzungen das Justizsystem bei der schnellen und effektiven Verfolgung dieser Straftaten überfordert, sieht sich der Gesetzgeber gezwungen, die Pflichten der Anbieter, wie sie § 10 TMG vorsieht, im NetzDG-E zu präzisieren. Der Zeitpunkt der Kenntnis der Rechtswidrigkeit wird so verfahrensrechtlich in das vorgerichtliche Stadium verlagert. Den Anbietern sozialer Netzwerke wird die Verantwortung für die Feststellung der offensichtlichen Rechtswidrigkeit zugeordnet, um so die Rechtmäßigkeit des Betriebs des Dienstes sicher zu stellen.

Die damit verbundene Zuweisung der Verantwortung an Diensteanbieter erkennt der EUGH jedenfalls im Grundsatz für den Fall des sog. „Rechts auf Vergessen werden“ an. Vor diesem Hintergrund erscheint die weitere Ausformung der Haftung in § 10 TMG über die Verfahrensvorschriften des NetzDG-E grundsätzlich nicht zu beanstanden.

(2) Offensichtlichkeit als Gesetzesbegriff

Die Verwendung des Begriffes der „**offensichtlichen Rechtswidrigkeit**“ wirft wegen seiner Unbestimmtheit Auslegungsbedarf auf. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass der Rechtsordnung die Verwendung des Kriteriums der Offensichtlichkeit geläufig ist. So ist nach **§ 44 VwVfG** ein Verwaltungsakt nichtig, „soweit er an einem besonders schwerwiegenden **Mangel** leidet und dies **bei verständiger Würdigung** aller in Betracht kommenden Umstände **offensichtlich** ist.“

Offensichtlichkeit liegt dabei vor, wenn „ggf. unter rechtlicher Würdigung – für den Beteiligten klar erkennbar ist, ihm gleichsam „ins Auge springt“, wobei es auf die Erkenntnismöglichkeit eines „Verständigen“ ankommt.“⁹ Der Rückgriff auf die verständige Würdigung zur Einordnung einer Meinungsäußerung als offensichtlich rechtswidrig hat den deutschen Richter am EuGH **Thomas von Danwitz** in Bezug auf die Wertungsentscheidung der offensichtlichen Rechtswidrigkeit im NetzDG-E dazu veranlasst, im Rahmen des 8. Kölner Mediensymposiums am 13.6.2017 ein Verfahren für die Beurteilung einer Aussage als

⁸ BVerfGE 33, 52 [53, 71 f.]. Zur fehlenden Zensur auch Schwartmann, promedia Heft 3, 2017, S.12 ff. A.A. etwa Liesching, allerdings für „faktische“ Zensur, Das Bundesverfassungsgericht wird das Netzwerkdurchsetzungsgesetz kippen, 27.4.2017, <https://community.beck.de>.

⁹ Schemmer, in Bader/Ronellenfisch, BeckOK VwVfG, 35. Edition, Stand. 1.4.2017.

offensichtlich rechtswidrig vorzuschlagen. Wenn aus einer Gruppe von **fünf verständigen Prüfern** nach kursorischer Prüfung drei zur Annahme der offensichtlichen Rechtswidrigkeit gelangen, könne diese vorbehaltlich einer gerichtlichen Überprüfung nicht festgestellt werden. **Sei man sich unter fünf verständigen Prüfern einig, läge offensichtliche Rechtswidrigkeit vor.** Nach diesem Verfahren sei weder dem Überprüfungsgremium noch dem Anbieter des sozialen Netzwerks vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln vorzuwerfen, wenn bei späterer Überprüfung ein anderes Ergebnis gefunden werde.¹⁰

Auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Prüfungspflicht des Intendanten einer Rundfunkanstalt wird das Kriterium der „Offenkundigkeit“ verwendet. So muss der Intendant des ZDF gemäß **§ 11 Abs. 2 ZDF-Staatsvertrag** die **Ausstrahlung eines Wahlwerbesspots untersagen**. Die Norm lautet:

„Der Intendant lehnt die Ausstrahlung ab, wenn es sich inhaltlich nicht um Wahlwerbung handelt oder der Inhalt **offenkundig** und schwerwiegend gegen die allgemeinen Gesetze verstößt.“

Diese **Prüfungspflicht des Intendanten** aus dem ZDF-Staatsvertrag ist inhaltlich mit der eines Anbieters eines sozialen Netzwerks vergleichbar und sie enthält eine nicht richterliche Pflicht zur Entscheidung über diese Frage, die – wie nach dem NetzDG – einer gerichtlichen Entscheidung vorgelagert ist. Diese Pflicht des Intendanten steht auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ausdrücklich neben derjenigen der Strafgerichte und sie bezieht sich explizit auf Straftatbestände.¹¹

