

Netzwerkdurchsetzungsgesetz

Iwers, Steffen Johann; Lechleitner, Marc

Veröffentlichungsversion / Published Version

Gutachten / expert report

Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:

Landtag Brandenburg – Parlamentarischer Beratungsdienst

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Iwers, S. J., & Lechleitner, M. (2019). *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*. (Wahlperiode Brandenburg, 7/1). Potsdam: Landtag Brandenburg, Parlamentarischer Beratungsdienst. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-65649-8>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC-ND Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell-Keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC-ND Licence (Attribution-Non Commercial-NoDerivatives). For more information see:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>

Netzwerkdurchsetzungsgesetz

Bearbeiter: Dr. Steffen Johann Iwers, Marc Lechleitner

Datum: 22. Oktober 2019

Die Gutachten des Parlamentarischen Beratungsdienstes des Landtages Brandenburg sind unter www.parlamentsdokumentation.brandenburg.de veröffentlicht. Die weitere Verarbeitung, Verbreitung oder Veröffentlichung – auch auszugsweise – ist nur unter Angabe der Quelle zulässig. Jede Form der kommerziellen Nutzung ist untersagt.

Inhaltsverzeichnis

A.	Auftrag.....	3
B.	Stellungnahme	4
	I. Zu Frage 1	4
	1. Rechtswidrige Inhalte	4
	2. Prüfpflicht	7
	II. Zu Frage 2	7
	1. Kein Verstoß des NetzDG als Bundesrecht gegen die Landesverfassung	7
	2. Verstoß gegen das Grundgesetz?.....	7
	a) Gesetzgebungskompetenz des Bundes.....	8
	aa) Gesetzesbegründung	8
	bb) Diskussion der bundesseitig beanspruchten Gesetzgebungskompetenz	9
	(1) Recht der Wirtschaft, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG.....	9
	(2) Öffentliche Fürsorge, Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG.....	14
	(3) Strafrecht, Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG.....	14
	(4) Erforderlichkeit der Regelung, Art. 72 Abs. 2 GG.....	15
	cc) Stellungnahme.....	16
	(1) Kompetenztitel	16
	(2) Erforderlichkeit der Regelung, Art. 72 Abs. 2 GG.....	22
	(a) Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse	23
	(b) Wahrung der Rechtseinheit	25
	(c) Wahrung der Wirtschaftseinheit.....	27
	(3) Ergebnis.....	31
	b) Verstoß gegen die Grundrechte, insbesondere die Kommunikationsgrundrechte	32
	aa) Kommunikationsgrundrechte der Netzbetreiber	33
	bb) Kommunikationsgrundrechte der Nutzer	34
	(a) Overblocking versus Underblocking	34
	(b) Grundrechtsschutz durch Verfahren.....	38
	(aa) Einbeziehung der Netzbetreiber und staatliche Verantwortung.....	39
	(bb) Verfahrensrechtliche Position der Nutzer.....	40
	cc) Das NetzDG in der Umsetzungspraxis	42

3.	Verstoß gegen europäisches Recht?	44
a)	Vereinbarkeit mit der E-Commerce-Richtlinie	45
aa)	Das Herkunftslandprinzip nach Art. 3 Abs. 2 ECR.....	45
bb)	Die Beschränkung der Verantwortlichkeit von Dienstanbietern nach den Art. 12 ff. ECR.....	51
b)	Vereinbarkeit mit den europäischen Grundfreiheiten und Grundrechten	53
III.	Zu Frage 3 (geplante Änderungen des NetzDG)	53
IV.	Zu Frage 4 (Verstoß gegen weiteres Bundes-, Landes- oder europäisches Recht?)	55
V.	Zusammenfassende Beantwortung der Fragen	55
1.	Zu Frage 1	55
2.	Zu Frage 2	56
a)	Verstoß gegen die Landesverfassung?.....	56
b)	Verstoß gegen das Grundgesetz?	56
c)	Verstoß gegen EU-Recht?	57
3.	Zu Frage 3	58
4.	Zu Frage 4	58

A. Auftrag

Der Parlamentarische Beratungsdienst ist beauftragt worden, die Vereinbarkeit des Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG) mit der Landesverfassung (LV), dem Grundgesetz (GG), sonstigem Bundesrecht und europäischem Recht zu überprüfen.

Die gestellten Fragen lauten im Einzelnen wie folgt:

1. Was ist konkret unter „rechtswidrigen Inhalten“ i.S.d. NetzDG in dezidiertem Aufschlüsselung der Tatbestandsmerkmale zu verstehen und wer prüft das Vorliegen der Voraussetzungen?

2. Verstoßen die Regelungen des NetzDG gegen die Verfassung des Landes Brandenburg, das Grundgesetz und europäisches Recht?

3. Verstoßen die in dem angekündigten Reformgesetz geplanten Änderungen des NetzDG (u.a. Schwerpunktstaatsanwaltschaften, Auskunftsrechte, Speicherfristen, Übermittlung von IP-Adressen) gegen die Verfassung des Landes Brandenburg, das Grundgesetz und europäisches Recht?

4. Verstoßen die derzeitigen Regelungen als auch die geplanten Änderungen des NetzDG (u.a. Schwerpunktstaatsanwaltschaften, Auskunftsrechte, Speicherfristen, Übermittlung von IP-Adressen) gegen weiteres Landes-, Bundes- oder europäisches Recht?

In Teilen betreffen die Fragestellungen allein das Verhältnis des NetzDG als Bundesrecht zu Bundesverfassungs- und Europarecht, wodurch Aufgaben des Landtages Brandenburg nicht unmittelbar betroffen sind. Daher beschränkt sich das Gutachten hier auf eine Darstellung der geführten Diskussion und enthält sich insoweit einer rechtlichen Bewertung des NetzDG.¹

B. Stellungnahme

I. Zu Frage 1

1. Rechtswidrige Inhalte

Den Begriff der „rechtswidrigen Inhalte“ definiert § 1 Abs. 3 NetzDG selbst (Legaldefinition). Hiernach sind rechtswidrige Inhalte solche, die den Tatbestand im Einzelnen angeführter Strafnormen erfüllen und „nicht gerechtfertigt“ sind. Dagegen verwendet das Gesetz weder den Begriff des „hate speech“ oder der „fake news“ oder entsprechende deutsche Termini, sondern bezieht sich auf Tatbestände des StGB, „deren Umfang und Grenzen für sich gesehen durch strafgerichtliche Judikatur eigentlich recht klar gezogen sind“².

¹ Zum NetzDG-E siehe Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, „Entwurf eines Netzwerkdurchsetzungsgesetzes – Vereinbarkeit mit der Meinungsfreiheit“, WD 10-3000-037/17 vom 12. Juni 2017, und „Der Entwurf des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes – Vereinbarkeit mit dem Herkunftslandprinzip“, PE 6 - 3000 - 32/17 vom 29. Mai 2017; die Gutachten finden sich hier: <https://www.bundestag.de/resource/blob/510514/eefb7cf92dee88ec74ce8e796e9bc25c/wd-10-037-17-pdf-data.pdf>
<https://www.bundestag.de/resource/blob/510384/c5bdf3939cf1a4529d2f7abf11065ee5/pe-6-032-17-pdf-data.pdf>.

² *Bautze*, Verantwortung im Netz – Anmerkungen zum Netzwerkdurchsetzungsgesetz, KJ 2019, S. 203, 207; ähnlich *Buchheim*, Anfängerhausarbeit – Öffentliches Recht: Grundrechte – Zensor wider Willen?, JuS 2018, S. 548, 554.

Die von § 1 Abs. 3 NetzDG in Bezug genommenen Normen des StGB behandeln mit den §§ 86 StGB (Verbreiten von Propagandamitteln verfassungswidriger Organisationen), 86a StGB (Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen), 89a StGB (Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat), 91 StGB (Anleitung zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat) und 100a StGB (Landesverräterische Fälschung) Straftaten der Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates und des Landesverrats, mit den §§ 126 StGB (Störung des öffentlichen Friedens durch Androhung von Straftaten), 129 StGB (Bildung krimineller Vereinigungen), 129a (Bildung terroristischer Vereinigungen), 129b StGB (Kriminelle und terroristische Vereinigungen im Ausland), 130 StGB (Volksverhetzung), 131 StGB (Gewaltdarstellung) und 140 StGB (Belohnung und Billigung von Straftaten) Straftaten gegen die öffentliche Ordnung, mit § 166 StGB (Beschimpfung von Bekenntnissen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsvereinigungen) eine Straftat, die sich auf Religion und Weltanschauung bezieht, mit § 184b StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften) in Verbindung mit § 184d StGB (Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien; Abruf kinder- und jugendpornographischer Inhalte mittels Telemedien) eine Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung, mit den §§ 185 StGB (Beleidigung), 186 StGB (Üble Nachrede) und 187 StGB (Verleumdung) StGB Straftaten gegen die persönliche Ehre, mit § 201a StGB (Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen) eine Straftat der Verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs, mit § 241 StGB (Bedrohung) eine Straftat gegen die persönliche Freiheit und mit § 269 StGB (Fälschung beweiserheblicher Daten) schließlich ein Delikt aus dem Bereich der Urkundenfälschung.

In der juristischen Literatur wird zuvörderst diskutiert, ob der Begriff der rechtswidrigen Inhalte den Netzwerkbetreiber verpflichtet, jeweils das Vorliegen des objektiven *und* des subjektiven Tatbestandes sowie die Rechtswidrigkeit der inkriminierten Handlung zu prüfen, oder ob die Prüfung auf den objektiven Tatbestand und die Rechtswidrigkeit beschränkt ist.³ Dabei wird der objektive Tatbestand einer Strafnorm erfüllt, wenn die hierin aufgestellten tatbestandlichen Voraussetzungen vorliegen (z.B. müssen nach § 86a StGB „Propagandamittel“ einer „vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärten

³ Weitere Kritik bei *Liesching*, Was sind „rechtswidrige Inhalte“ im Sinne des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes?, ZUM 2017, S. 809, 812 f.

Partei“ „im Inland verbreitet“ werden).⁴ Der subjektive Tatbestand bezieht sich auf den Täter, der die Tat regelmäßig vorsätzlich, § 15 StGB, begehen muss.⁵ Die Rechtswidrigkeit (§ 11 Nr. 5 StGB) ist bei Vorliegen der objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale indiziert⁶ und entfällt nur, wenn dem Täter Rechtfertigungsgründe (etwa in Gestalt der Notwehrhandlung, § 32 StGB) zur Seite stehen. Die Frage nach der Schuld des Täters – diese liegt u.a. nicht vor, wenn es an der Schuldfähigkeit fehlt, §§ 19-21 StGB – stellt sich für § 1 Abs. 3 NetzDG dagegen nicht.⁷

Die Gesetzesbegründung ist in dieser Frage etwas ambivalent: Zum einen wird ausgeführt, nur solche rechtswidrigen Inhalte würden erfasst, die „den objektiven Tatbestand der Strafnormen erfüllen“, zum anderen aber wird ohne Differenzierung zwischen objektivem und subjektivem Tatbestand allein auf den „Tatbestand“ der genannten Normen, der erfüllt werden müsse, abgestellt⁸. Hierneben wird aber explizit angesprochen, dass ausschließlich Handlungen, die den Tatbestand eines der genannten Strafgesetze erfüllen und rechtswidrig, aber nicht notwendigerweise schuldhaft begangen werden, erfasst sein sollen. Damit werden alle Elemente der Strafbarkeit benannt,⁹ sodass die Annahme nahe liegt, dass nach dem Willen des Gesetzgebers objektiver und subjektiver Tatbestand erfüllt sein sollen.¹⁰

Auch die überwiegende Auffassung in der juristischen Literatur¹¹ geht mit guten Gründen davon aus, dass sowohl objektiver als auch subjektiver Tatbestand erfüllt sein müssen, damit es sich bei einem Beitrag um einen rechtswidrigen Inhalt im Sinne des § 1 Abs. 3

⁴ Zu den im NetzDG aufgeführten Straftatbeständen eingehend *Liesching* (Fn. 3), S. 811 f.

⁵ *Liesching* (Fn. 3), S. 810, 812: NetzDG beinhaltet Vorsatzdelikte.

⁶ *Fischer*, StGB, 65. Aufl. 2018, Vor § 13 Rn. 46.

⁷ *Guggenberger*, Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz, NJW 2017, S. 2577, 2578; *Kubiciel*, Neuartige Sanktionen für soziale Netzwerke? Der Regierungsentwurf zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken, juris,PR-StrafR 7/2017, Anm. 1, II. 1.: Das NetzDG beabsichtige keine Bestrafung des Täters, sondern einen angemessenen Umgang des Netzwerkes mit Beschwerden über zu löschende Inhalte; *Steinbach*, Meinungsfreiheit im postfaktischen Umfeld, JZ 2017, S. 653, 660.

⁸ BT-Drs. 18/12356, S. 12 (A. II.), S. 19 f. (B. Zu Artikel 1, § 1 Absatz 3).

⁹ BT-Drs. 18/12356, S. 19 f.

¹⁰ *Kubiciel* (Fn. 7), II. 1.; *Kalscheuer/Hornung*, Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz – Ein verfassungswidriger Schnellschuss, NJW 2017, S. 1721, 1722; a.A. wohl *Liesching* (Fn. 3), S. 812 f.: „unklar“.

¹¹ *Guggenberger* (Fn. 7), S. 2578; *Kubiciel* (Fn. 7), II. 1.; *Peifer*, Netzwerkdurchsetzungsgesetz: Selbstbehauptung des Rechts oder erster Schritt in die selbstregulierte Vorzensur? – Zivilrechtliche Aspekte, AfP 2018, S. 14, 16 f.

NetzDG handelt. Hierfür spreche, dass nach allgemeinem Verständnis unter den strafrechtlichen Tatbestandsbegriff der objektive und der subjektive Tatbestand fallen.¹²

2. Prüfpflicht

Ob die jeweiligen Voraussetzungen der in § 1 Abs. 3 NetzDG aufgeführten Normen vorliegen, haben zuvörderst die Adressaten des Gesetzes, § 1 Abs. 1 NetzDG, also die Anbieter sozialer Netzwerke mit mindestens zwei Millionen im Inland registrierten Nutzern, eigenständig zu prüfen. Hierneben prüft dies ggfs. das Bundesamt für Justiz als für die Führung von Bußgeldverfahren gemäß § 4 Abs. 4 NetzDG zuständige Bußgeldbehörde inzident im Rahmen der ihm obliegenden Überwachung. Gemäß § 4 Abs. 5 NetzDG soll das Bundesamt vorab eine gerichtliche Entscheidung darüber herbeiführen, ob nicht entfernte oder gesperrte Inhalte rechtswidrig sind, wenn es ein von ihm verhängtes Bußgeld auf die Rechtswidrigkeit der Inhalte stützen will.

II. Zu Frage 2

1. Kein Verstoß des NetzDG als Bundesrecht gegen die Landesverfassung

Das NetzDG kann als (einfaches) Bundesrecht nicht gegen Vorschriften der Landesverfassung verstoßen. Im Falle einer Kollision zwischen Bundes- und Landesrecht sieht vielmehr Art. 31 GG vor, dass Bundesrecht Landesrecht bricht. Ob dies in jedem Fall auch im Verhältnis einfachen Bundesrechts zu Landesverfassungsrecht gelten kann, ob also kollidierendes Landesverfassungsrecht nichtig ist, kann hier dahinstehen, da dem Bundesrecht jedenfalls Anwendungsvorgang zukommt.¹³

2. Verstoß gegen das Grundgesetz?

Das NetzDG würde in formeller Hinsicht gegen das Grundgesetz (GG) verstoßen, wenn dem Bund die notwendige Gesetzgebungskompetenz fehlte. Materiell könnten die Regelungen des NetzDG mit den Grundrechten, insbesondere mit den Kommunikationsgrundrechten (Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 GG) unvereinbar sein.

¹² Kubiciel (Fn. 7), II. 1.

¹³ Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 31 Rn. 5.

a) Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Die Frage, ob dem Bund die Gesetzgebungskompetenz für das NetzDG zusteht, wird kontrovers diskutiert. Eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hierzu existiert nicht.

aa) Gesetzesbegründung

In der Gesetzesbegründung¹⁴ wird ausgeführt, das Gesetz lasse sich auf die Kompetenzzuweisungen des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) sowie auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG (öffentliche Fürsorge), soweit Belange des Jugendschutzes betroffen seien, und hinsichtlich der Bußgeldvorschriften (§ 4 NetzDG) auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG (Strafrecht) stützen. Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG sei einschlägig, da das Schutzziel des Gesetzes, das sich gegen die Verrohung der Debattenkultur in sozialen Netzwerken richte, auch den Schutzzweck des Jugendmedienschutzes berühre, nämlich die Entwicklung von Kindern und Jugendlichen oder ihre Erziehung zu eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeiten. In Bezug auf Art. 72 Abs. 2 GG, wonach auf den Gebieten des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7, 11 GG der Bund das Gesetzgebungsrecht hat, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht, wird in der Gesetzesbegründung ausgeführt, durch eine einheitliche Bundesgesetzgebung im Bereich der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken werde verhindert, dass sich innerhalb der Bundesrepublik Deutschland Lebensverhältnisse auseinanderentwickelten, indem Hasskriminalität und andere rechtswidrige Inhalte unter Umständen nicht in jedem Bundesland effektiv bekämpft und verfolgt würden und dort infolgedessen das friedliche Zusammenleben einer freien, offenen und demokratischen Gesellschaft in Gefahr sei. Die Regelungen könnten auch deshalb nur durch den Bundesgesetzgeber erfolgen, weil ansonsten die Gefahr einer Rechtszersplitterung bestünde, die sowohl im Interesse des Bundes als auch der Länder nicht hinnehmbar sei. Eine bundeseinheitliche Ausgestaltung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken gewährleiste die Anwendung einheitlicher Maßstäbe unabhängig vom Standort der Anbieter sozialer Netzwerke und wirke so Binnenwanderungen und einem möglichen Wettlauf zwischen den Ländern um das niedrigste Schutzniveau zur Anlockung von Anbietern sozialer Netzwerke entgegen.