(3) Besonderheiten bei massenhaften Löschverlangen

Es ist allerdings nicht von der Hand zu weisen, dass diese Kriterien im befürchteten Massengeschäft der Entfernung von offensichtlich rechtswidrigen Inhalten zu unscharf und unsicher sein können, um verfassungsrechtlich problematische Verkürzungen von Meinungsäußerungen im Zusammenhang mit den Katalogtaten Netz zu unterbinden (**Overblocking**). Aus diesem Grund wird in den nachfolgenden Ausführungen zu § 4 NetzDG-E ein Mechanismus vorgestellt, mit dessen Hilfe sich Anbieter freiwillig einem **System der regulierten Selbstregulierung** unterwerfen können. Geschieht dies, so gelten nach den Standards der Selbstkontrolle eingerichtete Beschwerdeverfahren als rechtmäßig. (Vgl. dazu Teil 2, III. 2 d).

Vorab ist allerdings auf die Problematik der starren Fristen (24 Stunden/7Tage) einzugehen.

¹⁰ Kleinz unter <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Netzwerkdurchsetzungsgesetz-vs-regulierte-Selbstregulierung-3743152.html?artikelseite=all>.

¹¹ BVerfGE 47, 198, 236.

(4) 24 Stunden zur Konkretisierung von unverzüglich

Art. 14 Abs. Abs. 1 b) E-Commerce-Richtlinie sieht für das Tätigwerden der Anbieter bei Kenntnis von einem rechtswidrigen Inhalt eine Pflicht zu „unverzüglichem“ Handeln vor. Der NetzDG-E konkretisiert diese Frist durch die Vorgabe eines Zeitraumes von 24 Stunden. Obwohl die EU-Kommission den NetzDG-E begrüßt hat, ist ein Verstoß der starren Grenze auch in Fällen offensichtlicher Rechtswidrigkeit gegen den flexibleren Begriff der Unverzüglichkeit im EU-Recht nicht ausgeschlossen.

Der Gesetzgeber kann dem begegnen, indem er bei offensichtlich rechtswidrigen Inhalten **in der Regel innerhalb von 24 Stunden** nach Eingang der Meldung die Entfernung vorschreibt. Durch die Flexibilisierung kann zugleich dem Bedenken Rechnung getragen werden, dass die feste Frist zu einem vorschnellen Löschen von Inhalten führt, wenn die Frist zu verstreichen droht.

dd) Zu § 3 Abs. 3 Nr. 3 NetzDG-E – rechtswidrige Inhalte

In § 3 Abs. 3 Nr. 3 NetzDG-E verpflichtet der Gesetzgeber Anbieter dazu, rechtswidrige Inhalte innerhalb von sieben Tagen nach Eingang der Beschwerde zu löschen. In den Anwendungsbereich dieser Frist dürfte die weit überwiegende Mehrzahl problematischer und nicht eindeutiger Fälle fallen.

Um auch insoweit einem möglichen Konflikt mit Art. 14 Abs. Abs. 1 b) E-Commerce-Richtlinie entgegenzuwirken, sollte auch hier vorgesehen werden, dass rechtswidrige Verstöße **in der Regel innerhalb von 7 Tagen** nach Eingang der Meldung zu entfernen sind. Durch die Flexibilisierung kann zugleich dem Bedenken Rechnung getragen werden, dass die feste Frist zu einem vorschnellen Löschen von Inhalten führt, wenn die Frist zu verstreichen droht.

Gerade in den Fällen der **einfachen Rechtswidrigkeit** begegnet die feste Frist von 7 Tagen erheblichen Problemen, weil eine Vielzahl von Fällen abschließend nicht seriös und rechtssicher behandelt werden können und beim Anbieter eine längere Prüfungsdauer für erforderlich gehalten wird. In der Konsequenz ist die **Gefahr des Overblocking** angesichts der hohen Bußgeldforderung **evident**. Aus diesem Grund ist eine verfahrensrechtliche Abfederung erforderlich. Dazu sogleich zu § 4 NetzDG-E (Vgl. dazu Teil 2, III. 2 d).

ee) Zu § 3 Abs. 3 Nr. 4 NetzDG-E

§ 3 Abs. 3 Nr. 4 NetzDG-E sieht zu Beweis Zwecken eine Frist von 10 Wochen zur **Speicherung** gelöschter Inhalte im Inland vor. Diese Datensicherung dient der Rechtswahrnehmung des Betroffenen und sie ist zu diesem Zweck erforderlich und entspricht den Anforderungen von Art. 18 DS-GVO

d) Zu § 4 NetzDG – Bußgeldvorschriften und Verfahren

§ 4 NetzDG-E enthält unter der Überschrift Bußgeldvorschriften Sanktionen bei Verstößen gegen die Verfahrensvorgaben des NetzDG-E.