¹⁴ BT-Drs. 18/12356, S. 13 (A. IV.).

bb) Diskussion der bundesseitig beanspruchten Gesetzgebungskompetenz

(1) Recht der Wirtschaft, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG

Soweit der Bund seine Kompetenz auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG stützt, wird in der juristischen Literatur zwar konzidiert, dass der Begriff des Rechts der Wirtschaft nach der Rechtsprechung des BVerfG weit auszulegen sei und überwiegend davon ausgegangen werde, dass Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG auch für Telemedien mit wirtschaftlichem Schwerpunkt gelte. Auf den ersten Blick sei daher die Kompetenz für den Erlass des NetzDG gegeben, da dieses Gesetz Anbietern sozialer Netzwerke Pflichten für die Ausübung ihrer unternehmerischen Tätigkeit auflege, die sich auf den Umgang mit unerwünschten Postings bezögen. Es regle somit in einem gewissen Maße ihre wirtschaftliche Betätigung. Diese Sichtweise greife aber zu kurz, da die wirtschaftliche Betätigung der Anbieter sozialer Netzwerke lediglich der Anknüpfungspunkt des Gesetzes sei, während sein Gegenstand, d.h. der eigentliche Zweck des Gesetzes, sich ganz anders darstelle. Dem Gesetzgeber missfalle ausweislich der Gesetzesbegründung die Debattenkultur im Internet, die verbessert werden solle. Damit aber gehe es vorrangig um die Verhaltensänderung bestimmter Nutzer sozialer Netzwerke. Demgegenüber rückten die den wirtschaftlichen Bereich der Unternehmen treffenden Regelungen des NetzDG deutlich in den Hintergrund.¹⁵ Das BVerfG stelle aber für die notwendige Abgrenzung der Kompetenzen (des Bundes für das Recht der Wirtschaft einerseits, der Länder für die Kultur einschließlich der Medien andererseits) auf den Schwerpunkt der jeweiligen gesetzlichen Regelung ab. Demnach müssten Bundesgesetze einen unmittelbar wirtschaftsbezogenen Regelungsinhalt aufweisen. Nur unter dieser Voraussetzung sei für die Bejahung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes eine gleichzeitig nachrangige Verfolgung kultureller Ziele unschädlich. Dies sei vorliegend nicht der Fall.¹⁶ Im Kern gehe es dem Gesetzgeber nicht um wirtschaftliche Belange, sondern vielmehr um die Regulierung von Inhalten in sozialen Netzwerken und um den öffentlichen Diskurs.¹⁷ Hauptzweck des Gesetzes sei (somit) die Regelung von

¹⁵ *Kalscheuer/Hornung* (Fn.10), S. 1724 f. m.w.N.

¹⁶ *Hain/Ferreau/Brings-Wiesen*, Regulierung sozialer Netzwerke revisited, K&R 2017, S. 433, 434, unter Hinweis auf BVerfGE 135, 155, 196.

¹⁷ *Feldmann*, Zum Referentenentwurf eines NetzDG: Eine kritische Betrachtung, K&R 2017, S. 292, 294; *Nolte*, Hate-Speech, Fake-News, das „Netzwerkdurchsetzungsgesetz“ und Vielfaltsicherung durch Suchmaschinen, ZUM 2017, S. 552, 561; *Ladeur/Gostomzyk*, Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG) i.d.F. vom 16. Mai 2017 – BT-Drs. 18/12356 (erstattet auf Ansuchen des Bitkom), Mai 2017, S. 16 ff.

Das Gutachten findet sich hier: <https://www.cr-online.de/NetzDG-Gutachten-Gostomzyk-Ladeur.pdf>.

Kommunikation im Netz, wohingegen das Statuieren von Pflichten der Betreiber nur das Mittel sei, diesen Zweck zu erreichen. Komme es für die Zuordnung zu einem Kompetenztitel der Art. 73 f. GG aber auf den Zweck an, den das Gesetz hauptsächlich verfolge, lasse sich das NetzDG nicht auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG stützen.

Auch die Beseitigung von Störungen der öffentlichen Sicherheit sei keine Frage der Wirtschaft, sondern sei dem Sachbereich zuzuordnen, zu dem sie in einem Zusammenhang stehe.¹⁸ Die inhaltliche Medienregulierung sei im wesentlichen Ländersache. Diese Kompetenz hätten die Länder durch entsprechende Staatsverträge (Rundfunkstaatsvertrag [RStV] und Jugendmedienschutz-Staatsvertrag [JMStV]) auch wahrgenommen.¹⁹ Der Hinweis der Gegenmeinung (hierzu sogleich) auf § 10 Telemediengesetz (TMG) überzeuge schließlich nicht, da die §§ 7 ff. TMG lediglich Konkretisierungen zivil- und strafrechtlicher Verantwortlichkeit statuierten, das NetzDG dagegen mit den Mitteln des Verwaltungsrechts ein umfassendes Beschwerdemanagement mit Berichtspflichten etc. errichte.²⁰

*Gersdorf*²¹ folgert aus der vom BVerfG in ständiger Rechtsprechung betonten engen sachlichen Verbindung zwischen Grundrechten und Kompetenznormen, dass sich die Kompetenzabgrenzung im Hinblick auf die Regulierung sozialer Netzwerke maßgeblich nach deren grundrechtlicher Prägung richte. Gehe es im Kern um einen wirtschaftlich relevanten Lebenssachverhalt, gelange die Gesetzgebungskompetenz des Bundes zur Anwendung. Stehe hingegen der durch Art. 5 GG geschützte Kommunikationsprozess im Vordergrund, seien die Länder legitimiert, die Einhaltung der allgemeinen Gesetze auch in den sozialen Netzwerken sicherzustellen. Unter Hinweis darauf, dass die verfassungsrechtliche Diskus-

¹⁸ *Müller-Franken*, Netzwerkdurchsetzungsgesetz: Selbstbehauptung des Rechts oder erster Schritt in die selbstregulierte Vorzensur? – Verfassungsrechtliche Fragen, AfP 2018, S. 1, 2 f., unter Hinweis auf BVerfG, NJW 2004, 750, 751; *Gersdorf*, Hate Speech in sozialen Netzwerken, MMR 2017, S. 439, 441, führt aus, nach Art. 70 Abs. 1 GG sei es Sache der Länder, für die Einhaltung der allgemeinen Gesetze in Medien und sozialen Netzwerken zu sorgen (unter Hinweis auf BVerfGE 8, 143, 149 f. und BVerfG, NJW 2004, 750, 751). Dies gelte beispielsweise auch im Bereich der Rundfunkkompetenz (unter Hinweis auf BVerfGE 57, 295, 326).

¹⁹ *Koreng*, Entwurf eines Netzwerkdurchsetzungsgesetzes: Neue Wege im Kampf gegen „Hate Speech“?, GRUR-Prax 2017, S. 203, 204.

²⁰ *Hain/Ferreau/Brings-Wiesen* (Fn. 16); *Gersdorf* (Fn. 18), S. 441, führt aus, die Compliance-Verpflichtungen des NetzDG konkretisierten keinesfalls lediglich die Verantwortlichkeitsregelungen des § 10 TMG, sodass sie auch im TMG selbst hätten geregelt werden können. Die Haftungsregelungen des § 10 TMG gälten nämlich nicht für sämtliche Telemedien, sondern nur für Telemedien im Kompetenzbereich des Bundes. Demgegenüber obliege die Festlegung von Verantwortlichen für Telemedien, die der Länderkompetenz nach Art. 70 Abs. 1 GG unterfielen, den Ländern.

²¹ *Gersdorf* (Fn. 18), S. 442 ff., unter Berufung auf BVerfGE 55, 274, 302; 4, 7, 15; 7, 377, 401; 34, 139, 146; 65, 1, 50; ähnlich *Liesching*, Die Durchsetzung von Verfassungs- und Europarecht gegen das NetzDG, MMR 2018, S. 26.

sion über die grundrechtliche Stellung sozialer Netzwerke noch in den „Kinderschuh“ stecke, nimmt *Gersdorf* an, die (mit dem NetzDG einhergehende) Regulierung von Gruppen- und Individualkommunikation unterfalle der Länderkompetenz, da sämtliche durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Kommunikationsgrundrechte dem Prozess individueller und öffentlicher Meinungsbildung dienen. Im Sinnzentrum der Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG stünden nicht wirtschaftliche Interessen, die eine Bundeskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG begründen könnten, sondern der freiheits- und demokratiefördernde Kommunikationsprozess. Die Gewährleistung der verfassungsmäßigen Ordnung bei sämtlichen durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Kommunikationsformen stehe in einem engen Zusammenhang mit dieser Kompetenz und unterliege deshalb ebenfalls der Länderkompetenz nach Art. 70 Abs. 1 GG. Wenn demgegenüber die Gesetzesbegründung die Anbieter sozialer Netzwerke dem Grundrecht der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG zuordne (sodass der Schritt nicht weit sei, eine auf die Entfernung rechtswidriger Inhalte bezogene Regulierung des Plattformbetreibers kompetenziell dem Recht der Wirtschaft zuzuordnen), werde verkannt, dass der grundrechtliche Schutz der Betreiber sozialer Netzwerke nicht im Wirtschaftsgrundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG, sondern ebenso wie der der Nutzer sozialer Plattformen in Art. 5 Abs. 1 GG wurzele. Spreche schon vieles dafür, dass auch inhaltsneutrale Intermediäre (also Plattformbetreiber, die sich strikt inhaltsneutral zu den von ihnen verbreiteten Meinungen verhalten), grundrechtlichen Schutz beanspruchen könnten, nähmen jedenfalls soziale Netzwerke regelmäßig nicht nur inhaltsneutrale Tätigkeiten wahr, sondern sei ihre Tätigkeit durch einen „ausreichenden Inhaltsbezug“ gekennzeichnet, dessentwillen der Schutz nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG eröffnet sei. Für diesen Schutz sei es unerheblich, ob selbst- oder fremdproduzierte Inhalte verbreitet oder bereitgehalten würden, sofern der Medienanbieter die fremden Inhalte nach professionell-journalistischen Kriterien auswähle und eine redaktionelle Gesamtverantwortung für das Angebot übernehme. Selbst ohne eine solche Auswahlentscheidung und Übernahme einer redaktionellen Gesamtverantwortung könne die Bereithaltung von Inhalten Dritter dem Schutz des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG unterfallen, wie die Entscheidung des BVerfG zur Wirtschaftswerbung (Anzeigenteil der Presse) gezeigt habe. Soweit Kommunikationsinhalte Dritter, die den Schutz der Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 oder 2 GG genießen, in einem Massenmedium veröffentlicht würden, schließe das Massenkommunikationsgrundrecht diesen Schutz mit ein. Schließlich steuerten die sozialen Netzwerke durch Algorithmen den von dem einzelnen Nutzer wahrnehmbaren News-

feed und beeinflussten damit den von Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Kommunikationsprozess.

Zugunsten der Kompetenz des Bundesgesetzgebers wird dagegen geltend gemacht, das NetzDG spezifiziere lediglich die Bedingungen, unter denen die jeweiligen Unternehmen für ihre wirtschaftliche Tätigkeit verantwortlich gemacht werden könnten. Das Gesetz setze Compliance-Vorschriften, die Anforderungen an die Transparenz einer geschäftlich relevanten Selbstverpflichtung und ihre Durchsetzung enthielten. Vor diesem Hintergrund gehe es nicht um Inhaltsdelikte, sondern um Organisationspflichten.²² Man könne diese Regelungen sogar dem Recht des lautereren Wettbewerbs zuordnen.²³

Mit einem etwas anderen (strafrechtlichen) Ansatz begründet *Kubiciel*²⁴ die Kompetenz des Bundes: Tatsächlich würden die Normadressaten des NetzDG für die Einrichtung und das Funktionieren eines Beschwerde-Management-Systems verantwortlich gemacht, das der Einhegung der von ihrer Geschäftstätigkeit ausgehenden Gefahren diene. Mit dem Bußgeld reagiere der Staat damit nicht auf die Anlasstat, sondern auf die unzureichende interne Organisation des sozialen Netzwerkes, das die Begehung der Tat gefördert habe. Das entspreche tradiertem (retributiven) Grundsätzen des Straf- und Verbandssanktionsrechts. Weder das TMG noch das NetzDG würden dagegen ein besonders (Medien-) Polizeirecht schaffen, sondern sie spezifizierten die Bedingungen, unter denen die jeweiligen Unternehmen für ihre wirtschaftliche Tätigkeit verantwortlich gemacht werden könnten.

*Buchheim*²⁵ nimmt an, das NetzDG statuiere Pflichten der Betreiber sozialer Netzwerke, insbesondere eine Berichtspflicht und die Pflicht zur Schaffung eines Beschwerdesystems, womit es die Art und Weise reguliere, wie Betreiber sozialer Netzwerke ihrem Gewerbe nachgingen. Zugleich erhebe es den Anspruch, die Durchsetzung strafbewehrter Verbote in sozialen Netzwerken zu verbessern und berühre damit die Landeskompetenz für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit in den Medien. Angesichts dieser doppelten Funktion des NetzDG (Gewerberecht, Medienordnungsrecht) lasse sich ein Schwerpunkt des NetzDG nicht ausmachen. Beide Anliegen seien vielmehr derart miteinander ver-

²² *Peifer*, (Fn. 11), S. 14, 18, 21 f., unter Hinweis auf vergleichbare Ausgestaltungen im US-amerikanischen Recht.

²³ *Peifer* (Fn. 11), S. 22; dann werde auch die Verwaltungskompetenz des Bundesamtes für Justiz verständlich, denn dieses Amt habe bereits Zuständigkeiten im Bereich der Transparenz von Unternehmensinformationen nach § 334 HGB.

²⁴ *Kubiciel* (Fn. 7), III. 1., 2.

²⁵ *Buchheim* (Fn. 2), S. 551 f.

knüpft, dass die neuen Anforderungen an Anbieter (Gewerbetreibende) gerade eine effektivere Rechtsdurchsetzung gegenüber Postinhalten und damit verbesserten Rechtsgüterschutz ermöglichen sollten. Entscheidend sei daher, dass das NetzDG die medienordnungsrechtlichen Aufgaben und Zuständigkeiten der Landesgesetzgebung nicht verdränge, sondern nur die Einrichtung eines zusätzlichen privat organisierten Durchsetzungsmechanismus gebiete. Zwar solle dadurch der Rechtsgüterschutz in sozialen Netzwerken verbessert, mithin ein ordnungsrechtlicher Zweck verfolgt werden. Ein solcher Aspekt sei jedoch dem Gewerberecht typischerweise eigen. Dieses solle gerade Vorkehrungen treffen, um besonderen in einem bestimmten Gewerbe liegenden Gefahren und Risiken vorzubeugen. Eines der besonderen Risiken der gewerblichen automatisierten Veröffentlichung und Verbreitung beliebiger Nutzerinhalte liege darin, dass auf diesem Weg rechtswidrige Inhalte in großem Umfang vervielfältigt und allgemein sichtbar gemacht würden. Dieses Risiko sei traditionellen Medien, etwa dem analogen Verlagswesen, nicht eigen, da dort wegen der prinzipiell begrenzten Ressourcen eine Auswahl der veröffentlichten Inhalte stattfinde. Auf ein solches besonderes, in dem Gewerbe „Betreiben eines sozialen Netzwerks“ liegendes Risiko reagiere die Regelung, womit sie eine klassische Funktion des Gewerberechts erfülle. Zwar habe dies auch Auswirkungen auf die Inhalte sozialer Medien, das NetzDG betreffe jedoch nicht jeglichen Betrieb sozialer Netzwerke, sondern stelle durch den Schwellenwert von 2 Millionen Nutzern sicher, dass nur Gewerbetreibende betroffen seien, deren Tätigkeit aufgrund der großen Nutzerzahlen eine wirtschaftliche Relevanz aufweise und zugleich das besondere, die Regelung veranlassende Risiko berge. Darüber hinaus knüpften die Regelungen an bestehende Straftatbestände an, sodass sie nicht den Maßstab dessen verschöben, was als Meinungsinhalt nach den allgemeinen Gesetzen erlaubt oder verboten sei. Die neuen Anforderungen des NetzDG zielten daher nicht mittelbar darauf, durch das Setzen neuer gewerberechtlicher Anforderungen die inhaltlichen Maßstäbe für (nicht) erlaubte Äußerungen im öffentlichen Raum zu verschieben. Damit werde der Landeskompetenzbereich gewahrt.

In Teilen der Literatur wird schließlich angenommen, wie der Name des Gesetzes schon zeige, gehe es um eine „Verbesserung der Rechtsdurchsetzung“ in den sozialen Netzwerken, d.h. um eine Ergänzung des TMG, das in seinem § 10 bereits Löschpflichten im Hin-

blick auf rechtswidrige Inhalte vorsehe, Verstöße gegen diese Verpflichtung jedoch nicht ahnde (und dessen formelle Verfassungswidrigkeit nicht behauptet worden sei).²⁶

(2) *Öffentliche Fürsorge, Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG*

Aus der Kompetenz des Bundes zur Regelung der öffentlichen Fürsorge nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG wird (unstrittig) auch eine Kompetenz zum Schutz der Jugend (Jugendschutz) abgeleitet.²⁷ Soweit in der juristischen Literatur aus dieser Vorschrift eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das NetzDG befürwortet wird, wird argumentiert, aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG ergebe sich kein Anhaltspunkt dafür, dass die Bundeskompetenz zum Jugendschutz im Bereich der Telemedien nicht bestehen solle. Einschränkend wird ausgeführt, diese Kompetenz trage nur soweit, wie sich dem NetzDG jugendschützende Zielrichtungen entnehmen ließen, was nicht für alle in § 1 Abs. 3 NetzDG in Bezug genommenen Straftatbestände der Fall sei.²⁸ Demgegenüber beruhe der von der Gegenmeinung angeführte JMStV auf einer Bund-Länder-Übereinkunft in Bezug auf den Jugendschutz im Rundfunk, was aber eine Gesetzgebungskompetenz (der Länder) nicht ersetze.

Dagegen wird von anderen Autoren die Ansicht vertreten, unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG fielen nur solche gesetzlichen Regelungen, bei denen Fürsorgeziele im Vordergrund stünden. Nicht erfasst würden demgegenüber Gesetze, die vorrangig andere Ziele verfolgten. Das NetzDG diene aber nicht nahezu ausschließlich dem Jugendschutz, diese Kompetenz sei lediglich „vorgeschoben“.²⁹

(3) *Strafrecht, Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG*

Bzgl. der Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG wird davon ausgegangen, dass der Bund für die im StGB geregelten Materien Strafgesetze erlassen und Ordnungswidrigkeitentatbestände normieren kann, ohne an die Zuständigkeitskataloge der Art. 73 f. GG gebunden zu sein. Diese Kompetenz für das Strafrecht gebe dem Bund jedoch nicht das Recht, Sachgebiete des Landesrechts inhaltlich zu regeln und diese dann

²⁶ *Bautze* (Fn. 2), S. 208.

²⁷ BVerfG, Beschl. vom 4. Mai 1971, Az. 2 BvL10/70, juris, Rn. 21; Beschl. vom 7. März 2017, Az. 1 BvR 1314/12, juris, Rn. 116.

²⁸ *Müller-Franken* (Fn. 18), S. 4 f.

²⁹ *Kalscheuer/Hornung* (Fn. 10), S. 1725; ähnlich *Hain/Ferreau/Brings-Wiesen* (Fn. 16), S. 434 f.; *Liesching* (Fn. 21), S. 27; *Ladeur/Gostomzyk* (Fn. 17), S. 19.

mit einer Strafrechtsnorm zu versehen.³⁰ Bestehe eine Länderkompetenz, sei es den Ländern als (Annex-)Kompetenz auch möglich, Normen zu erlassen, die der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in einem bestimmten Sachbereich dienen.³¹ Diese seien für die Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenz dem Sachbereich zuzurechnen, zu dem sie in einem notwendigen Zusammenhang stünden.³² Da aber keine Kompetenz des Bundes für die Regelung von Kommunikationsinhalten im Netz bestehe, könne der Erlass des NetzDG nicht mit der Bundeskompetenz für das Strafrecht gerechtfertigt werden.³³

Einschränkend wird zum Teil die Auffassung vertreten, lediglich § 4 NetzDG, nicht jedoch die §§ 1 bis 3 NetzDG, ließen sich auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG stützen.³⁴

(4) *Erforderlichkeit der Regelung, Art. 72 Abs. 2 GG*

Gemäß Art. 72 Abs. 2 GG hat der Bund das Gesetzgebungsrecht auf den Gebieten der für das NetzDG in Anspruch genommenen Kompetenznormen aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 7, 11 GG dann, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht. Anderenfalls besteht die Gesetzgebungskompetenz der Länder. Art. 72 Abs. 2 GG stellt neben den Grenzen der einzelnen Kompetenztitel eine zusätzliche Schranke für die Ausübung der Bundeskompetenz dar.³⁵

Während *Buchheim*³⁶ die Auffassung vertritt, die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG lägen in Bezug auf das NetzDG vor, da einheitliche Bedingungen für den Gewerbebezweig des Betriebs sozialer Netzwerke im Bundesgebiet geschaffen würden, einer strategischen Ansiedlung von Betreibern in bestimmten Bundesländern vorgebeugt werde und ein besonderes Interesse daran bestehe, einer Rechtszersplitterung vorzubeugen, da unklar sei, wo etwaige Rechtsverstöße und die Kompetenz, sie abzuwehren, gegebenenfalls zu ver-

³⁰ *Müller-Franken* (Fn. 18), S. 3.

³¹ Folgerichtig verweisen *Ladeur/Gostomzyk* (Fn. 17), S. 19, auf § 59 Abs. 2 RStV.

³² *Feldmann* (Fn. 17), S. 294 f.; BVerfG, Beschl. vom 29. April 1958, Az. 2 BvO 3/56, juris, Rn. 12 f.; Beschl. vom 24. Jan. 2012, Az. 1 BvR 1299/05, juris, Rn. 128; Urt. vom 2. März 2010, Az. 1 BvR 256/08 u.a., juris, Rn. 200; Urt. vom 27. Juli 2005, Az. 1 BvR 668/04, juris, Rn. 94.

³³ *Müller-Franken* (Fn. 18), S. 3; *Gersdorf* (Fn. 18), S. 440.

³⁴ *Wimmers/Heymann*, Zum Referentenentwurf eines Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG) – eine kritische Stellungnahme, AfP 2017, S. 93, 97; *Ladeur/Gostomzyk* (Fn. 17), S. 19.

³⁵ *Pieroth* (Fn. 13), Art. 72 Rn. 15 unter Hinweis auf BVerfGE 106, 62, 135.

³⁶ *Buchheim* (Fn. 2), S. 552 f.

orten wären (Ort des Äußernden, Geschädigtenort, Sitz des sozialen Netzwerks), wird von der Gegenansicht vorgetragen, zwar sei die Gesetzgebungskompetenz der Länder für die Telemedien nicht unumstritten,³⁷ jedoch stelle die Zuweisung der Kompetenz an die Länder über Art. 70 GG den Regelfall dar, und es könne nicht angehen, die Möglichkeit der Länder, über Staatsverträge einheitliche Regelungen zu schaffen, auszublenden. Da es bereits ein einheitliches Regelwerk durch die Staatsverträge (RStV und JMStV) gebe (§ 54 RStV regelt das Recht der Telemedien bundeseinheitlich, und die §§ 4 Abs. 1 Satz 1, 24 Abs. 1 JMStV enthielten inhaltsgleiche jugendschutzrechtliche Landesregelungen für Volksverhetzung und andere strafbare Angebot in sozialen Netzwerken), trügen die Normen des NetzDG eher zu einer Rechtszersplitterung bei, als dass sie erforderlich im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG seien.

cc) **Stellungnahme**

(1) *Kompetenztitel*

Da sich der Bundesgesetzgeber für das NetzDG auf drei verschiedene Kompetenztitel beruft, ist zunächst zu konstatieren, dass es nach der Rechtsprechung des BVerfG keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet, wenn eine gesetzgeberische Gesamtkompetenz auf der Grundlage von Regelungen verwirklicht wird, die auf verschiedenen Gesetzgebungskompetenzen des Bundes beruhen.³⁸ Verschiedene Kompetenzgrundlagen können in ihrer Kombination unterschiedliche gesetzliche Regelungen, die in einem Gesetz zusammengefasst werden, tragen.³⁹

Daher lässt sich die Norm des § 4 NetzDG bei isolierter Betrachtung auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG stützen, da zum Strafrecht „kraft Herkommens“⁴⁰ auch das Ordnungswidrigkeitenrecht gerechnet wird.⁴¹ Auch kann Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG die Kompetenzgrundlage hinsichtlich solcher in § 1 Abs. 3 NetzDG aufgeführten Straftaten bilden, die dem Jugendschutz dienen (s.o. I. 1.). Dass allerdings der Bundesgesetzgeber das NetzDG insgesamt

³⁷ *Feldmann* (Fn. 17), S. 294; *Ladeur/Gostomzyk* (Fn. 17), S. 19-21, auch zur ihrer Auffassung nach fehlenden Verwaltungszuständigkeit des Bundes; nach *Spindler*, Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz, K&R 2017, S. 533, 544, steht den Ländern dagegen die Kompetenz zur Regelung der Massenkommunikation zu, was nicht zu einer Rechtszersplitterung geführt habe.

³⁸ BVerfG, Urt. vom 3. April 2001, Az. 1 BvR 2014/95, juris, Rn. 65; Beschl. vom 14. Jan. 2015, Az. 1 BvR 931/12, juris, Rn. 33.

³⁹ BVerfG, Beschl. vom 6. Mai 2014, Az. 1 BvR 1139/12 u.a., juris, Rn. 111.

⁴⁰ *Degenhart*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 10 f. m.N. der Rspr. des BVerfG.

⁴¹ BVerfG, Beschl. vom 29. Juni 2016, Az. 1 BvR 1015/15, juris, Rn. 53, 56; *Pieroth* (Fn. 13), Rn. 5 m.w.N. der Rspr. des BVerfG.

betrachtet auf die („Kern-“)Kompetenz⁴² nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG stützen kann, wird wohl mit Recht bestritten. Der dargestellten Kritik ist darin zuzustimmen, dass es dem Bundesgesetzgeber zwar möglich ist, Straftatbestände auch für Materien zu schaffen, für die er keine Sachkompetenz hat,⁴³ jedoch kann er nicht zugleich eine in der Zuständigkeit der Länder liegende Materie in der Sache selbst regeln.⁴⁴ Vielmehr folgt die Kompetenz für die Überwachung der jeweiligen Sachkompetenz.⁴⁵ Geht man davon aus, dass die Regulierung von Telemedieninhalten eine Länderkompetenz darstellt (hierzu sogleich) und ordnet man die Verbesserung der Rechtsdurchsetzung dem Thema der Überwachung (der Einhaltung der in § 1 Abs. 3 NetzDG genannten Normen) bzw. der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu,⁴⁶ bedarf der Bundesgesetzgeber für das NetzDG neben dem Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG auch der von ihm auch in Anspruch genommenen Kompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG. Ob sich das NetzDG unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG subsumieren lässt, bestimmt sich nach folgenden Maßstäben:

Dem Begriff des Rechts der Wirtschaft i.S.d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ist nach der Rechtsprechung des BVerfG ein weites Verständnis zugrunde zu legen. Hierzu gehören die „das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Betätigung als solche regelnden Normen“, insbesondere diejenigen, „die sich in irgendeiner Form auf die Erzeugung, Herstellung und Verbreitung von Gütern des wirtschaftlichen Bedarfs beziehen“. Weiter fasst das BVerfG auch wirtschaftsregulierende und -lenkende Normen hierunter.⁴⁷ Normen zu Telekommunikation und Telemedien mit vorwiegend wirtschaftlichem Bezug und Schwerpunkt (wie das TMG) werden als von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG erfasst angesehen.⁴⁸

⁴² Hierzu nur *Pieroth* (Fn. 13), Art. 72 Rn. 3 f.

⁴³ *Degenhart* (Fn. 40), Art. 74 Rn. 14 m.N. der Rspr. des BVerfG.

⁴⁴ BVerfG, Urt. vom 16. März 2004, Az. 1 BvR 1778/01, juris, Rn. 115; w.N. bei *Degenhart* (Fn. 40), Rn. 14.

⁴⁵ *Degenhart* (Fn. 40), Art. 73 Rn. 34 m.w.N.

⁴⁶ Daran könnten angesichts der ausgreifenden, über eine bloße Überwachung deutlich hinausgehenden Vorgaben des NetzDG immerhin Zweifel bestehen.

⁴⁷ BVerfG, Urt. vom 28. Jan. 2014, Az. 2 BvR 1561/12 u.a., juris Rn. 101; Beschl. vom 11. Juli 2006, Az. 1 BvL 4/00, juris, Rn. 57.

⁴⁸ *Degenhart* (Fn. 40), Art. 74 Rn. 51; dabei wird Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG mit Blick auf die weite Rspr. des BVerfG ein Verständnis dahin zugrunde gelegt, dass den in der Klammer der Norm angeführten Materien kein abschließender Charakter zukommt; vgl. zum Streitstand *Degenhart*, ebda, sowie *Pieroth* (Fn. 13), Art. 74 Rn. 22, jew. m.w.N.

Um eine gesetzliche Regelung einer Kompetenznorm zuzuordnen, zieht das BVerfG den unmittelbaren Regelungsgegenstand, Normzweck und –wirkung, den Adressaten der zuzuordnenden Norm sowie die Verfassungstradition heran.⁴⁹

Betrachtet man zuerst den Zweck und die Wirkung der Regelung,⁵⁰ geht es dem NetzDG darum, einer mit der Eigenart des Internets und der Plattformen verbundenen spezifischen Gefahr – der extrem schnellen, weitreichenden und dauerhaften Verbreitung strafbarer Inhalte und der hiermit oftmals einhergehenden massiven Verletzung der betroffenen Rechtsgüter – durch eine Verpflichtung der Betreiber auf die Einhaltung bestimmter die Organisation und das Verfahren betreffender Vorgaben zu begegnen. In diesem Zweck, Vorkehrungen zu treffen, um spezifischen, von einer bestimmten Art von Wirtschaftssubjekten ausgehenden Gefahren entgegenzuwirken, kann eine „klassische Funktion des Gewerberechts“⁵¹ gesehen und hiermit die Bundeskompetenz begründet werden. Allerdings ließe sich diese Zweckgerichtetheit des NetzDG argumentativ ebenso gut zugunsten des Bestehens einer Kompetenz der Länder anführen, wenn gerade die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit in den Medien als Ländersache qualifiziert wird.⁵² So hat das BVerfG eine Regelung zur (kurzen) Verjährung von Pressedelikten dem Presserecht, nicht hingegen dem Strafrecht, zugeordnet und dies mit der Eigenart des Pressewesens und mit der besonderen Begehungsart der durch die Presse begangenen Delikte begründet.⁵³ Dies ließe sich auf die Internetdienste als Medien übertragen: Gerade durch die spezifischen (technischen) Eigenheiten dieser Medien und die Art ihrer Nutzung werden massive Gefahren der Verbreitung strafbarer Äußerungen und Inhalte erzeugt. Entgegenen ließe sich wiederum, dass das NetzDG kein besonderes „(Medien-)Polizeirecht“ schafft, sondern die Bedingungen spezifiziert, unter denen die jeweiligen Unternehmen für ihre wirtschaftliche Tätigkeit verantwortlich gemacht werden können.⁵⁴

Wendet man den Blick ab von dieser „ordnungsrechtlichen“ Eigenart des NetzDG („Gewerberecht“ oder „Medienordnungsrecht“⁵⁵), ist nicht zu verkennen, dass das Gesetz final darauf gerichtet ist, die Folgen der Begehung bestimmter, durch die Bezugnahme der ent-

⁴⁹ BVerfG, Urt. vom 12. März 2008, Az. 2 BvF 4/03, juris, Rn. 80.

⁵⁰ *Herbst*, Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat, 2014, S. 111; *Pieroth* (Fn. 13), Art. 70 Rn. 7 m.w.N.; BVerfG, Beschl. vom 29. April 1958, Az. 2 BvO 3/56, juris, Rn. 12 f.

⁵¹ *Buchheim* (Fn. 2), S. 552.

⁵² *Buchheim* (Fn. 2), S. 552.

⁵³ BVerfG, Beschl. vom 4. Juni 1957, Az. 2 BvL 17/56, juris, Rn. 35; hierzu *Herbst* (Fn. 50), S. 138 ff.

⁵⁴ *Kubiciel* (Fn. 7), II. 2.

⁵⁵ *Buchheim* (Fn. 2), S. 552.

sprechenden Straftatbestände definierter Delikte im Netz möglichst effektiv zu minimieren. Dabei finden sich unter diesen Straftatbeständen einige, die tatbestandlich durch Äußerungen oder sonstige Kommunikation begangen werden, die ihrerseits prinzipiell zunächst dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 GG (Meinungsfreiheit) unterfallen können.⁵⁶ Darüber hinaus ist verbindende Klammer, dass die Delikte auf den Netz-Plattformen begangen werden, es sich mithin um Medieninhalte handelt, deren Verbreitung das NetzDG verhindern soll. Nimmt man an, dass die Gesetzgebungskompetenz für Telemedien ebenso wie die Kulturpolitik dann Ländersache sein soll, wenn es um die Regulierung von Telemedieninhalten⁵⁷ geht, könnte man aus diesem Grunde das Bestehen einer Länderkompetenz folgern.

Die Bestimmung des Gesetzeszwecks lässt mithin keine eindeutige Zuordnung des NetzDG entweder als wirtschafts- oder als medien(ordnungs)rechtliche Regelung zu. Sowohl hinsichtlich der „ordnungsrechtlichen“ Funktion als auch bzgl. seiner sachlichen Themenbereiche (Wirtschaft einerseits, Medien andererseits) ist das NetzDG vielmehr jeweils mehr oder weniger ambivalent.

Nicht zu überzeugen vermag bei einem derartigen Befund die zugunsten einer Bundeskompetenz angeführte Überlegung⁵⁸ (s.o. bb (1)), das NetzDG verdränge die medien(ordnungs)rechtlichen Zuständigkeiten der Landesgesetzgebung nicht (vollständig), sondern gebiete, quasi auf einer qualitativ niedrigeren Stufe als der der vollständigen Verdrängung der Kompetenz, „nur“ die Einrichtung eines zusätzlichen privat organisierten Durchsetzungsmechanismus. Auf einen verdrängenden Effekt der bundesgesetzlichen Regelung, auf die Intensität der Beeinträchtigung einer (zuvor festgestellten) Länderkompetenz, dürfte es nicht ankommen.⁵⁹ Liegt eine ausschließliche Länderkompetenz vor, sollte es unerheblich sein, in welchem Umfang die dann bereits kompetenzlos ergangene Bundesregelung in diese eingreift.