aa) Maßnahmen gegen Overblocking

Es wurde bereits ausgeführt, dass die mit hohen Bußgeldandrohungen belegte Nichtbefolgung der Verfahrenspflichten des NetzDG-E Unternehmen, die befürchten gegen Tatbestände des Bußgeldkatalogs zu verstoßen, angesichts kurzer Löschfristen bei massenhaft vorgebrachten Löschanliegen zu einer übereilten Löschpraxis veranlassen kann. Diese Sorge wird von Anbietern geäußert und insbesondere von Anbieterverbänden, Journalisten und Medienjuristen zu Recht geteilt. Der Wissenschaftliche Dienst des Deutschen Bundestages fasst die zutreffenden Bedenken im Ergebnis seiner Stellungnahme vom 12.6.2017 zum NetzDG-E wie folgt zusammen:

„Im Ergebnis kann in den Vorgaben des § 3 NetzDG-E ein Eingriff in das Grundrecht der Meinungsfreiheit erkannt werden. Dieser Eingriff erscheint nach Abwägung der erörterten Belange nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt zu sein.“¹²

Der NetzDG-E ist deshalb nur dann akzeptabel, wenn er der Gefahr des Overblocking wirksam begegnen kann und in dieser Hinsicht nachgebessert wird.

bb) Lösungsanregung zu § 4 NetzDG

Um der Rechtsunsicherheit der Anbieter, sich bei der Umsetzung der Vorschriften des § 3 NetzDG-E dem Vorwurf einer vorschnellen Löschung („Overblocking“) auszusetzen, wirksam zu begegnen, sollte in das Aufsichtssystem des NetzDG-E ein Element der freiwilligen, **regulierten Selbstregulierung** eingepasst werden.¹³ Unter anderem neben Vertretern von Google und dem Bitkom¹⁴ erkennt auch der Wissenschaftliche Dienst des Deutschen Bundestages diese Möglichkeit in seinem Gutachten zum NetzDG-E vom 12.6.2017 ausdrücklich als Instrument zur Herstellung der Verfassungsmäßigkeit des NetzDG-E an.¹⁵

- **Zum Ansatz der regulierten Selbstregulierung im Allgemeinen**

Die regulierte Selbstregulierung ist ein bewährtes Instrument zur effektiven und flexiblen Regulierung von Inhaltenanbietern, durch die Verständigung auf

¹² Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages – WD 10-3000-37/17 vom 12.6.2017, S. 17.

¹³ Dazu im vorliegenden Kontext Schwartmann, So bekämpft man die Lüge im Netz, F.A.Z. vom 16.1.2017, S. 9; ders., promedia Heft 3/2017, S. 12 ff.

¹⁴ Dazu Kleinz, Bericht über das 8. Kölner Mediensymposium, Im Zweifel auch für den Hass? vom 13.6.2017 unter Mitwirkung von Thomas von Danwitz (EuGH), Arnd Haller (Google), Günter Krings (MdB, PStS im BMI), Tobias Schmid (LfM-NRW), Rolf Schwartmann (TH-Köln) und Marie-Therese Weber (Bitkom), abrufbar: <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Netzwerkdurchsetzungsgesetz-vs-regulierte-Selbstregulierung-3743152.html?artikelseite=all>. Bei dieser Veranstaltung ging es zentral um den Ansatz der regulierten Selbstregulierung zur Behebung des zentralen Mangels des NetzDG-E über dessen positive Wirkung Einigkeit bestand.

¹⁵ Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages – WD 10-3000-37/17 vom 12.6.2017, S. 11 f.

zertifizierte Standards für Prüfungsabläufe. Der Ansatz findet sich nicht nur im Jugendschutzrecht sondern ist auch wesentlicher Bestandteil anderer moderner Regulierungsansätze zur unternehmerischen Mitverantwortung, etwa im Rahmen der EU-Datenschutz-Grundverordnung. Auch hier ist die Wirtschaft aufgerufen, Standards für Datenverarbeitungsvorgänge zu erarbeiten, die von der Aufsicht anerkannt werden und deren Einhaltung mit Blick auf Bußgelder privilegiert.¹⁶

Im Regelungsbereich des NetzDG-E würden Gesetzgeber und Aufsichtsbehörde – hier das Bundesamt für Justiz (BfJ) – einen Rahmen

vorgeben, in dem die Selbstkontrollereinrichtung in Zusammenarbeit mit der Wirtschaft die Konkretisierung vornähme, die dann mit der Aufsicht verbindlich abgestimmt würde.¹⁷ Sofern ein Unternehmen sich der Einrichtung der freiwilligen Selbstkontrolle anschließt und das dort vereinbarte Verfahren zum Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte nach § 3 NetzDG-E vorhält und im Rahmen der Löschanträge befolgt, droht ihm keine Sanktion der Aufsicht nach § 4 NetzDG-E, und die Gefahr des Overblocking wäre abgewendet, wie der Sanktionsdruck nicht mehr bestünde.