⁵⁶ *Bethge*, in: *Sachs, GG*, 8. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 35a.

⁵⁷ Was insbesondere dann gelten soll, wenn es um die „Verbreitung von Inhalten über soziale Netzwerke geht, die mit einiger Reichweite und Relevanz zur individuellen und öffentlichen Meinungsbildung beitragen“, *Ladeur/Gostomzyk* (Fn. 17), S. 17.

⁵⁸ *Buchheim* (Fn. 2), S. 551 f. – wenn *Buchheim* denn so zu verstehen sein sollte.

⁵⁹ *Herbst* (Fn. 50), S. 68-70, 308 f., unter Hinweis auf BVerfGE 81, 310, 338, Verhältnismäßigkeit als „Fremdkörper“ bei der Abgrenzung von Gesetzgebungskompetenzen; vgl. auch *Degenhart* (Fn. 40), Art. 70 Rn. 66/67.

Auch die von *Gersdorf* (s.o. bb (1)) vorgeschlagene grundrechtlich geprägte Abgrenzungsmethode hilft nicht recht weiter. Einerseits steht außer Frage, dass das NetzDG für die Betreiber der Plattformen unmittelbar berufsregelnde Wirkung i.S.d. Art. 12 Abs. 1 GG aufweist, andererseits können die – im Einzelnen noch klärungsbedürftigen – aufgezeigten Implikationen für die Kommunikationsgrundrechte nicht negiert werden. Wo der Schwerpunkt der Wirkungen einer grundrechtlich mehrpoligen Regelung liegt, lässt sich nicht ohne weiteres feststellen und dürfte nicht zuletzt aus der Sicht der jeweiligen Grundrechtsträger unterschiedlich beantwortet werden.

Hat eine auf das Recht der Wirtschaft bezogene gesetzliche Regelung zugleich Auswirkungen für einen anderen, der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder unterliegenden Lebensbereich, werden also z.B. auch kulturelle Zwecke verfolgt, löst das BVerfG die Spannungslage wie folgt auf: Die Kompetenz des Bundes bleibt bestehen, solange „der maßgebliche objektive Regelungsgegenstand und -gehalt in seinem Gesamtzusammenhang ein im Schwerpunkt wirtschaftsrechtlicher ist“. Zur Begründung dieses Maßstabes der Zuordnung der Bundes- und der Länderkompetenzen unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG führt das BVerfG aus, nach der Systematik der grundgesetzlichen Kompetenzordnung werde grundsätzlich der Kompetenzbereich der Länder durch die Reichweite der Bundeskompetenzen bestimmt, nicht umgekehrt. So könne auch die Kulturhoheit der Länder nicht als eine Grenze der Bundeskompetenzen in dem Sinne verstanden werden, dass der Bund bei der Wahrnehmung der ihm zugewiesenen Gesetzgebungskompetenzen kulturelle Aspekte unberücksichtigt zu lassen hätte und durch sie nicht motiviert sein dürfte.⁶⁰

Damit ist vorliegend zu prüfen, ob sich der Regelungsgegenstand des NetzDG als ein im Schwerpunkt⁶¹ wirtschaftsrechtlicher im Sinne der Judikatur des BVerfG darstellt.⁶² (Dieser vom BVerfG gewählte Ansatz soll dabei auch gewährleisten, dass das weite Verständnis des Kompetenztitels „Recht der Wirtschaft“ nicht eine nahezu unbegrenzte Zuständig-

⁶⁰ BVerfG, Urt. vom 28. Jan. 2014, Az. 2 BvR 1561/12 u.a., juris, Rn. 101-105.

⁶¹ Kritisch zu derartigen „Evidenzformeln“ des BVerfG („Hauptzweck“, „Schwerpunkt“, „Sachzusammenhang“, „enge Verzahnung“, „Wesen“ einer Regelung, „innerer Zusammenhang“, „unmittelbare oder mittelbare“ Regelung, „primäre Subsumierbarkeit“) *Herbst* (Fn. 50), S. 160 f., m.w.N.

⁶² Das BVerfG stellt in weiteren Entscheidungen zur Kompetenzabgrenzung – die regelmäßig aber nicht eine gesamte Gesetzesmaterie, sondern nur die Frage der Zuordnung von Teilregelungen zu der Gesamt- bzw. zu außerhalb liegenden weiteren Normen betreffen – auch auf die „wesensmäßige und historische Zugehörigkeit“ zu einem der betroffenen Sachgebiete und erst dann auf den Regelungsschwerpunkt und darauf ab, wie eng die fragliche Teilregelung mit dem Gegenstand der Gesamtregelung verbunden ist; BVerfG, Urt. vom 7. Okt. 2014, Az. 2 BvR 1641/11, juris, Rn. 123; Urt. vom 17. Feb. 1998, Az. 1 BvF 1/91, juris, Rn. 86; Beschl. vom 12. Dez. 1984, Az. 1 BvR 1249/83 u.a., juris, Rn. 25 ff.; w.N. bei *Pieroth* (Fn. 13), Art. 70 Rn. 8.

keitszuweisung [„Generalklausel“]⁶³ an den Bund – beinahe jede gesetzliche Norm hat gewisse Auswirkungen auf die Ökonomie⁶⁴ – zur Konsequenz hat.)

Dabei kann zunächst nicht zwanglos davon ausgegangen werden, dass der Schwerpunkt der Regelungen des NetzDG deshalb medienrechtlicher Natur sei, weil das Gesetz unmittelbar bestimmte Medieninhalte einer Regelung unterwirft, sodass von einer Landeskompetenz auszugehen wäre. Die von den Plattformen (nur) transportierten, vom NetzDG erfassten (strafbaren) Inhalte sind vielmehr schon Gegenstand der strafrechtlichen Normen, sie sind also bereits gesetzlich erfasst und als solche einer eindeutigen Wertung unterworfen worden. Durch das NetzDG werden Medieninhalte (vgl. § 1 Abs. 4 TMG, §§ 54 bis 59 RStV) oder typische Besonderheiten der Medien (journalistische Recherche o.ä.) und deren Ordnung nicht in dem Sinne erfasst, dass die (inhaltlichen) Maßstäbe für Äußerungen im öffentlichen Raum durch das NetzDG verschoben würden.⁶⁵

Nimmt man mit der Rechtsprechung des BVerfG⁶⁶ für die Kompetenzzuordnung den Adressaten⁶⁷ und den unmittelbaren Regelungsgegenstand⁶⁸ des Gesetzes in den Blick, lässt sich Folgendes konstatieren: Das NetzDG stellt zentral einen ausschließlich an bestimmte Wirtschaftssubjekte (die Plattformen verfolgen in erster Linie eigene wirtschaftliche Interessen,⁶⁹ wenn es sich auch um eine bestimmte Art von Medien handelt) als *Adressaten*, nicht hingegen an die Teilnehmer der auf den Plattformen geführten Kommunikation (an diese richten sich die Normen des Strafrechts)⁷⁰ gerichteten Normbefehl auf. Dieser setzt maßgeblich auf ein typisches Instrument des Wirtschaftsrechts, die Compliance-Regel und das Compliance-Managementsystem („Schaffe Organisationsstrukturen und Verfahren, die eine rasche Entfernung strafbarer Inhalte gewährleisten!“).⁷¹ Auch die (absolut betrachtet) erheblichen Kosten, die für die Unternehmen mit den von diesen zur Umsetzung des NetzDG zu treffenden Vorkehrungen entstehen, sprechen dafür, dass die

⁶³ *Herbst* (Fn. 50), S. 110.

⁶⁴ *Herbst* (Fn. 50), S. 110.

⁶⁵ *Buchheim* (Fn. 2), S. 552.

⁶⁶ Das BVerfG zieht diese Kriterien allerdings wohl zuvörderst auf der „ersten“ Ebene der Bestimmung der Kompetenzzuordnung heran; es spricht aber nichts dagegen, sie auch bei der Bestimmung des Schwerpunktes einer Regelung zur Anwendung zu bringen.

⁶⁷ BVerfG, Urt. vom 12. März 2008, Az. 2 BvF 4/03, juris, Rn. 80; *Degenhart* (Fn. 40), Art. 70 Rn. 57.

⁶⁸ BVerfG, Urt. vom 12. März 2008, Az. 2 BvF 4/03, juris, Rn. 80, 82; *Degenhart* (Fn. 40), Art. 70 Rn. 57.

⁶⁹ Entsprechend werden gem. § 1 Abs. 1 Satz 1 NetzDG auch nur Telemediendiensteanbieter erfasst, die mit Gewinnerzielungsabsicht Plattformen im Internet betreiben.

⁷⁰ *Feldmann* (Fn. 17), S. 293.

⁷¹ Vgl. *Holznapel*, Das Compliance-System des Entwurfs des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes, ZUM 2017, S. 615, 619, 622; a.A. *Hainl/Ferreau/Brings-Wiesen* (Fn. 16), S. 434.

Plattformen vor allem als Wirtschaftssubjekte und nicht in ihrer Eigenschaft als Medien angesprochen und verantwortlich gemacht werden. Entscheidend dürfte sein, dass *unmittelbare Regelungsgegenstände* des NetzDG vor allem Organisation und Verfahren sind; das NetzDG betrifft dagegen nicht unmittelbar die Inhalte der Plattformen, sondern deren Transport, ihre Verbreitung mit den den Plattformen gegebenen technischen Mitteln. Durch das NetzDG wird damit zuvörderst das schiere, technisch bedingte⁷² und ökonomisch begründete Verbreitungspotential der Plattformen in den Blick genommen, nicht ihre von Inhalten bestimmte Eigenschaft als Medien. Diesem spezifischen Gefahrenpotential soll durch die bußgeldbewehrte Statuierung von Organisations- und Verfahrensvorgaben begegnet werden. Nur mittelbarer (primär bereits im StGB erfasster) Regelungsgegenstand sind die Beiträge an und für sich, deren (internetspezifischen) Folgen für die von den Strafrechtsnormen erfassten Schutzgüter möglichst minimiert werden sollen.

Dass sich mit § 10 TMG bereits eine Norm findet, die einen sachlich vergleichbaren Regelungsgegenstand aufweist,⁷³ tritt demgegenüber in den Hintergrund. Jedenfalls aber lässt sich die vorzunehmende schwierige Zuordnung nicht dadurch lösen, dass für Art. 70 Abs. 1 GG von einem allgemeinen, zugunsten der Länder wirkenden Auslegungsgrundsatz ausgegangen wird.⁷⁴

Damit sprechen im Ergebnis die besseren Gründe für das Bestehen einer Bundeskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG.

(2) *Erforderlichkeit der Regelung, Art. 72 Abs. 2 GG*

Da der Bund seine Gesetzgebungskompetenz zentral auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG stützt, ist Art. 72 Abs. 2 GG anwendbar. Dem steht nicht entgegen, dass die Kompetenz des Bundes hierneben in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG und damit zum Teil auf einem Gebiet der konkurrierenden Gesetzgebung gründet, für das Art. 72 Abs. 2 GG keine Anwendung findet. Die Frage, wie zu verfahren ist (ob also Art. 72 Abs. 2 GG Anwendung findet oder

⁷² Ein gewisser Anknüpfungspunkt könnte hiermit auch an Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG (Telekommunikation) bestehen, vgl. *Degenhart* (Fn. 40), Art. 73 Rn. 37, für Modifizierungen der allgemeinen Gesetze, die ausschließlich auf die technischen Spezifika eines Dienstes abstellen, dürfte Nr. 7 gelten; dies kann etwa die zivil- oder strafrechtliche Verantwortlichkeit der Telekommunikationsanbieter betreffen.

⁷³ Zur „inhaltlichen Identität“ des unmittelbaren Gegenstandes der Regelung mit einer vorgefundenen Regelung der Kompetenzmaterie als Kriterium der Zuordnung *Degenhart* (Fn. 40), Art. 70 Rn. 60; *Bautze* (Fn. 2), S. 208.

⁷⁴ *Degenhart* (Fn. 40), Art. 70 Rn. 7 m.w.N.

nicht), wenn das Gesetz als Ganzes auf mehrere Kompetenztitel gestützt werden kann,⁷⁵ stellt sich vorliegend nicht, da, wie dargelegt, Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG nur für einen Teil des NetzDG herangezogen werden kann.

Wie gezeigt (s.o. aa), stützt die Gesetzesbegründung⁷⁶ das NetzDG in Bezug auf Art. 72 Abs. 2 GG sowohl auf die Herstellung der Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse, als auch auf die Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit.

(a) *Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse*

Zum Verständnis des Begriffs der Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet hat das BVerfG grundlegend wie folgt ausgeführt: „Das Erfordernis der ‚Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse‘ ist nicht schon dann erfüllt, wenn es nur um das Inkraftsetzen bundeseinheitlicher Regelungen geht. Dem Bundesgesetzgeber ist ein Eingreifen auch dann nicht erlaubt, wenn lediglich eine Verbesserung der Lebensverhältnisse in Rede steht. (...) Der Zweck des Art. 72 Abs. 2 GG, die Bundeskompetenzen einzuschränken, würde zudem an Kraft verlieren, wäre es dem Bund erlaubt, irgendwelche Verbesserungen, die immer möglich und wünschenswert sind, ohne Weiteres zum Anlass für einen Eingriff in das grundsätzlich bestehende Gesetzgebungsrecht der Länder zu nehmen. Das bundesstaatliche Rechtsgut gleichwertiger Lebensverhältnisse ist vielmehr erst dann bedroht und der Bund erst dann zum Eingreifen ermächtigt, wenn sich die Lebensverhältnisse in den Ländern der Bundesrepublik in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigender Weise auseinander entwickelt haben oder sich eine derartige Entwicklung konkret abzeichnet. Dem Bundesgesetzgeber obliegt es, das für die Einschätzung dieser Lagen erforderliche Tatsachenmaterial sorgfältig zu ermitteln. Erst wenn das Material fundierte Einschätzungen der gegenwärtigen Situation und der künftigen Entwicklung zulässt, darf der Bund von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz Gebrauch machen.“⁷⁷

Da Hintergrund der im Jahre 1994 erfolgten ersten Neuregelung des Art. 72 Abs. 2 GG⁷⁸ das Bestreben war, die Länder vor einer weiteren Auszehrung ihrer Gesetzgebungskom-

⁷⁵ Hierzu *Degenhart* (Fn. 40), Art. 72 Rn. 8 ff., im Falle einer Mosaikkompetenz ist die kompetenzielle Zuordnung getrennt für die einzelnen Gesetzesteile vorzunehmen.

⁷⁶ BT-Drs. 18/12356, S. 13.

⁷⁷ BVerfG, Urt. vom 24. Okt. 2002, Az. 2 BvF 1/01, juris, Rn. 323-325.

⁷⁸ Vgl. *Degenhart* (Fn. 40), Art. 72 Rn. 2.

petenzen zu schützen, unterliegt das Erforderlichkeitskriterium voller verfassungsgerichtlicher Überprüfung und räumt dem Gesetzgeber keinen Beurteilungsspielraum ein. Dem Bundesgesetzgeber steht vielmehr lediglich ein Einschätzungsspielraum bei der Ermittlung von Tatsachen und in Bezug auf Prognosen tatsächlicher Entwicklungen zu.⁷⁹ Auch dieser ist aber nicht unbeschränkt, sondern der Gesetzgeber ist gehalten, die der Gesetzgebung zugrunde liegenden Tatsachen vollständig und zutreffend zu ermitteln.⁸⁰ Wird der Gesetzgeber prognostisch tätig, müssen der Prognose „Sachverhaltsannahmen zu Grunde liegen, die sorgfältig ermittelt sind oder sich jedenfalls im Rahmen der gerichtlichen Prüfung bestätigen lassen... Die Prognose muss sich methodisch auf ein angemessenes Prognoseverfahren stützen lassen, und dieses muss konsequent verfolgt worden sein (im Sinne der ‚Verlässlichkeit‘ der Prognosen, von der auch BVerfGE 88, 203 [262] spricht). Das Prognoseergebnis ist daraufhin zu kontrollieren, ob die die prognostische Einschätzung tragenden Gesichtspunkte mit hinreichender Deutlichkeit offen gelegt worden sind oder ihre Offenlegung jedenfalls im Normenkontrollverfahren möglich ist und ob in die Prognose keine sachfremden Erwägungen eingeflossen sind.“⁸¹

Vor diesem Hintergrund dürfte die gegebene Gesetzesbegründung insoweit zur Rechtfertigung unzureichend sein. Der Bundesgesetzgeber stellt zunächst nicht fest, dass die von ihm beschriebene Entwicklung – eine in den Ländern stark unterschiedlich erfolgende Bekämpfung von Hasskriminalität in den sozialen Netzen mit der Gefahr einer Störung des friedlichen Zusammenlebens – bereits eingetreten ist und zu einem erheblichen Abweichen der Lebensverhältnisse (im Sinne essentieller wirtschaftlicher oder sozialer Standards)⁸² in den Bundesländern oder zu einer deutlichen Benachteiligung der Einwohner bestimmter Länder⁸³ geführt hätte. Aber auch für seine prognostische Annahme, eine derartige Entwicklung drohe jedenfalls, werden keine konkreten Anhaltspunkte mitgeteilt (und im Rahmen dieses Gutachtens ist es nicht möglich, etwaige derartige Entwicklungen eigenständig festzustellen). Schließlich ist auch nicht anzunehmen, dass das Gesetz nicht auf einer fehlerhaften (bzw. fehlenden) Tatsachenfeststellung des Gesetzgebers beruht, dass also etwa andere, zutreffende Erwägungen zu seiner Begründung herangezogen

⁷⁹ BVerfG, Urt. vom 24. Okt. 2002, Az. 2 BvF 1/01, juris, Rn. 314-319.