- **Zu konkreten Fragen der regulierten Selbstregulierung im NetzDG**

Vorteil des Systems ist, dass Anbieter in Wahrnehmung ihrer unternehmerischen Verantwortung im Zusammenwirken mit einer privaten Selbstkontrollereinrichtung Verfahrensstandards entwickeln, die von der Aufsicht zertifiziert werden. Diese Verfahren müssen mindestens die gesetzlichen Vorgaben erfüllen können aber freiwillig auch weitergehend sein.

- **Gegenstand der Verfahrensregeln nach NetzDG-E**

Gegenstand dieser **Verfahrensstandards** könnte etwa bei der Umsetzung der Berichtspflicht des § 2 Abs. 2 Nr. 1 NetzDG-E sein, worin die dort genannten **Anstrengungen** der Anbieter konkret bestehen.

Hier könnten die Anzahl und die formale Qualifikation der Prüfer (Juristen/Journalisten etc.) und deren Herkunft aus gesellschaftlichen

¹⁶ Dazu Schwartmann/Weiss, Koregulierung vor einer neuen Blüte - Verhaltensregelungen und Zertifizierungsverfahren nach der Datenschutzgrundverordnung, RDV 2016, 68 ff. (Teil 1) und 240 ff. (Teil 2); Schwartmann/Weiß, (Hrsg.), Whitepaper zur Pseudonymisierung der Fokusgruppe Datenschutz der Plattform Sicherheit, Schutz und Vertrauen für Gesellschaft und Wirtschaft im Rahmen des Digitalgipfels 2017.

¹⁷ Dazu allgemein Schwartmann in Schwartmann, Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, 3. Aufl., 2014, Kap. 7, Jugendschutzrecht, Rn. 44 ff.; Schwartmann/Hentsch, in Bornemann/Erdemir, Jugendmedienschutzstaatsvertrag (2017), § 1 JMStV, Rn. 3 ff.; Schwartmann/Ohr, Recht der Sozialen Medien (2015), Rn.158 ff.

Gruppen bestimmt und die Mehrheitsverhältnisse bei der Entscheidung über die Rechtswidrigkeit festgelegt werden.

Zudem böte es sich an, die **Mechanismen zur Übermittlung der Beschwerden** konkret auszuformen. Hier käme es etwa darauf an, die Arten der Löschmaßnahmen technisch zu beschreiben.

- **Grundsätzliche Bindung der Aufsicht**

Wenn ein Anbieter sich der Selbstkontrolle angeschlossen oder sich ihren Standards unterworfen und die zertifizierten Verfahrensvorgaben der Selbstkontrolle eingehalten hat, muss die Aufsicht diese als rechtmäßig akzeptieren. Will es eine Abweichung hiervon durchsetzen, muss das BfJ eine Änderung der Vorgaben der freiwilligen Selbstkontrolle anmahnen, ohne dem Anbieter einen Vorwurf machen zu können.

- **Freiwilligkeit der Teilnahme an der Selbstkontrolle**

Die Teilnahme am System der Selbstkontrolle ist freiwillig. Anbieter, die sich der Selbstkontrolleinrichtung nicht anschließen, weil sie eigene Standards des Beschwerdeverfahrens bevorzugen, können diese selbst entwickeln. Bei einem Verstoß gegen die Regeln des § 3 NetzDG-E haften sie dann gemäß § 4 NetzDG-E unmittelbar und uneingeschränkt.

- **Y-Modell (Verfahren/Inhalt) bei FSM**

Als Selbstkontrolleinrichtung könnte beispielsweise die Freiwillige Selbstkontrolle Medien (FSM) auftreten.¹⁸ Um der Parallelität von Verfahrensfragen (NetzDG-E) und inhaltlichen Fragen der Medienregulierung bei der Bewertung von Äußerungen (Recht der Länder) gerecht zu werden, könnte die FSM im Rahmen eines **Y-Modells** als Selbstkontrolleinrichtung in beiden Fällen vorgeschaltet werden. Sie wäre dann als bewährte Einrichtung der Selbstkontrolle sowohl für inhaltliche Fragen als auch für Verfahrensfragen zuständig.

- **Gesplittete Aufsicht (BfJ/KJM)**

Die **Aufsicht** über die Einrichtung wäre im Y-Modell **gesplittet**. Für inhaltliche Fragen wäre die KJM als Aufsichtsorgan der Länder zuständig und für die geschilderten Verfahrensfragen nach dem NetzDG das BfJ. Diese Trennung ist erforderlich, da für inhaltliche Fragen der Bewertung von Äußerungen die Länder über die staatsferne KJM zuständig sind. Für Verfahrensfragen zu den Voraussetzungen der zivilrechtlichen Haftung im NetzDG zur Konkretisierung des TMG wäre der Bund über das Recht Wirtschaft zuständig. In diesem letztgenannten Fall, wäre die Staatsferne der

¹⁸ Dazu Braml, in Bornemann/Erdemir, Jugendmedienschutzstaatsvertrag (2017), § 19 JMStV, Rn.10.

Aufsichtseinrichtung mangels inhaltlicher Prüfungskompetenzen entbehrlich und sie könnte insoweit beim Bundesamt für Justiz liegen.

- **Effizienz der freiwilligen Selbstkontrolle in Massenverfahren**

Das vorgeschlagene Verfahren ist insbesondere bei **massenhaften Beschwerden** ein **effizientes Mittel** zur zügigen und rechtssicheren Einordnung von rechtswidrigen Verfahrensverletzungen. Wenn bewährte, transparente und feste Standards vorliegen, kann ein eingespieltes Kontrollgremium im Unternehmen anhand der zertifizierten rechtlichen Rahmenvorgaben auch komplexere Fälle im Rahmen einer verständigen Würdigung binnen kurzer Fristen prüfen.

- **Durchgriffssperre zur Verhinderung von Overblocking**

Rechtstechnisch ist die Herstellung von Rechtssicherheit als Anreiz für eine pflichtbewusste Umsetzung der Anforderungen in § 3 NetzDG-E über eine **Durchgriffssperre** des BfJ gegenüber den Anbietern nach dem Vorbild des § 20 Abs. 5 JMStV herzustellen. Diese Durchgriffssperre für das BfJ auf den Katalog der Sanktionen in § 4 NetzDG-E bewirkt, dass der Anbieter Vertrauensschutz genießt, wenn er die Standards der Selbstkontrolle umgesetzt hat.

- **Verortung in § 4 (Verfahren)**

Weil es sich um eine Privilegierung im Rahmen der Sanktionen des § 4 NetzDG-E handelt, muss die Selbstregulierung auch bei den **Verfahrensvorschriften** im Umfeld des Abs. 4 von § 4 NetzDG verortet werden.

Eine **Formulierung**, die dieses Konzept im NetzDG-E umsetzt, könnte angelehnt an § 20 Abs. 5 JMStV wie folgt lauten:

Schwartmann-Vorschlag **§ 4 Abs. Abs. 4a NetzDG-E (neu)**:

„Gehört ein Anbieter von Telemedien einer anerkannten Einrichtung der Freiwilligen Selbstkontrolle im Sinne des Jugendmedienschutzstaatsvertrages an oder unterwirft er sich ihren Statuten, so ist bei behaupteten Verstößen gegen die Pflichten aus § 3 durch das Bundesamt für Justiz zunächst diese Einrichtung mit den behaupteten Verstößen zu befassen. Maßnahmen nach Absatz 1 gegen den Anbieter durch das Bundesamt für Justiz sind nur dann zulässig, wenn die Entscheidung oder die Unterlassung einer Entscheidung der anerkannten Einrichtung der Freiwilligen Selbstkontrolle die rechtlichen Grenzen des Beurteilungsspielraums überschreitet.“

cc) Kompetenz zur Aufsicht beim Bund wegen Verfahrensfragen

Der Bundesrat beanstandet die Kompetenz des BfJ auch in Verfahrensfragen wegen der faktischen Auswirkungen auf die Meinungsfreiheit (Punkt 7 der Stellungnahme des Bundesrates vom 2.6.2017).

Ob der Grundsatz der Staatsferne bei der Regulierung sozialer Medien in derselben Weise Geltung beanspruchen muss wie beim Rundfunk, ist eine schwierig zu beantwortende und offene Frage. Nicht zuletzt die zahlreichen Inhalte, die staatliche Organe einschließlich des Bundesrates in sozialen Netzwerken verbreiten, sprechen eindeutig dafür, dass sich der Grundsatz der Staatsferne jedenfalls in der Verfassungswirklichkeit nicht auf die Regulierung sozialer Medien erstreckt.

Unabhängig davon, ob der Grundsatz der Staatsferne im Bereich der Telemedien überhaupt in einer dem Rundfunk vergleichbaren Weise einschlägig ist, ist die Position des Bundesrates zur Kompetenz für das NetzDG-E auch bei Anlegen strenger Maßstäbe nicht überzeugend. Selbst wenn Verfahrensverstöße unter Aufsicht des BfJ Auswirkungen auf die Meinungsvielfalt im Internet haben könnten, so stellt dies nur einen Rechtsreflex dar und ändert nichts daran, dass die Aufsichtsmaßnahmen als solche ausschließlich Verfahrensfragen betreffen.