⁸⁰ BVerfG, Urt. vom 24. Okt. 2002, Az. 2 BvF 1/01, juris, Rn. 344-350.

⁸¹ BVerfG, Urt. vom 24. Okt. 2002, Az. 2 BvF 1/01, juris, Rn. 350.

⁸² *Uhle*, in: Maunz-Dürig, GG, Bd. V, 2015/2019, Art. 72 Rn. 133, 140 m.N. der Rspr. des BVerfG (bejaht für Risikostrukturausgleich der gesetzlichen Krankenkassen, verneint für Regelung der Ausbildung zum Altenpfleger, zum Ladenschluss, zur Juniorprofessur, zu Studiengebühren und zum Betreuungsgeld).

⁸³ BVerfG, Urt. vom 21. Juli 2015, Az. 1 BvF 2/13, juris, Rn. 35.

werden können.⁸⁴ Sofern also (etwa im Zuge der Änderung des NetzDG) keine belastbaren Tatsachen für die vom Bundesgesetzgeber angenommene Gefahrenlage beigebracht werden, kann sich dieser für das NetzDG nicht auf die Erforderlichkeit der Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse berufen.

(b) Wahrung der Rechtseinheit

Die Wahrung der Rechtseinheit im gesamtstaatlichen Interesse rechtfertigt eine bundesgesetzliche Regelung nicht bereits dann, wenn überhaupt eine „Gesetzesvielfalt auf Länderebene“ besteht, sondern erst, wenn diese „eine Rechtszersplitterung mit problematischen Folgen darstellt, die im Interesse sowohl des Bundes als auch der Länder nicht hingenommen werden kann. Gerade die Unterschiedlichkeit des Gesetzesrechts oder der Umstand, dass die Länder eine regelungsbedürftige Materie nicht regeln, müssen das gesamtstaatliche Rechtsgut der Rechtseinheit, verstanden als Erhaltung einer funktionsfähigen Rechtsgemeinschaft, bedrohen. (...) Einheitliche Rechtsregeln können in diesen Bereichen aber erforderlich werden, wenn die unterschiedliche rechtliche Behandlung desselben Lebenssachverhalts unter Umständen erhebliche Rechtsunsicherheiten und damit unzumutbare Behinderungen für den länderübergreifenden Rechtsverkehr erzeugen kann. Um dieser sich unmittelbar aus der Rechtslage ergebenden Bedrohung von Rechtssicherheit und Freizügigkeit im Bundesstaat entgegen zu wirken, kann der Bund eine bundesgesetzlich einheitliche Lösung wählen.“⁸⁵ Auch insoweit gelten aber die an die Tatsachenfeststellung und die gesetzgeberische Prognose zu stellenden Anforderungen.⁸⁶

Der Gesetzgeber des NetzDG apostrophiert die drohende Rechtszersplitterung lediglich; seine Begründung – Binnenwanderung und möglicher Länderwettbewerb um die niedrigsten Standards – geht jedoch nicht zentral dahin, dass unterschiedliche (zum Zeitpunkt der Gesetzgebung auch nicht bestehende) Länderregelungen als solche die Rechtseinheit gefährdeten oder gefährden könnten, wie es das BVerfG fordert. Das NetzDG strebt Rechtsvereinheitlichung nicht deshalb an, weil die Rechtswirkungen unterschiedlicher Länderregelungen „selbst und unmittelbar bundesstaatlichen Interessen entgegen stünden.“⁸⁷ In seinem Urteil zum Altenpflegegesetz hat das BVerfG hierzu ausgeführt: „Gerade die Un-

⁸⁴ BVerfG, Urt. vom 24. Okt. 2002, Az. 2 BvF 1/01, juris, Rn. 344.

⁸⁵ BVerfG, Urt. vom 24. Okt. 2002, Az. 2 BvF 1/01, juris, Rn. 328 f.; Urt. vom 27. Juli 2004, Az. 2 BvF 2/02, juris, Rn. 94.

⁸⁶ BVerfG, Urt. vom 24. Okt. 2002, Az. 2 BvF 1/01, juris, Rn. 345 ff.

⁸⁷ BVerfG, Urt. vom 24. Okt. 2002, Az. 2 BvF 1/01, juris, Rn. 362.

terschiedlichkeit des Gesetzesrechts oder der Umstand, dass die Länder eine regelungsbedürftige Materie nicht regeln, müssen das gesamtstaatliche Rechtsgut der Rechtseinheit, verstanden als Erhaltung einer funktionsfähigen Rechtsgemeinschaft, bedrohen. So würden beispielsweise unterschiedliche Personenstandsregelungen in den Ländern verhindern, dass die Eheschließung oder die Scheidung überall in Deutschland gleichermaßen rechtlich anerkannt und behandelt werden. Gäbe es in den Ländern grundlegend unterschiedliche Regelungen für das Gerichtsverfassungsrecht, könnten der Einzelne oder überregional agierende Unternehmen nicht darauf vertrauen, in allen Ländern in gleicher Weise Rechtsschutz zu erlangen. Ein unterschiedliches Verfahrensrecht erschwerte die Rechtswege zu den Bundesgerichten. (...) Es ist jedoch nicht die Rechtsvielfalt als solche, die den Bundesgesetzgeber zum Tätigwerden veranlasst hat und die ihm einen Eingriff in die Gesetzgebungskompetenzen der Länder nach Art. 72 Abs. 2 GG erlauben könnte. Es gibt keine hinreichenden Belege für die Annahme, das gesamtstaatliche Rechtsgut der Rechtseinheit sei bedroht. Das Altenpflegegesetz strebt Rechtsvereinheitlichung nicht deshalb an, weil die Rechtswirkungen der unterschiedlichen Ausbildungsregelungen selbst und unmittelbar bundesstaatlichen Interessen entgegen stünden. Dass unterschiedliche Länderregelungen beispielsweise die Ausbildung von Altenpflegern in dem einen Land nur als Umschüler und im anderen Land im Rahmen einer beruflichen Erstausbildung zulassen, berührt nicht per se die Interessen der Nachbarländer oder des Bundes, sondern darf als Ausdruck föderaler Vielfalt gelten.⁸⁸ Damit wird deutlich, dass unter das Erfordernis der Wahrung der Rechtseinheit Bundesgesetze zu fassen sind, ohne die nicht lediglich eine Vielfalt ländergesetzlicher Normierungen bestünde, sondern die auf eine über diese Vielfalt hinausweisende Gefahr für den Gesamtstaat – im Sinne einer „Erhaltung einer funktionsfähigen Rechtsgemeinschaft“ – reagieren. Das BVerfG hat dies für folgende Fälle bejaht: unzumutbare Behinderungen im länderübergreifenden Rechtsverkehr,⁸⁹ eine Beeinträchtigung der Verkehrsfähigkeit von Vermögenswerten,⁹⁰ Gefährdung einheitlicher Standards medizinischer Versorgung⁹¹.

Dass das NetzDG in diesem grundlegenden Sinne der Rechtszersplitterung entgegenwirken würde, legt der Gesetzgeber nicht dar und ist auch nicht ersichtlich.

⁸⁸ BVerfG, Urt. vom 24. Okt. 2002, Az. 2 BvF 1/01, juris, Rn. 328, 361 f.

⁸⁹ BVerfG, Urt. vom 24. Okt. 2002, Az. 2 BvF 1/01, juris, Rn. 329; Beschl. vom 27. Jan. 2010, Az. 2 BvR 2185/04 u.a., juris, Rn. 59 f. (Mindesthebesatz Gewerbesteuer).

⁹⁰ BVerfG, Beschl. vom 21. Juli 2010, Az. 1 BvL 8/07, juris, Rn. 79.

⁹¹ BVerfG, Beschl. vom 18. Juli 2005, Az. 2 BvF 2/01, juris, Rn. 90; Beschl. vom 13. Sept. 2005, Az. 2 BvF 2/03, juris, Rn. 153.

(c) *Wahrung der Wirtschaftseinheit*

Der Gesetzgeber nimmt unerwünschte ökonomische Verhaltensweisen der Länder und der Plattformen in den Blick: einen zu verhindernden Wettbewerb um die „besten“ rechtlichen Marktbedingungen. Damit könnte das NetzDG der Wahrung der Wirtschaftseinheit dienen.

Zugestehen ist dabei zunächst, dass das BVerfG selbst nicht durchgehend zwischen der (zu wahrenden) Rechts- und der Wirtschaftseinheit unterscheidet, sondern im Urteil zum Altenpflegegesetz (mit dem die Vereinheitlichung von Ausbildungsstandards vom BVerfG als zulässig bestätigt wurde)⁹² ausgeführt hat: „Die `Wahrung der Wirtschaftseinheit` liegt im gesamtstaatlichen Interesse, wenn es um die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums der Bundesrepublik durch bundeseinheitliche Rechtssetzung geht. `Wirtschaftseinheit` setzt also mehr voraus als die Schaffung von `Rechtseinheit`. Die beiden Zielvorgaben werden allerdings häufig eine Schnittmenge haben, da viele der in Art. 74 Abs. 1 und Art. 75 Abs. 1 GG aufgeführten Bereiche einen mittelbaren wirtschaftlichen Bezug aufweisen und sich Wirtschaftseinheit typischerweise über die Vereinheitlichung von Rechtslagen herstellen kann. Gleichwohl haben beide Zielvorgaben unterschiedliche Schwerpunkte. Geht es in erster Linie um wirtschaftspolitisch bedrohliche oder unzumutbare Auswirkungen einer Rechtsvielfalt oder mangelnder länderrechtlicher Regelung, greift die dritte Zielvorgabe des Art. 72 Abs. 2 GG ein. Wirtschaftliche Lagen vermögen die Länder grundsätzlich ebenso zu regulieren wie der Bund. Unterschiedliche landesrechtliche Regelungen können jedoch Schranken oder Hindernisse für den wirtschaftlichen Verkehr im Bundesgebiet errichten und insbesondere die Verteilung des wirtschaftlichen (personellen und sachlichen) Potentials verzerren; auch tatsächliche Verschiedenheiten zwischen den Ländern können der Gesamtwirtschaft in erheblichem Umfang abträglich sein. Der Erlass von Bundesgesetzen zur Wahrung der Wirtschaftseinheit steht dann im gesamtstaatlichen, also im gemeinsamen Interesse von Bund und Ländern, wenn Landesregelungen oder das Untätigbleiben der Länder erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft mit sich bringen.“⁹³

Vergleichbar zu der Argumentation in der Gesetzesbegründung, die auf eine verfehlte Ansiedlungspolitik abhebt, führt das BVerfG in seinem Beschluss zum Beitragssatzsiche-

⁹² Kritisch hierzu *Herbst* (Fn. 50), S. 330 f.

⁹³ BVerfG, Urt. vom 24. Okt. 2002, Az. 2 BvF 1/01, juris, Rn. 330 f.

rungsgesetz aus: „Die Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit gebietet es, das System der gesetzlichen Renten- und Krankenversicherung für ganz Deutschland einheitlich zu regeln. Erforderlich sind nicht bundeseinheitliche Beitragssätze – wie die unterschiedlich hohen Krankenkassenbeiträge zeigen –, wohl aber eine einheitliche Berechnungsmethode und daher auch eine einheitliche Regelung der Berechnungsgrundlagen und, wenn auf diese Berechnungsgrundlagen durch Gesetz Einfluss genommen werden soll, eine einheitliche Reglementierung. Wollte man die Reglementierung der Kosten für Waren und Dienstleistungen im Gesundheitswesen und damit das wesentliche Instrument zur Begrenzung der Beitragssätze der Regelung durch die Landesgesetzgeber überlassen, so müsste ein Wettbewerb hingenommen werden, der aus unterschiedlichen Preisreglementierungen entstünde. Anbieter mit ausreichender Wirtschaftskraft könnten die Märkte meiden, die durch strenge Preisbeschränkungen gekennzeichnet sind. Hier würden nur noch Anbieter auftreten, die den stark reglementierten Preis halten können, dies aber mit Qualitätsabstrichen erreichen. Eine Versorgung der Versicherten auf gleichmäßig hohem Niveau könnte nicht mehr gewährleistet werden.“⁹⁴

Diese Argumentationslinie – eine unterschiedliche Marktsituation in den Ländern, die es im übergeordneten (Versorgungs-)Interesse zu verhindern gilt – ist nachvollziehbar, wohingegen an derjenigen der Gesetzesbegründung des NetzDG durchgreifende Zweifel bestehen. Die dort getroffene Annahme, dass Plattformen mit mehr als zwei Millionen Nutzern als die Adressaten des NetzDG (also insbesondere Facebook, Youtube, Twitter und Instagram), die zumeist ihren Sitz im europäischen und außereuropäischen Ausland haben, eine kompetitive Ansiedlungspolitik der Bundesländer auszulösen vermöchten, die zudem noch durch das Bestreben der Länder nach jeweils möglichst niedrigen Schutzstandards in Bezug auf (Hass-)Kriminalität (!) gekennzeichnet wäre, ist kaum nachvollziehbar. Ein etwaiges Vorbild oder sonstige Anhaltspunkte für diese – abermals auch nicht auf eine explizite tatsächliche Grundlage gestützte – Prognose führt die Gesetzesbegründung nicht an.

In weiteren Entscheidungen zum Begriff der Wahrung der Wirtschaftseinheit hat das BVerfG Bundesgesetze zur Änderung der Ladenschlusszeiten,⁹⁵ zur Einführung der Juni-

⁹⁴ BVerfG, Beschl. vom 13. Sept. 2005, Az. 2 BvF 2/03, juris, Rn. 153.

⁹⁵ BVerfG, Urt. vom 9. Juni 2004, Az. 1 BvR 636/02, juris, Rn. 100, nicht erforderlich zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit des deutschen Wirtschaftsraums oder zur Vermeidung der Rechtszersplitterung.

orprofessur,⁹⁶ zum Verbot von Studiengebühren⁹⁷ und zum Betreuungsgeld⁹⁸ beanstandet, hingegen das Betriebsprämienführungsgesetz (unterschiedliche Gewährung von Agrarbeihilfen an Landwirte),⁹⁹ die Regelung des Risikostrukturausgleichs der Krankenkassen,¹⁰⁰ eine Vereinheitlichung der Berufsausbildung zum Hufschmied,¹⁰¹ die Festlegung eines Mindesthebesatzes für die Gewerbesteuer zur Vermeidung von Steueroasen,¹⁰² die Filmförderung,¹⁰³ die exportorientierte Absatzförderung von Wein,¹⁰⁴ bzgl. der Privilegierung des Betriebsvermögens im Erbschaftssteuerrecht¹⁰⁵ und hinsichtlich der Öffentlichkeitsinformation im Lebensmittelrecht¹⁰⁶ akzeptiert.

⁹⁶ BVerfG, Urt. vom 27. Juli 2004, Az. 2 BvF 2/02, juris, Rn. 95 f., 100 f., 127, 129-135, Gesetzgeber hat sich nicht am Ziel der Wirtschaftseinheit orientiert, und divergierende Zugangsregelungen zur Professur in den einzelnen Ländern lassen keinen Missstand erwarten, der eine bundeseinheitliche Regelung erforderlich macht.

⁹⁷ BVerfG, Urt. vom 26. Jan. 2005, Az. 2 BvF 1/03, juris, Rn. 81, „nicht ersichtlich, dass unterschiedliche Landesregelungen über die Erhebung von Studiengebühren das - auch im gesamtwirtschaftlichen Interesse liegende - Ziel, möglichst viele Befähigte an das Studium heranzuführen und ihnen einen berufsqualifizierenden Hochschulabschluss zu ermöglichen, in erheblicher Weise beeinträchtigen könnten.“

⁹⁸ BVerfG, Urt. vom 21. Juli 2015, Az. 1 BvF 2/13, juris, Rn. 49-51, „Die bundesgesetzliche Bereitstellung von Betreuungsgeld ist auch nicht zur Wahrung der Wirtschaftseinheit erforderlich. Die Einführung eines Bundesbetreuungsgeldes war nicht Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums der Bundesrepublik. Unterschiedliche Landesregelungen oder das Untätigbleiben der Länder haben keine erkennbaren erheblichen Nachteile für die Gesamtwirtschaft mit sich gebracht.“

⁹⁹ BVerfG, Beschl. vom 14. Okt. 2008, Az. 1 BvF 4/05, juris, Rn. 85, Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums.

¹⁰⁰ BVerfG, Beschl. vom 18. Juli 2005, Az. 2 BvF 2/01, juris, Rn. 90, Mobilität der Beschäftigten im Bundesgebiet könnte ohne das Bundesgesetz eingeschränkt werden.

¹⁰¹ BVerfG, Beschl. vom 3. Juli 2007, Az. 1 BvR 2186/06, juris, Rn. 79-81, unterschiedliche Ausbildungs- und Zulassungsvoraussetzungen können im deutschen Wirtschaftsgebiet störende Grenzen aufrichten.