Auch die Kritik des Bundesrates an einer Durchgriffssperre ist unberechtigt, weil die Privilegierung hier gerade nicht für die rechtswidrigen Inhalte gilt, sondern ausschließlich für die Sanktionen des § 4 NetzDG-E. Sie würde also nur im Falle eines unzureichenden Beschwerdemanagements gelten. Anders als bei technischen Jugendschutzprogrammen, die die Bundesländer mit der letzten Änderung des Rundfunkstaatsvertrages ermöglicht haben, wird hier keine generelle Durchgriffssperre gewährt. Alle weiteren materiellen Ansprüche blieben vollumfänglich bestehen, so dass verbotene Inhalte weiterhin unverzüglich entfernt werden müssten. Gerade weil lediglich das Beschwerdemanagement durch die Selbstkontrollenrichtung geprüft wird – und nicht die Inhalte –, besteht hier kein Wertungswiderspruch mit dem JMStV, so dass die Bedenken des Bundesrates in diesem Punkt ausgeräumt sein sollten (Nr. 6 der Stellungnahme des Bundesrates vom 2.6.2017).

Dass der Standpunkt des Bundesrates nicht überzeugt, belegt schließlich eine Kontrollüberlegung aus dem Jugendschutzgesetz. Es regelt die Klassifizierung jugendgefährdender Trägermedien, die auch Auswirkungen auf die freie Meinungsäußerung haben. Gesetzliche Kontrollbehörde ist hier aber, ohne dass dies Anlass zu einer Beanstandung der Kompetenz des Bundes gäbe, die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien (BPjM), die gemäß § 17 JuSchG beim Bund errichtet ist.¹⁹

dd) Keine Notifizierungspflicht wegen mangelnder Verbindlichkeit

Eine erneute Notifizierung des NetzDG-E dürfte für die freiwillige Einbindung in das System der regulierten Selbstregulierung nach cursorischer Prüfung nicht erforderlich sein, weil es sich hier nicht um eine technische Vorschrift i.S.v. Art. 1 Abs. 1 f) handelt, deren *Beachtung* rechtlich oder de facto verbindlich wäre. Dies liegt daran, dass die freiwillige Unterwerfung unter die freiwillige Selbstkontrolle, weder rechtlich noch de facto im Sinne von Art. 1 b) f) RL

¹⁹ Dazu Schwartmann in Schwartmann, Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, 3. Aufl., 2014, Kap. 7, Jugendschutzrecht, Rn.45 ff.

2015/1535 zur Beachtung des hinzugefügten § 4 Abs. 4 a NetzDG-E verpflichtet, und insofern die **Beachtung der Norm nicht verbindlich ist**. Die Möglichkeit einer Privilegierung ist auch keine Verwaltungsvorschrift im Sinne der Norm. Wer sich gegen die Privilegierung entschließt, weil er das Beschwerdeverfahren eigenständig organisieren will, ist in jeder Beziehung frei dazu, ohne Nachteile durch § 4 Abs. 4 a NetzDG-E (Schwartzmann) zu erleiden.

FAZIT: Ohne Einbindung der regulierten Selbstregulierung zur Abfederung der Gefahren des „Overblocking“ wäre das NetzDG gerade im Falle nicht offensichtlicher Rechtswidrigkeit verfassungsrechtlich nicht haltbar, weil durch Verfahrensverstöße veranlasstes Overblocking mittelbare Auswirkungen auf die Meinungsvielfalt im Internet hat. Das Bundesverfassungsgericht sieht bereits dann die Meinungsvielfalt als verletzt an, wenn eine Gefahr für deren Störung besteht.²⁰ Das ist wegen der abschreckenden Wirkung der Bußgelder, die bei Verfahrensverstößen drohen, der Fall, wenn die Vielfalt nicht über eine Privilegierung der Mitglieder der Selbstkontrollenrichtung gesichert wird.

2) Zu Art. 2 NetzDG-E: Änderung von § 14 Abs. 2 Telemediengesetz

Art. 2 NetzDG-E sieht eine Änderung des § 14 Abs. 2 NetzDG-E und eine Erweiterung des dort geregelten Auskunftsanspruchs vor. Die Norm soll wie folgt lauten (Ergänzung fett und kursiv)

(2) Auf Anordnung der zuständigen Stellen darf der Diensteanbieter im Einzelfall Auskunft über Bestandsdaten erteilen, soweit dies für Zwecke der Strafverfolgung, zur Gefahrenabwehr durch die Polizeibehörden der Länder, zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder, des Bundesnachrichtendienstes oder des Militärischen Abschirmdienstes oder des Bundeskriminalamtes im Rahmen seiner Aufgabe zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus oder zur Durchsetzung der Rechte am geistigen Eigentum **oder anderer absolut geschützter Rechte** erforderlich ist.

Auf diese Weise würde der Anspruch auf Auskunft auf **Bestandsdaten** (z.B. Name, Anschrift) eines Nutzers gegen einen Diensteanbieter insbesondere mit Blick auf Persönlichkeitsrechtsverletzungen erweitert.²¹ So würde ein zivilrechtlicher Auskunftsanspruch eröffnet, den der Bundesgerichtshof in der *Jameda*-Entscheidung²² zwar der Sache nach befürwortet, aber wegen fehlender datenschutzrechtlicher Befugnis abgelehnt hatte. Die Änderung würde insofern zur Schließung einer Rechtsschutzlücke führen, als ein Auskunftsanspruch eine zivilrechtliche Rechtsverfolgung von Opfern von deliktsrechtlich relevanten Äußerungsoptionen ermöglichen würde.²³ Sinnvoll wäre in diesem Zuge auch eine Ausweitung der Anspruchsberechtigten nach § 14 Abs. 2 TMG auf die Landesmedienanstalten.

²⁰ Zu dieser Anforderung Dörr/Schwartzmann, Medienrecht, 5. Aufl. (2015), Rn.202 a ff.

²¹ Brock/Schmittmann in Schwartzmann, Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, 3. Auflage, Kapitel 10, Rn.110.

²² Urt. V. 1. 7. 2004, BGHZ 201,380.

²³ Dazu Gersdorf, ergänzende Stellungnahme vom 29.3.2017 zum NetzDG-E unter I.3.

a) Kohärenz TMG und BDSG (2017)

Die Erweiterung des Auskunftsanspruchs im Telemediengesetz sollte in Übereinstimmung mit der gesetzgeberischen Wertung des in Anpassung an die EU-Datenschutz-Grundverordnung geänderten Bundesdatenschutzgesetzes erfolgen, das mit der Verordnung am 25. Mai 2018 wirksam werden wird.

§ 24 Abs. 1 BDSG (2017) über die „**Verarbeitung zu anderen Zwecken durch nichtöffentliche Stellen**“ also **Unternehmen** lautet:

„(1) Die Verarbeitung personenbezogener Daten zu einem anderen Zweck als zu demjenigen, zu dem die Daten erhoben wurden, durch nichtöffentliche Stellen ist zulässig, wenn

1. sie zur Abwehr von Gefahren für die staatliche oder öffentliche Sicherheit oder zur Verfolgung von Straftaten erforderlich ist oder
2. sie zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung zivilrechtlicher Ansprüche erforderlich ist,

sofern nicht die Interessen der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegen.“

§ 24 Abs. 1 Nr. 2 BDSG (2017) gestattet zur Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche, um die es auch in § 14 Abs. 2 TMG geht, die Verarbeitung und damit auch die Weitergabe personenbezogener Daten (Bestands- und Nutzungsdaten) zu einem anderen Zweck als dem Erhebungszweck. Allerdings macht die Norm die Weitergabe der Daten von einer **Interessenabwägung** durch das datenverarbeitende Unternehmen abhängig. Läge also eine Persönlichkeitsrechtsverletzung vor, so müsste das Unternehmen vor einer Weitergabe von Bestandsdaten prüfen, ob die Interessen des Betroffenen am Zurückhalten der Daten, dem Interesse des Auskunftsverlangenden vorgehen. Im Fall, der der Jameda-Entscheidung des BGH zugrunde lag, konnte der Äußernde einer rechtswidrigen und anonym auf demselben Portal nach Löschung erneut rechtswidrig verbreiteten Bewertung, wegen der eindeutigen Anordnung in § 14 Abs. 2 TMG dem Auskunftersuchenden nicht genannt werden. In Fällen wie diesen dürfte die Abwägung eindeutig zugunsten des Auskunftersuchenden ausfallen. In anderen Fällen, in denen etwa ein Äußernder in berechtigter Weise vor unzumutbaren Folgen von Seiten des anonym Kritisierten geschützt werden müsste – etwa bei anonymer Kritik an einer gewaltbereiten Organisation – dürfte die Interessenabwägung zu Lasten des Anfragenden ausfallen.

b) Lösungsanregung zu § 14 Abs. 2 TMG

Um eine **kohärente Wertung des Datenschutzes** im TMG und BDSG zu erzeugen, sollte eine **Abwägungsklausel** auch in die geplante Änderung des TMG aufgenommen werden. Das Gesetz könnte wie folgt lauten:

Schwartmann-Vorschlag zu § 14 Abs. 2 TMG

(2) Auf Anordnung der zuständigen Stellen darf der Diensteanbieter im Einzelfall Auskunft über Bestandsdaten erteilen, soweit dies für Zwecke der Strafverfolgung, zur Gefahrenabwehr durch die Polizeibehörden der Länder, zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder, des Bundesnachrichtendienstes oder des Militärischen Abschirmdienstes oder des Bundeskriminalamtes im Rahmen seiner Aufgabe zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus oder zur Durchsetzung der Rechte am geistigen Eigentum **oder, sofern nicht die Interessen des von der Auskunft betroffenen denen des Auskunftssuchenden überwiegen, anderer absolut geschützter Rechte** erforderlich ist.