¹⁰² BVerfG, Beschl. vom 27. Jan. 2010, Az. 2 BvR 2185/04 u.a., juris, Rn. 57 ff., „Unterschiedliche Steuerbelastungen können zu wirtschaftlich unsinnigen, rein steuermotivierten Wanderungsbewegungen von Unternehmen aufgrund des Verzichts auf die Erhebung der Gewerbesteuer führen.“

¹⁰³ BVerfG, Urt. vom 28. Jan. 2014, Az. 2 BvR 1561/12 u.a., juris, Rn. 116 f., „Die Annahme, dass die für den Fortbestand und die Weiterentwicklung der deutschen Filmwirtschaft notwendige erfolgreiche Förderung deutscher Filmproduktionen und -koproduktionen nur mit einem begrenzten Maß an regionaler Standortbindung der Produktionsmittel verträglich und deshalb eine Bundesförderung erforderlich ist, die die mit solchen Mittelbindungen einhergehenden Landesförderungen ergänzt, ist plausibel...“

¹⁰⁴ BVerfG, Beschl. vom 6. Mai 2014, Az. 2 BvR 1139/12 u.a., juris, Rn. 114, „Der Gesetzgeber durfte davon ausgehen, dass eine wirksame und koordinierte Absatzförderung, die auch der Exportwirtschaft Absatzmärkte erschließen können soll, eine Bundesregelung erforderlich macht.“

¹⁰⁵ BVerfG, Urt. vom 17. Dez. 2014, Az. 1 BvL 21/12, juris, Rn. 116, „Unterschiedliche landesrechtliche Regelungen zur Befreiung von betrieblichem Vermögen hätten zur Folge, dass die Beantwortung der für die Planung der Unternehmensnachfolge wichtigen Frage, mit welcher Steuerbelastung ein Betriebsübergang verbunden ist, vom Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt des Erben oder Beschenkten beziehungsweise vom Sitz der betrieblichen Einheit abhängig wäre. Wäre Gegenstand des Erwerbs ein Unternehmen mit mehreren Betriebsstätten im ganzen Bundesgebiet oder mehreren selbständigen betrieblichen Einheiten in verschiedenen Ländern oder wären auf Erwerberseite mehrere Personen mit über das Bundesgebiet verteilten Wohnorten beteiligt, würden sich schwierige Abgrenzungsfragen ergeben, welche die bereits bestehende Komplexität der erbschaft- und schenkungsteuerlichen Förderung unternehmerischen Vermögens noch weiter steigern und damit die rechtliche Planungssicherheit erheblich einschränken würden.“

¹⁰⁶ BVerfG, Beschl. vom 21. März 2018, Az. 1 BvF 1/13, juris, Rn. 23, „Die bundesrechtliche Regelung der Öffentlichkeitsinformation ist zur Wahrung der Wirtschaftseinheit erforderlich im Sinne des Artikel 72

Vor diesem Hintergrund der Rechtsprechung des BVerfG lässt sich immerhin argumentieren, dass ein Bundesgesetz mit dem Inhalt des NetzDG durchaus insofern der (Rechts- und) Wirtschaftseinheit dienen kann, als zum NetzDG in der Tendenz vergleichbare unterschiedliche landesgesetzliche Normierungen, die aber in den einzelnen Vorschriften (etwa in Bezug auf die rechtswidrigen Inhalte oder zur Ausgestaltung des Kontroll-Verfahrens oder hinsichtlich der Bußgelder) differierten, für die Plattformen einen Flickenteppich rechtlicher Verpflichtungen (und ggfs. korrespondierender Ansprüche) mit sich brächten. Angesichts des (internationalen und) bundesweiten Tätigwerdens der Plattformen würden damit wohl – ähnlich wie im Falle der bundesweit tätigen Wirtschaftsbetriebe,¹⁰⁷ für die die Erbschafts- und Schenkungssteuer bundeseinheitlich geregelt wurde – Schranken und Hindernisse für den wirtschaftlichen Verkehr¹⁰⁸ aufgestellt und wäre die Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraumes beeinträchtigt, auch wenn sich die Plattformen bereits aktuell unterschiedlichen nationalen (und supranationalen) Regelungen gegenübersehen. Insofern ist auf eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts hinzuweisen, nach der es ausreichen soll, dass das Bundesgesetz einen bestimmten Wirtschaftssektor treffen will, ohne dass dieser für die Funktionsfähigkeit der Gesamtwirtschaft von Bedeutung sein müsste.¹⁰⁹ Für die Nutzer der Plattformen (auch wenn diese Wirtschaftssubjekte sind) würde es allerdings (wirtschaftlich betrachtet) wohl keine wesentlichen Unterschiede machen, sofern die Plattformen (gar nicht oder) länderspezifisch unterschiedlich dazu verpflichtet würden, auf Hasskriminalität etc. zu reagieren.

Die Erforderlichkeit eines Bundesgesetzes, die das BVerfG dann annimmt, wenn die Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit ohne bundesgesetzliche Regelung nicht oder nicht hinlänglich erreicht werden kann, landesrechtliche Regelungen also nicht ausreichen,¹¹⁰ wäre schließlich bzgl. des *Gesamtgesetzes* indiziert,¹¹¹ zumal „dem Gesetzgeber im Hinblick auf die allein zulässigen Zwecke einer bundesgesetzlichen Regelung und de-

Abs. 2 GG ..., weil sie die Einheitlichkeit und Verständlichkeit der Information für ein bundesweites Marktgeschehen sichert. Eine solche Transparenz ist Voraussetzung für das Vertrauen der Verbraucherinnen und Verbraucher in die Informationen...“

¹⁰⁷ Zur diesbzgl. Kammerrechtsprechung des BVerfG s. *Uhle* (Fn. 82), Rn. 154, 161.

¹⁰⁸ BVerfG, Urt. vom 24. Okt. 2002, Az. 2 BvF 1/01, juris, Rn. 330 f.

¹⁰⁹ BVerwG, Urt. vom 23. Febr. 2011, Az. 6 C 22/10, juris, Rn. 30.

¹¹⁰ BVerfG, Urt. vom 24. Okt. 2002, Az. 2 BvF 1/01, juris, Rn. 341 f.; Beschl. vom 27. Jan. 2010, Az. 2 BvR 2185/04 u.a., juris, Rn. 53.

¹¹¹ Ob jede einzelne gesetzliche Vorschrift diesem Erfordernis entspricht (hierzu BVerfG, Urt. vom 24. Okt. 2002, Az. 2 BvF 1/01, juris, Rn. 341; Beschl. vom 18. Juli 2005, Az. 2 BvF 2/01, juris, Rn. 88), kann im Rahmen dieses Gutachtens nicht vertieft geprüft werden; gegenteilige Anhaltspunkte sind allerdings nicht erkennbar.

ren Erforderlichkeit im gesamtstaatlichen Interesse im Sinne von Art. 72 Abs. 2 GG ... eine Einschätzungsprärogative zu(steht).¹¹² Nicht gefolgt werden kann der in der juristischen Literatur vertretenen Auffassung (s.o. bb (4)), dass ein Bundesgesetz dann nicht erforderlich sei, wenn länder einheitliche Normierungen denkbar sind oder über Staatsverträge hergestellt werden. Das BVerfG hat hierzu überzeugend ausgeführt, dass eine solche Sichtweise die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes gegenstandslos machen würde, da diese Möglichkeit theoretisch immer besteht. Die Vorschrift des Art. 72 Abs. 2 GG wolle, so das BVerfG, nicht bundeseinheitliche Bundes- von bundeseinheitlicher Ländergesetzgebung abgrenzen. Sinn der föderalen Verfassungssystematik sei es (vielmehr), den Ländern eigenständige Kompetenzräume für partikulardifferenzierte Regelungen zu eröffnen. Auch könne jeder der 16 Landesgesetzgeber nach In-Kraft-Treten gleich lautender Gesetze aus dem eine Bundesregelung verhindernden Konsens ausschließen.¹¹³

Das in Art. 72 Abs. 2 GG schließlich geforderte „gesamtstaatliche Interesse“,¹¹⁴ das verlangt, dass die Norm nicht nur im Interesse des Bundes, sondern auch im Interesse der Länder liegt,¹¹⁵ sollte mit Blick auf die Vorteile einer bundeseinheitlichen Regelung, von der letztlich auch die Bundesländer profitieren, anzunehmen sein.

(3) Ergebnis

Für die Gesetzgebungskompetenz des Bundes zum Erlass des NetzDG nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) spricht, dass sich das NetzDG an die Plattformen zuvörderst als Wirtschaftssubjekte richtet, typische Instrumente des Wirtschaftsrechts (Compliance) verwendet und Gefahren abwehren will, die aus den technischen Eigenheiten und der wirtschaftlichen Potenz der Netzdienstleister resultieren. Unmittelbarer Regelungsgegenstand des NetzDG sind dagegen nicht die bereits vom StGB erfassten Medieninhalte an und für sich.

¹¹² BVerfG, Urt. vom 17. Dez. 2014, Az. 1 BvL 21/12, juris, Rn. 111.

¹¹³ BVerfG, Urt. vom 24. Okt. 2002, Az. 2 BvF 1/01, juris, Rn. 343; Urt. vom 27. Juli 2004, Az. 2 BvF 2/02, juris, Rn. 101; Urt. vom 28. Jan. 2014, Az. 2 BvR 1561/12 u.a., juris, Rn. 117; BVerwG, Urt. vom 23. Febr. 2011, Az. 6 C 22/10, juris, Rn. 29; *Uhle* (Fn. 82), Art. 72 Rn. 170 f.; *Degenhart* (Fn. 40), Art. 72 Rn. 19 m.w.N.; *Lechleitner*, Die Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG, Jura 2004, S. 746, 750; a.A. etwa *Pieroth* (Fn. 13), Art. 72 Rn. 18 m.w.N.

¹¹⁴ Hierzu *Herbst* (Fn. 50), S. 333 ff.; *Lechleitner* (Fn. 113), S. 750.

¹¹⁵ *Herbst* (Fn. 50), S. 334 f. m.w.N.

Geht man davon aus, dass dem Bund der Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zur Seite steht, dürfte das NetzDG eine zur Wahrung der Wirtschaftseinheit erforderliche Regelung i.S.d. Art. 72 Abs. 2 GG sein. Grund hierfür ist, dass ein vollständiges Unterbleiben einer Regelung dem berechtigten gesetzgeberischen Anliegen nicht gerecht würde und eine vielgestaltige Normierung durch die Bundesländer mit dem bundesweiten, einheitlichen Auftritt der Plattformen nicht korrespondierte und die Funktionsfähigkeit des gesamtstaatlichen Wirtschaftsraumes beeinträchtigen dürfte. Dass die Länder über Staatsverträge bundesweit geltende eigenständige Regelungen treffen können, ist für die Bestimmung der Bundeskompetenz dagegen irrelevant.

b) Verstoß gegen die Grundrechte, insbesondere die Kommunikationsgrundrechte

Im Zusammenhang mit dem NetzDG werden Verstöße gegen Grundrechte des GG (Gleichheitsgebot, Art. 3 Abs. 1 GG,¹¹⁶ Kommunikationsgrundrechte, Art. 5 Abs. 1, 2 GG, nebst Zensurverbot, Art. 5 Abs. 1 Satz 3 GG,¹¹⁷ Kunstfreiheit, Art. 5 Abs. 3 GG,¹¹⁸ Wissenschaftsfreiheit, Art. 5 Abs. 3 GG,¹¹⁹ Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Art. 2 Abs. 1 GG,¹²⁰ Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG,¹²¹ Eigentum, Art. 14 Abs. 1 GG¹²² und sogar die Religionsfreiheit, Art. 4 Abs. 1, 2 GG¹²³), gegen die Parteienfreiheit, Art. 21 Abs. 1 GG,¹²⁴ sowie gegen weitere Verfassungsgrundsätze (Bestimmtheitsgrundsatz)¹²⁵ und gegen das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG¹²⁶ diskutiert und zum Teil auch bejaht. Der Schwerpunkt der gegen das NetzDG gerichteten Vorwürfe geht dabei dahin, dieses verstoße gegen die in Art. 5 Abs. 1, 2 GG gewährleisteten Kommunikationsgrundrechte. So sollen die Meinungsfreiheit der Netzbetreiber und der Nutzer sowie die Informa-

¹¹⁶ *Liesching* (Fn. 21), S. 28; *Nolte* (Fn. 17), S. 560; *Wimmer/Heymanns* (Fn. 34), S. 101; *Ladeur/Gostomzyk* (Fn. 17), S. 92 f.

¹¹⁷ *Buchheim* (Fn. 2), S. 554; *Ladeur/Gostomzyk* (Fn. 17), S. 86 (zum NetDG-E); *Warg*, Meinungsfreiheit zwischen Zensur und Selbstzensur, DöV 2018, S. 473, 479 ff.; allg. *Stern*, Staatsrecht IV/1, 2006, S. 1609.

¹¹⁸ *Frenzel*, Aktuelles Gesetzgebungsvorhaben: Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (NetzDG), JuS 2017, S. 414, 415.

¹¹⁹ *Ladeur/Gostomzyk* (Fn. 17), S. 89 (zum NetDG-E).

¹²⁰ *Wimmer/Heymanns* (Fn. 34), S. 100.

¹²¹ *Buchheim* (Fn. 2), S. 550, 553; *Löber/Roßnagel*, Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Umsetzung, MMR 2019, S. 71, 74; *Ladeur/Gostomzyk* (Fn. 17), S. 32 ff. (zum NetDG-E).

¹²² *Ladeur/Gostomzyk* (Fn. 17), S. 75 f.

¹²³ *Ladeur/Gostomzyk* (Fn. 17), S. 89.

¹²⁴ *Ladeur/Gostomzyk* (Fn. 17), S. 90.

¹²⁵ *Buchheim* (Fn. 2), S. 554; *Bautze* (Fn. 2), S. 210 f.; *Liesching* (Fn. 21), S. 26 f.; *Ladeur/Gostomzyk* (Fn. 17), S. 22-26 (zum NetDG-E); *Bautze* (Fn. 2), S. 210 f.

¹²⁶ *Buchheim* (Fn. 2), S. 554.

tionsfreiheit letzterer verletzt sein; darüber hinaus werden Verstöße auch gegen die Pressefreiheit sowie das Zensurverbot ausgemacht. Die Diskussion wird im Folgenden auf die Kommunikationsgrundrechte beschränkt nachgezeichnet; im Übrigen wird auf die soeben in Bezug genommenen Literaturstimmen verwiesen.

aa) Kommunikationsgrundrechte der Netzbetreiber

Den Betreibern der Plattformen wird in Teilen der juristischen Literatur ein grundrechtlicher Schutz aus Art. 5 GG zugesprochen, da diese als „Intermediäre“ an dem Schutz teilnehmen, der den von ihnen vermittelten Informationen zukomme.¹²⁷ Soweit Anbieter sozialer Netzwerke daher lediglich eine Plattform für das Anpreisen von Waren oder Dienstleistungen vorhielten, schütze sie das Grundrecht der Berufsfreiheit; sie genössen hingegen bereits dann den Schutz des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG (darin ähnlich wie Presse-Grossisten¹²⁸), wenn sie die technischen Voraussetzungen der Kommunikation bereitstellten, ohne dabei auf die kommunizierten Inhalte einzuwirken (inhaltsneutrale Intermediäre). Soziale Netzwerke seien aber nicht als derart inhaltsneutrale Intermediäre zu qualifizieren, wenn sie fremde Inhalte nach professionell-journalistischen Kriterien auswählten und eine redaktionelle Gesamtverantwortung übernähmen. Aber auch ohne dies gelte, dass das Massenmedium, das Kommunikationsinhalte Dritter, die unter Art. 5 Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2 GG fielen, veröffentliche, seinerseits an dem grundrechtlichen Schutz teilhabe.¹²⁹ Und schließlich wirkten die sozialen Netzwerke auch insofern auf die von Dritten bereitgestellten Inhalte ein, als sie den Kommunikationsprozess mithilfe von Algorithmen beeinflussten. Sie bestimmten den für die Nutzer sichtbaren Newsfeed. Damit, durch eine Auswahl der für den einzelnen Nutzer relevanten (präferierten) Inhalte, übten sie inhaltsbezogene Selektions- und Steuerungsfunktionen aus. Damit seien sie zwar selbst keine Medienanbieter, aber auch keine schlicht inhaltsneutralen Plattformbetreiber und daher von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geschützt.¹³⁰

¹²⁷ Zur Frage der Grundrechtsträgerschaft s. aber *Ladeur/Gostomzyk* (Fn. 17), S. 30 f.; *Lüdemann*, Grundrechtliche Vorgaben für die Löschung von Beiträgen in sozialen Netzwerken, MMR 2019, S. 279, 281.

¹²⁸ BVerfG, Beschl. vom 13. Jan. 1988, Az. 1 BvR 1548/82, juris, Rn. 23 ff.

¹²⁹ *Gersdorf* (Fn. 18), S. 443, unter Berufung auf BVerfGE 102, 347, 359 und BVerfG, NJW-RR 2010, S. 470, 471 Rn. 59 sowie BGH, NJW 2010, S. 760, 761 Rn. 11 ff.; das OLG Bbg, Beschl. vom 27. Juli 2018, Az. 1 W 28/18, stellt auch auf Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG ab, der Netzbetreiber positioniere sich politisch, indem er unliebsame Posts lösche.

¹³⁰ *Gersdorf* (Fn. 18), S. 444 f.; vgl. auch *Eifert*, Rechenschaftspflichten für soziale Netzwerke und Suchmaschinen., NJW 2017, S. 1450; dagegen weist *Lüdemann* (Fn. 127) S. 281, darauf hin, dass eine Verbreitungspflicht gerade auch Grundrechte der Plattformbetreiber verletzen würde; *Müller-Franken*

Als Adressaten des NetzDG-E¹³¹ seien die Betreiber in ihren Kommunikationsrechten deshalb verletzt, weil es hinsichtlich der sie treffenden Löschungspflicht an einer Zumutbarkeitsregelung fehle. Anders als in der Rechtsprechung des BGH zur Störerhaftung,¹³² nach der der Umfang der Pflichten sich danach bestimme, ob und inwieweit dem als mittelbaren Störer in Anspruch Genommenen nach den Umständen des Einzelfalls eine Verhinderung der Verletzung zuzumuten sei, sehe § 3 Abs. 2 Nr. 3 NetzDG-E eine starre Prüfpflicht von sieben Tagen vor,¹³³ ohne Vorbehalt, dass diese Prüfpflichten nur im Rahmen des Zumutbaren gelten. Dies verstoße gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.¹³⁴

Schließlich bestehe die Gefahr, dass die Betreiber geneigt sein könnten, vorsichtshalber Inhalte zu entfernen, selbst wenn erhebliche Zweifel an deren Rechtswidrigkeit bestünden. Zwar sei eine unterlassene Löschung nicht per se bußgeldbewehrt, jedoch bestehe die (bußgeldbewehrte) starre, innerhalb von sieben Tagen zu erfüllende Prüfungsverpflichtung ohne Zumutbarkeitsvorbehalt, was die Pflichten zulasten der Meinungsfreiheit überspanne und zu einem Verstoß gegen Art. 5 GG, Art. 11 der EU-Grundrechtecharta (GRCh) und Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) führe.¹³⁵

Andere Autoren weisen demgegenüber auf die Möglichkeit der regulierten Selbstregulierung (§ 3 Abs. 2 Nr. 3 b NetzDG) hin, der sich die Betreiber unterwerfen könnten.¹³⁶

bb) Kommunikationsgrundrechte der Nutzer

(a) Overblocking versus Underblocking

Da das NetzDG nicht an die Nutzer adressiert ist, diese also nicht unmittelbar beeinträchtigt, sollen sie nach einer in der juristischen Literatur vertretenen Auffassung in ihren

(Fn. 18), führt aus, dass die Löschung rechtmäßiger Inhalte den Betreibern, die ihre eigenen Community-Richtlinien aufstellen dürften, gar nicht untersagt werden könne.

¹³¹ Die Kritik bezog sich auf den Entwurf des NetzDG, der gerade bzgl. des von *Gersdorf* kritisierten § 3 Abs. 2 Nr. 3 deutlich verändert wurde (unter anderem wird die Löschung nunmehr entweder „unverzögerlich“ oder nur „in der Regel“ in sieben Tagen verlangt), aber nach wie vor keine „Zumutbarkeitsregel“ enthält.

¹³² *Gersdorf* (Fn. 18), S. 446, weist hier auf BGH MMR 2016, 418 Rn. 22 (Urt. vom 1. März 2016, Az. VI ZR 34/15, juris), hin.

¹³³ Anderes soll bzgl. der offensichtlich rechtswidrigen Inhalte gelten, da hier keine umfangreiche Prüfung erforderlich sei.

¹³⁴ *Gersdorf* (Fn. 18), S. 446.

¹³⁵ *Gersdorf* (Fn. 18), S. 446; ähnlich *Ladeur/Gostomzyk* (Fn. 17), S. 50 f., 80-83 (zum NetzDG-E).

¹³⁶ *Mayen*, Über die mittelbare Grundrechtsbindung Privater in Zeiten des Einflusses sozialer Netzwerke auf die öffentliche Kommunikation, ZHR 182 (2018), S. 1, 2.

Grundrechten in der Art eines mittelbaren Eingriffs, der aus den den Betreibern auferlegten Löschungspflichten resultiere, betroffen sein.¹³⁷ Eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung dieses Eingriffs scheidet aus, da es an einem rechtsstaatlich gebotenen Verfahren fehle, das die Rechte der von der Löschung Betroffenen regelt.¹³⁸ Der bereits angesprochene (insbesondere von *Gersdorf*, s.o. aa)) Aspekt des sog. Overblockings (des übermäßigen Löschens auch nicht rechtswidriger Inhalte) wird von anderen Autoren, z.B. von *Buchheim*, als Verletzung des Rechts der Nutzer auf freie Meinungsäußerung aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG qualifiziert. Da nicht immer sicher bestimmbar sei, so die Argumentation, ob Inhalte strafbar seien oder nicht, sei absehbar, dass jedenfalls in einem gewissen Umfang auch rechtmäßige Inhalte gelöscht würden. Der damit einhergehende Effekt auf erlaubte Meinungsäußerungen wiege umso schwerer, als Meinungsäußerungen, die an der Grenze zur Strafbarkeit lägen, in besonderem Maße des grundrechtlichen Schutzes bedürften (Schutz des gerade noch Erlaubten). Da die gesetzlich begründeten Löschpflichten einen wirtschaftlichen Reiz setzten, auch rechtmäßige Inhalte (vorsichtshalber) zu löschen und dem kein äquivalenter Anreiz gegenüberstehe, eine genaue Prüfung vorzunehmen und auch zweifelhafte Inhalte stehen zu lassen, verhindere das NetzDG mittelbar bestimmte Meinungsinhalte im Grenzbereich. Dies werde nicht dadurch aufgewogen, dass sowohl die Plattformen als auch die Nutzer ein Interesse daran hätten, rechtmäßige Inhalte nicht zu löschen, da hiergegen soziale Diskursnormen stünden. Es liege nahe, dass solche Plattformen bevorzugt würden, die das Anstandsgefühl der Mehrheit der Nutzer wahrten. Das durch die Plattformen betriebene Overblocking sei dem Staat auch zurechenbar, da ansonsten über die Einschaltung privater Dritter Ergebnisse erzielt werden könnten, die der Staat selbst nicht erzielen dürfte. Da es das NetzDG versäume, die drohende Übererfüllung durch geeignete Maßnahmen einzudämmen, nehme es die absehbare Übererfüllung in Kauf und sei damit unverhältnismäßig.¹³⁹

¹³⁷ *Buchheim* (Fn. 2), S. 555; *Mayen* (Fn. 136), S. 1, 3 f., der sodann annimmt, die Annäherung von mittelbarer und unmittelbarer Grundrechtsbindung vergrößere den Spielraum des Gesetzgebers, wenn er die Sperrung rechtswidriger Inhalte verlange, da solche Regelungen lediglich die gesteigerte Grundrechtsbindung konkretisierten, welche die Internetprovider deshalb trafen, weil sie die Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation bereitstellten; kritisch *Lüdemann* (Fn. 127), S. 280, 283; *Müller-Franken* (Fn. 18), S. 11 f.; *Paal/Hennemann*, Meinungsbildung im digitalen Zeitalter, JZ 2017, S. 641, 651; offen gelassen von BVerfG, Beschl. vom 22. Mai 2019, Az. 1 BvQ 42/19, juris, Rn. 15, hierzu Anmerkung von *Seyderheim*, NVwZ 2019, S. 962 ff.; vgl. auch BVerfG, Beschl. vom 23. April 2019, Az. 1 BvR 2314/18, juris, Rn. 5.

¹³⁸ *Gersdorf* (Fn. 18), S. 446.

¹³⁹ *Buchheim* (Fn. 2), S. 555 f.; *Koreng* (Fn. 19), S. 204; nach *F. Albrecht*, Das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz): Wesentliche Rege-

Die Gegenansicht, pointiert vertreten von *Andrej Lang*, konzediert zunächst, dass die Gefahr des Overblockings durchaus bestehe: Aus dem Zusammenspiel mächtiger Konzerne wie Facebook etc., die Einfluss auf die Inhalte der Plattformen nehmen könnten, und dem auf diese Konzerne ausgeübten staatlichen Sanktionsdruck resultiere eine Gefährdung der Meinungsfreiheit.¹⁴⁰ Dabei müsse sich der Gesetzgeber des NetzDG, der von den Betreibern die Errichtung eines Verfahrens zur Gewährleistung der Löschung rechtswidriger Inhalte einfordere, das Verhalten der Betreiber als mittelbaren Eingriff in die Grundrechte der Nutzer zurechnen lassen, da die durch das NetzDG begründete Kombination aus kurzen Entscheidungsfristen und hohen Bußgeldandrohungen bei den Betreibern Anreize setzen könne, im Zweifel auch rechtmäßige Inhalte zu löschen und somit die Meinungsfreiheit der Nutzer faktisch zu beeinträchtigen. Allerdings verfolge der Gesetzgeber seinerseits ein ebenfalls grundrechtlich fundiertes Ziel: Mit dem NetzDG komme er seiner Pflicht nach, von rechtswidrigen Inhalten Betroffene wirksam gegen Einwirkungen der Medien auf ihre Individualsphäre (Persönlichkeitsrechte) zu schützen.¹⁴¹ Dem vielfach beklagten Phänomen des Overblockings stehe somit das vergleichsweise selten thematisierte Problem des Underblockings, also die Nichtlöschung rechtswidriger Inhalte, gegenüber. Dem Gesetzgeber obliege es dann, die betroffenen grundrechtlichen Positionen – die Meinungsfreiheit einerseits, das allgemeine Persönlichkeitsrecht andererseits – in Ausgleich miteinander zu bringen.¹⁴²

Hierbei müsse der Gesetzgeber das Overblocking verhindern oder zumindest eindämmen und dürfe etwa das Bußgeldregime des NetzDG nicht zu „scharf“ einstellen, die Sorgfalts-

lungen und Probleme unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung, juris.-PR-ITR 1/2019 Anm. 2, A., B., F., I., ist mit dem NetzDG ein Beitrag zum Ausbau staatlich gelenkter privater Zensurinfrastrukturen geleistet worden, der weit über den Bereich der Kriminalitätsbekämpfung hinausreicht und den Verdacht nahelegt, dass es sich um ein „Volkserziehungsprogramm“ handle, mit dem die Meinungsfreiheit in weiten Teilen aufgehoben werden solle. Mit dem NetzDG werde der Versuch unternommen, die als alternative Medien zunehmend frequentierten sozialen Netzwerke im Sinne des Mainstreams gleich- bzw. auszuschalten.

¹⁴⁰ So bereits *Eifert* (Fn. 130), S. 1452, der auf ähnliche Gefahren und Erfahrungen durch den Einsatz standardisierter Verfahren im Bereich der Urheberrechtsverletzungen verweist; *Holzner* (Fn. 71), S. 623.

¹⁴¹ *A. Lang*, *Netzwerkdurchsetzungsgesetz und Meinungsfreiheit*, AöR 143 (2018), S. 220, 226-229, unter Hinweis auf BVerfGE 97, 125, 146.

¹⁴² Ebenso *Bautze* (Fn. 2), S. 212, unter Hinweis auf EGMR, Urt. vom 16. Juni 2015, Az. 64569/09 – *Delfi AS./Estland*, juris.; *Höch*, *Das NetzDG ist besser als sein Ruf*, K&R 2017, S. 289, 292; *Lüdemann* (Fn. 127) S. 282; *Holzner* (Fn. 71), S. 617, weist darauf hin, dass die Meinungsfreiheit gerade auch dadurch bedroht werden könne, dass Hasskommunikation wegen der hiermit für vulnerable Gruppen einhergehenden Einschüchterungseffekte und Selbstzensur nicht unterbunden werde; ähnlich *Lüdemann* (Fn. 127) S. 282 f., Hasskommunikation sei häufig ein bewusstes Mittel, um unliebsame Minderheiten aus den digitalen Kommunikationsräumen zu drängen.

anforderungen dürften im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG nicht „überspannt und so der freie Kommunikationsprozess, den Art. 5 Abs. 1 GG im Sinn hat, eingeschnürt“¹⁴³ werden. Gesetzliche Anreize, die zu einem exzessiven Overblocking führten, stellten wohl einen Verstoß gegen die Meinungsfreiheit dar. Dabei aber dürfe nicht jeder Fall des Overblockings dem Gesetzgeber zugerechnet werden, da sich das NetzDG ausschließlich auf rechtswidrige Inhalte beziehe, die zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und anderer Gemeinwohlbelange konsequent zu löschen seien,¹⁴⁴ während alle anderen Nutzerbeiträge im Sinne der Meinungsfreiheit unberührt blieben. Die Kritik am NetzDG gehe dabei zu weit, wenn das Overblocking als quasi gegeben angenommen und behauptet werde, die Plattformen könnten gar nicht anders handeln, als übermäßig zu löschen. Vielmehr ließen sich mehrere strukturelle Faktoren unterscheiden, die ein Overblocking begünstigten und vom Gesetzgeber berücksichtigt werden müssten: eine asymmetrische Verteilung der Haftungsrisiken zwischen der Löschung rechtmäßiger Inhalte und der Nichtlöschung rechtswidriger Inhalte, eine divergierende Interessenlage zwischen dem Intermediär und dem Nutzer, die Fehleranfälligkeit des Auslösers der Inhaltsprüfung und schließlich die Schwierigkeit der Erkennbarkeit rechtswidriger Inhalte. Bezogen auf das NetzDG ergebe sich Folgendes: Das NetzDG verteile die Haftungsrisiken ungleich, da der Internetprovider für einen fehlerhaften Take-down rechtmäßiger Inhalte im Innenverhältnis zum Nutzer praktisch keine Haftung zu befürchten habe, während im umgekehrten Fall der Nichtlöschung rechtswidriger Inhalte erhebliche Haftungsrisiken bestünden. Allerdings bezögen sich die Bußgeldandrohungen nur auf die mangelnde Einrichtung eines Verfahrens zur Löschung rechtswidriger Inhalte,¹⁴⁵ also auf systematische Unzulänglichkeiten, und es sei anspruchsvoll, den Nachweis eines systematischen Versagens zu führen. Zudem habe der Internetprovider an den von den Dritten eingestellten Inhalten (anders als etwa der Journalist im Verhältnis zu seiner Zeitung) allenfalls ein geringes Interesse. Weiter seien Nutzerbeschwerden auf sozialen Netzwerken, die durch wenige „Klicks“ ermöglicht würden, besonders fehleranfällig, und schließlich sei es oftmals schwierig, rechtswidrige Inhalte zu identifizieren. Allerdings bestünden auch zum Overblocking gegenläufige Anreizstrukturen, da die großen Anbieter sozialer Netzwerke als US-amerikanische Unternehmen vom US-amerikanischen Verfassungsrecht geprägt seien und eher dazu neigten, im

¹⁴³ BVerfG, Beschl. vom 26. Aug. 2003, Az. 1 BvR 2243/02, juris, Rn. 15.

¹⁴⁴ Hierauf weist auch *Peifer* (Fn. 11), S. 19, hin: Das NetzDG untersage nichts, was ansonsten zulässig sei.

¹⁴⁵ Nach *Kubiciel* (Fn. 7), III. 3., fehlt es daher bereits an einem grundrechtsrelevanten Eingriff.

Zweifel für die Meinungsfreiheit zu entscheiden. Auch bestünden gewisse ökonomische Anreize gegen die Löschung von Inhalten, da die Verdienstaussichten durch Werbeeinnahmen mit der Nutzungsintensität des sozialen Netzwerkes korrespondierten. Da die Marktkapitalisierung etwa von Facebook über 500 Milliarden Euro betrage, sei zuletzt nicht gesichert, dass Bußgeldandrohungen in Höhe von bis zu 50 Millionen Euro automatisch zu einem Overblocking führten oder aber vielleicht auch nur einen angemessenen Ausgleich hinsichtlich der Anreizstruktur für soziale Netzwerkbetreiber schüfen.¹⁴⁶ Letztlich handele es sich somit bei dem zentralen Vorwurf an das NetzDG, dass es zu einem Overblocking komme, nur um eine – der empirischen Überprüfung zugängliche – Prognose. Damit aber werde dem Gesetzgeber ein Steuerungsversagen vorgeworfen, noch bevor sich die Wirkungen des NetzDG in der gesellschaftlichen Wirklichkeit abzeichneten. Dem Gesetzgeber stehe aber hinsichtlich der Vorhersage zukünftiger Entwicklungen eine Einschätzungsprärogative zu, und zwar erst recht bei komplexen sozialen Kausalzusammenhängen wie im Falle des NetzDG. Den Gesetzgeber treffe verfassungsrechtlich die Pflicht, die Wirkungen des NetzDG zu beobachten und – im Falle eines feststellbaren Overblockings – die getroffenen Regelungen ggfs. nachzubessern. Ohne nähere Kenntnis der tatsächlichen Wirkungen des NetzDG lasse sich eine abschließende verfassungsrechtliche Beurteilung nur schwerlich treffen.¹⁴⁷ Zu beachten sei auch, dass die vom NetzDG den Plattformen abverlangte Prüfung der Inhalte der Beiträge dahin verstanden werden könne, dass auch ein Overblocking untersagt sei, da in diesem Falle gerade nicht angemessen geprüft werde. Der Konflikt könne daher bereits auf der Ebene des einfachen Rechts aufgelöst werden. Dann aber handele der Gesetzgeber nicht verfassungswidrig.¹⁴⁸

(b) Grundrechtsschutz durch Verfahren

Neben dem Vorwurf, das NetzDG fördere das Overblocking, wird vorgebracht,¹⁴⁹ das Gesetz überantworte die Entscheidung über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Äußerung und damit über die Wahrnehmung des Grundrechts der Meinungsfreiheit den Plattformen als privaten Dritten, womit sich der Staat in unzulässiger Weise aus seiner Verant-

¹⁴⁶ So auch *Bautze* (Fn. 2), S. 209, eingehend auch zu den engen Voraussetzungen, unter denen ein Ordnungsgeld in dieser maximalen Höhe nur verhängt werden könnte.

¹⁴⁷ *A. Lang* (Fn. 141), S. 232-237.

¹⁴⁸ *A. Lang* (Fn. 141), S. 244 f., der im Übrigen auf § 307 Abs. 1 BGB und die hiernach mögliche Kontrolle der AGBs der Plattformen hinweist; ähnlich *Bautze* (Fn. 2), S. 210; *Kubiciel* (Fn. 7), II. 3.