Auf diese Weise würde den Interessen des Datenschutzes bei der Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche im TMG im Gleichlauf mit der Wertung des BDSG (2017) Rechnung getragen. Wegen einer angemessenen Berücksichtigung des Datenschutzes durch die Abwägungsentscheidung der Auskunftsverpflichteten würde sich auch die Forderung nach einem **Richtervorbehalt** für den Auskunftsanspruch im TMG **erübrigen**. Der Gesetzgeber würde also hier den Datenschutz in dieser konkreten Situation in Einklang mit § 24 Abs. 1 Nr. 2 BDSG (2017) nicht in die Hand der Gerichte, sondern in die der Wirtschaft legen und diese wie im Bereich des BDSG (2017) in die Mitverantwortung nehmen.

Unabhängig von dieser Überlegung ist zu berücksichtigen, dass die spezialgesetzlichen Regelungen der §§ 101 Abs. 1, 2 und 9 UrhG, 140 b Abs. 1, 2 und 9 PatentG, 19 Abs. 1, 2 und 9 MarkenG die § 14 Abs. 2 TMG mit Blick auf das geistige Eigentum spezialgesetzlich ausformen, einen Richtervorbehalt lediglich bei Auskunftsverlangen über Verkehrsdaten nach § 3 Nr. 30 TKG vorsehen. Vorliegend geht es aber um Bestandsdaten. Für diese lehnt die Gesetzesbegründung zu den Auskunftsansprüchen einen Richtervorbehalt im Zusammenhang mit dem geistigen Eigentum ab.²⁴ Begründet wird dies erstens mit der Überlastung der Gerichte und zweitens dem Umstand, dass der Richtervorbehalt dem Zivilrecht fremd ist und zu einer Durchbrechung des Beibringungsgrundsatzes führt.

Sofern der Abwägungsgrundsatz für Auskunftsverlangen zu absolut geschützten Rechten wie im BDSG (2017) Eingang in das TMG fände, wäre der Richtervorbehalt jedenfalls bei Bestandsdatenauskünften aus Gründen des Datenschutzes entbehrlich. Dementsprechend empfiehlt die BfDI in ihrer Stellungnahme zur Änderung von § 14 Abs. 2 TMG eine „unabhängige Vorabprüfung“, wobei ein Richtervorbehalt nur beispielhaft erwähnt ist.²⁵ Dem würde die Abwägungsklausel entsprechen, denn sie stellt eine datenschutzrechtlich angemessene und im neuen BDSG bereits verankerte Sicherungsmaßnahme dar.

²⁴ BT-Drs. 16/5048, S.55 f.

²⁵ Stellungnahme der BfDI zum NetzDG-E v. 23.5.2017.

IV) Zusammenfassung der Formulierungsvorschläge

Neben der empfohlenen Ergänzung durch die Worte „**in der Regel**“ vor den starren Fristen von 24 Stunden beziehungsweise 7 Tagen in § 3 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 NetzDG-E, wurden folgende Formulierungsvorschläge unterbreitet.

1) „Unter-100-Anbieter“ (§ 2 Abs. 3 NetzDG-E – neu)

„Die Berichtspflicht nach Abs. 1 gilt nicht für Dienste, bei denen nachweislich weniger als 100 Beschwerden im Kalenderjahr eingehen.“

2) Durchgriffssperre (§ 4 Abs. 4 a NetzDG-E- neu)

„Gehört ein Anbieter von Telemedien einer anerkannten Einrichtung der Freiwilligen Selbstkontrolle im Sinne des Jugendmedienschutzstaatsvertrages an oder unterwirft er sich ihren Statuten, so ist bei behaupteten Verstößen gegen die Pflichten aus § 3 durch das Bundesamt für Justiz zunächst diese Einrichtung mit den behaupteten Verstößen zu befassen. Maßnahmen nach Absatz 1 gegen den Anbieter durch das Bundesamt für Justiz sind nur dann zulässig, wenn die Entscheidung oder die Unterlassung einer Entscheidung der anerkannten Einrichtung der Freiwilligen Selbstkontrolle die rechtlichen Grenzen des Beurteilungsspielraums überschreitet.“

3) § 14 Abs. 2 TMG – Auskunftsanspruch - neu

(2) Auf Anordnung der zuständigen Stellen darf der Diensteanbieter im Einzelfall Auskunft über Bestandsdaten erteilen, soweit dies für Zwecke der Strafverfolgung, zur Gefahrenabwehr durch die Polizeibehörden der Länder, zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder, des Bundesnachrichtendienstes oder des Militärischen Abschirmdienstes oder des Bundeskriminalamtes im Rahmen seiner Aufgabe zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus oder zur Durchsetzung der Rechte am geistigen Eigentum **oder, sofern nicht die Interessen des von der Auskunft betroffenen denen des Auskunftssuchenden überwiegen, anderer absolut geschützter Rechte** erforderlich ist.