¹⁴⁹ Im Ergebnis zum NetzDG-E ebenso auch Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages vom 12. Juni 2017 (Fn. 1), S. 16 f.

wortung zurückziehe. Darüber hinaus bilde das NetzDG Verfahrensrechte der Nutzer nur unzureichend aus. Im Einzelnen wird wie folgt argumentiert:

(aa) Einbeziehung der Netzbetreiber und staatliche Verantwortung

Mit der Verlagerung der Verantwortung für die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit bestimmter Äußerungen auf die Plattformen, so Teile der juristischen Literatur, verstoße das NetzDG gegen Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG, da die Rechtsdurchsetzung auf Private übertragen werde, diese würden als „Hilfspolizisten“ in Anspruch genommen. Die Entscheidung über die Strafbarkeit einer Handlung sei nach dem aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleiteten Justizgewährungsanspruch aber der Judikative vorbehalten, die auch den Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG gewährleiste.¹⁵⁰ Statt die Verantwortung auf private Dritte zu verlagern, müsse die staatliche Strafverfolgung¹⁵¹ und der gerichtliche Eilrechtsschutz gestärkt werden.¹⁵² Den Nutzern sozialer Netzwerke werde durch die Verlagerung im Übrigen auch die Möglichkeit genommen, unmittelbar Abwehrrechte gegen den Staat geltend zu machen; sie könnten vielmehr einzig auf zivilrechtlichem Weg gegen die Anbieter sozialer Netzwerke vorgehen und sich lediglich auf die mittelbare Drittwirkung der Meinungsfreiheit berufen. Dabei sei absehbar, dass die größte Zahl der Fälle mit einer Löschung des beanstandeten Inhalts („Posts“) enden werde, da der Wert, den der Einzelne der jeweiligen gelöschten oder gesperrten Meinungsäußerung zubillige, regelmäßig niedriger sei als die Bereitschaft, notfalls für die zur Durchsetzung des Rechts auf Meinungsfreiheit entstehenden Gerichtskosten aufzukommen. Hieran ändere auch die in § 4 Abs. 5 NetzDG vorgesehene gerichtliche Befassung nichts.¹⁵³

Dieser Kritik wird von anderen Autoren entgegnet, die Entscheidung über das Vorliegen einer Straftat sei nach Art. 92 GG als Ausübung der rechtsprechenden Gewalt dann den Richtern anvertraut, wenn in einem staatlichen Verfahren über eine strafrechtliche Sanktion zu befinden sei. Außerhalb eines solchen Verfahrens seien dagegen sowohl Behörden als auch Private berufen, über das Vorliegen von Straftaten zu entscheiden, Private etwa

¹⁵⁰ *Wimmers/Heymann* (Fn. 34), S. 97 f. m.w.N.; vgl. auch *Kalscheuer/Hornung* (Fn. 10), S. 1724.

¹⁵¹ Hiergegen pointiert *Höch* (Fn. 142), S. 290, der darauf hinweist, dass ein solcher Ansatz dazu führe, auch solche Nutzer Strafverfahren auszusetzen, in deren Ergebnis sich die Meinungsäußerung als straflos darstellt.

¹⁵² *Guggenberger* (Fn. 7), S. 2581.

¹⁵³ *Kalscheuer/Hornung* (Fn. 10), S. 1724; *Smets*, Die Stadionverbotsentscheidung des BVerfG und die Umwälzung der Grundrechtssicherung auf Private, NVwZ 2019, S. 34, 37; w.N. bei *A. Lang* (Fn. 141), S. 225 f., 238, und bei *Müller-Franken* (Fn. 18), S. 5.

als Versammlungsleiter nach dem Versammlungsrecht (§ 13 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Versammlungsgesetz).¹⁵⁴ Die sozialen Netzwerke würden vom NetzDG für die Abwehr von Gefahren in die Pflicht genommen, die aus einer von ihnen eröffneten und beherrschten Gefahrenquelle stammten.¹⁵⁵ Unzutreffend sei auch die Annahme, der Gesetzgeber übertrage die Entscheidungsbefugnis über die Löschung von Meinungsäußerungen von staatlichen Gerichten auf private Dritte. Tatsächlich nämlich werde hier nur an eine Entwicklung angeknüpft, die die großen US-amerikanischen Anbieter sozialer Netzwerke seit Jahren im Wege eingehender Inhaltskontrollen auf ihren Kommunikationsplattformen praktizierten.¹⁵⁶ Der hierfür betriebene Aufwand – pro Tag gingen bei Facebook schätzungsweise eine Millionen Nutzerbeschwerden oder Meldungen ein – sei enorm, sodass die Forderung, die Entscheidung über die Löschung von Inhalten in sozialen Netzwerken solle ausschließlich durch staatliche Gerichte verhandelt werden, an der Realität vorbeigehe. Staatliche Gerichtsverfahren seien nicht darauf ausgerichtet, in fließbandartiger Masse zügige Entscheidungen zu produzieren. Die inhaltsbezogene Regulierung sozialer Netzwerke durch Gerichte sei faktisch unmöglich und bedinge die Hinnahe zahlloser Persönlichkeitsverletzungen in sozialen Netzwerken. Ein entsprechender Richtervorbehalt werde schließlich vom Grundgesetz nicht verlangt, Gerichte könnten aber die letzte Entscheidung über Klagen wegen ungerechtfertigter Löschung treffen. Das NetzDG schließe die Zuständigkeit staatlicher Gerichte gerade nicht aus,¹⁵⁷ sondern greife in verfassungsrechtlich vertretbarer und rechtspolitisch sinnvoller Weise auf die Kapazitäten der Plattformen zu.¹⁵⁸

(bb) Verfahrensrechtliche Position der Nutzer

Der des Weiteren erhobene Vorwurf, das NetzDG sichere Nutzern keine angemessene verfahrensrechtliche Position, wird mit der vor einer Löschung nicht gewährleisteten Anhörung begründet. Auch könne einer unrechtmäßigen Löschung im Nachhinein nicht begeg-

¹⁵⁴ Höch (Fn. 142), S. 291, unter Hinweis auf BGH, Urt. vom 25. Okt. 2011, Az. VI ZR 93/10, juris.

¹⁵⁵ Müller-Franken (Fn. 18), S. 6; Bautze (Fn. 2), S. 209.

¹⁵⁶ Dieser Hinweis findet sich bereits bei Eifert (Fn. 130), S. 1451.

¹⁵⁷ Steffen, Hasskriminalität im Netz wirksam bekämpfen, RuP 2019, S. 11, 11 f., weist darauf hin, dass es dem Nutzer, der etwa auf seiner Kommentarseite ein Hakenkreuz vorfinde, freistehe, sich (auch) an die Staatsanwaltschaft zu wenden. Koreng (Fn. 19), S. 204, macht darauf aufmerksam, dass auch das Zivilrecht mit der einstweiligen Verfügung, §§ 935 ff. ZPO, ein Instrument kenne, das dem Betroffenen relativ schnell die Löschung ihn betreffender persönlichkeitsrechtsverletzender Inhalte ermögliche. Vgl. BVerfG, Beschl. vom 22. Mai 2019, Az. 1 BvQ 42/19, juris,.

¹⁵⁸ A. Lang (Fn. 141), S. 237-241, Mitte 2017 habe Facebook die Zahl seiner „Content Moderators“ von 4500 auf 7500 weltweit erhöht und beabsichtige, verstärkt auch Werkzeuge künstlicher Intelligenz zum Einsatz zu bringen; Eifert (Fn. 130), S. 1450, spricht davon, der Zugriff auf die Intermediäre und ihre technischen Funktionen, die einen Flaschenhals der Kommunikation bildeten, sei ein effektiver Ansatz.

net werden; insoweit sei zweifelhaft, dass noch dem Mindeststandard an angemessenen Rechtsschutz entsprochen werde, wenn der Nutzer auf den aufwändigen und mit einem Kostenrisiko behafteten Zivilrechtsweg verwiesen werde.¹⁵⁹ Zu fordern sei, dass den Nutzern gegen die Entscheidungen der Netzwerke ein einfacheres Rechtsschutzverfahren zur Verfügung gestellt werde.¹⁶⁰ Das gemäß § 4 Abs. 5 Netz DG vorgesehene gerichtliche Verfahren, das ohne mündliche Verhandlung erfolgen könne und dessen Entscheidung nicht anfechtbar sei, verbessere die unzureichende Rechtsstellung der Nutzer nicht.¹⁶¹

Die Gegenansicht verweist darauf, dass die dargestellten Forderungen letztlich auf die Begründung von Zugangsansprüchen zu sozialen Netzwerken hinausliefen. Sowohl das Zivil- als auch das Verfassungsrecht seien aber noch „weit davon entfernt“, einen grundsätzlichen Anspruch auf Zugang zu Medien anzuerkennen, was zu einer erheblichen Belastung der Anbieter der Dienste führen würde.¹⁶² Darüber hinaus wird der Rechtszustand vor Inkrafttreten des NetzDG in den Blick genommen: Die Lösungspraxis der Plattformen habe rechtsstaatliche Mindestanforderungen nicht einmal ansatzweise erfüllt. Nutzer seien vor einer Löschung weder benachrichtigt, noch sei diese ihnen gegenüber begründet worden. Auch seien die internen Verfahren und Richtlinien der Plattformen zur Löschung von Inhalten lange intransparent gewesen, das habe sich erst nach Inkrafttreten des NetzDG geändert. Das NetzDG sehe verfahrensrechtliche Mindestsicherungen vor, wenn es Benachrichtigungs- und Begründungspflichten gegenüber den Nutzern aufstelle (§ 3 Abs. 2 Nr. 5 Netz DG) und Transparenz in die internen Abläufe der Lösungspraxis bringe (§ 2 NetzDG). Allerdings werde der Nutzer darauf verwiesen, im Falle einer Löschung einen zivilrechtlichen Wiederherstellungsanspruch vor staatlichen Gerichten geltend zu machen und trage damit effektiv die Kosten für die Ausübung der Meinungsfreiheit, was diese signifikant beschränke. Es sei aber zu bedenken, dass im umgekehrten Fall von durch Posts erfolgenden Persönlichkeitsverletzungen das „Opfer“ der Meinungsäußerung diese Kosten zu tragen habe. Der Gesetzgeber sei daher dazu aufgefordert, als prozedurale Kompensation der staatlich geschaffenen Gefahr eines Overblockings niedrigschwelligere Verfahren einzuführen.¹⁶³

¹⁵⁹ Vgl. BVerfG, Beschl. vom 23. April 2019, Az. 1 BvR 2314/18, juris, Rn. 6 f.

¹⁶⁰ Müller-Franken (Fn. 18), S. 13; Hain/Ferreau/Brings-Wiesen (Fn. 16), S. 435; Ladeur/Gostomzyk (Fn. 17), S. 21 f., 30, 50-54, 84 f., 90 f.

¹⁶¹ Wimmers/Heymann (Fn. 34), S. 98, 100; Spindler (Fn. 37), S. 542; Nolte (Fn. 17), S. 560 f.

¹⁶² Peifer (Fn. 11), S. 20.

¹⁶³ A. Lang (Fn. 141), S. 245-248.

cc) Das NetzDG in der Umsetzungspraxis

Da in der dargestellten Diskussion mehrfach thematisiert, soll an dieser Stelle auf die Umsetzung des NetzDG in der Praxis der großen Internetplattformen eingegangen werden.

In einem jüngst veröffentlichten Beitrag beziffert der hamburgische Justizsenator, *Till Steffen*, den Anteil der im Internet als Tatort für „Hasskriminalität“ verübten Delikte mit 45 Prozent. Dies zeige den Stellenwert einer funktionierenden Kooperation zwischen Unternehmen der digitalen Welt und den Strafverfolgungsbehörden.¹⁶⁴

Eigenen Angaben nach löschen die Plattformen weltweit bereits millionenfach Beiträge, die nicht den von ihnen erstellten Community-Richtlinien entsprechen; dies geschieht auf einer ersten Stufe der Prüfung.¹⁶⁵ Den nach § 2 NetzDG halbjährlich vorgelegten Berichten der Plattformen lässt sich entnehmen, dass die auf Grundlage des NetzDG erfolgten Meldungen – im Ergebnis einer auf einer zweiten Stufe erfolgenden Prüfung – einen im Vergleich geringen Teil ausmachen, aber dennoch in die Hunderttausende gehen.¹⁶⁶ Dabei machen Verletzungen des Persönlichkeitsrechts und der Privatsphäre sowie Hassrede

¹⁶⁴ *Steffen* (Fn. 157), S. 13, unter Berufung auf Statistiken der Staatsanwaltschaften.

¹⁶⁵ So löschte Youtube im dritten Quartal 2019 537.759.344 Kommentare, von denen 99,3 % automatisch gemeldet wurden. Dabei betrafen 17,2% hasserfüllte oder beleidigende Inhalte, 13,1% gewaltsame oder abstoßende Inhalte, 8,2% Darstellungen gefährlicher Handlungen, 5,9% Kindesmissbrauch und 2,8% die Unterstützung von Terrorismus.

Quelle: <https://transparencyreport.google.com/youtube-policy/removals>.

Vgl. auch die Angaben zu Vorjahren bei *Löber/Roßnagel* (Fn. 121), S. 72 f.; *Hopf*, Die Entwicklung des Jugendmedienschutzes 2017/2018, ZUM 2019, S. 8, 10.

¹⁶⁶ Youtube gibt für das erste Halbjahr 2019 rund 300.000 Meldungen nach dem NetzDG an.

Quelle: <https://transparencyreport.google.com/netzdg/youtube>

Facebook nennt für denselben Zeitraum (nur) 1.050 Meldungen, von denen 349 (ca. 33%) gelöscht worden seien. Insgesamt seien im ersten Quartal 2019 ca. 4 Millionen Beiträge wegen Verstoßes gegen die Community-Richtlinien entfernt worden, in Deutschland 160.000, von denen rund 70% proaktiv entdeckt worden seien. Mit Sicherheitsfragen seien 30.000 Mitarbeiter befasst, davon die Hälfte mit der Prüfung von Inhalten, für Prüfungen nach dem NetzDG würden 80 Personen eingesetzt.

Quelle: <https://transparencyreport.google.com/netzdg/youtube>

Von den 239 Meldungen seien 204 binnen 24 Stunden, weitere 12 innerhalb von 48 Stunden, 18 innerhalb von 7 Tagen gelöscht worden.

Quelle: https://fbnewsroomus.files.wordpress.com/2019/07/facebook_netzdg_july_2019_deutsch_2.pdf.

Das Bundesamt für Justiz hat jüngst ein Bußgeld gegen Facebook verhängt, da im veröffentlichten Bericht die Anzahl der eingegangenen Beschwerden über rechtswidrige Inhalte unvollständig sei. Dadurch entstehe in der Öffentlichkeit über das Ausmaß rechtswidriger Inhalte und die Art und Weise, wie das soziale Netzwerk mit ihnen umgehe, ein verzerrtes Bild.

Quelle: <https://www.bundesjustizamt.de/DE/Presse/Archiv/2019/20190702.html>.

Twitter berichtet für das erste Halbjahr 2019 von ca. 500.000 Beschwerden nach dem NetzDG, von denen rund 47.000 zur Entfernung führten. Diese und weitere Zahlen unter:

<https://cdn.cms-twdigitalassets.com/content/dam/transparency-twitter/data/download-netzdg-report/netzdg-jan-jun-2019.pdf>.

Löber/Roßnagel (Fn. 121), S. 74, folgern, dass die Belastung der Plattformen angesichts des vergleichsweise geringen Mehraufwandes, der mit den zusätzlich nach dem NetzDG erfolgenden Prüfungen verbunden sei, „weit davon entfernt“ sei, als unverhältnismäßig eingestuft zu werden.

und politischer Extremismus etwa bei Youtube deutlich mehr als die Hälfte der Meldungen und der darauf hin getätigten Löschungen aus. Letztere erfolgen etwa in einem knappen Viertel der Fälle.¹⁶⁷ Innerhalb von 24 Stunden erfolgten hier fast 90 Prozent, innerhalb einer Woche etwa 98 Prozent der Löschungen.

Nach Bewertung der Medienanstalt Hamburg/Schleswig-Holstein (MA HSH)¹⁶⁸ hat das NetzDG zu effektiven Löschabläufen bei relevanten Beschwerden und einer Verbesserung der Gemeinschaftsstandards der sozialen Netzwerke geführt. Das befürchtete Overblocking könne angesichts vergleichsweise geringer Löschquoten nicht bestätigt werden.¹⁶⁹ Auch ein Underblocking sei nicht feststellbar; hiergegen spreche die geringe Zahl von Beschwerden, die das Bundesministerium für Justiz erhalten habe. Im Gegensatz zu den erwarteten 25.000 Beschwerden jährlich seien Presseberichten zufolge lediglich 1.000 Beschwerden (Stand: April 2019) eingegangen.¹⁷⁰ Die Hauptgründe für Löschungen seien bei allen Anbietern ähnlich. Der Großteil sei wegen Verstößen gegen § 185 StGB (Beleidigung) und § 130 StGB (Volksverhetzung) gelöscht worden. Die Löschung erfolge schließlich schnell, meist innerhalb von 24 Stunden.¹⁷¹ *Löber/Roßnagel* weisen überdies darauf hin, dass die wichtigsten Gründe für Sperrungen Inhalte wie Volksverhetzung und Beleidigungen seien. Insofern sei bemerkenswert, dass diese Gründe von den Gemeinschaftsregeln der Plattformen, die auf der ersten Stufe geprüft würden (Verstoß gegen die Community-Richtlinien), nicht erfasst oder nicht ausreichend wahrgenommen würden. Ohne das NetzDG und die (erneute) Prüfung der Inhalte nach diesem Maßstab (zweite Stufe) würden die betroffenen Personen daher Angriffen gegen ihre Persönlichkeitsrechte (weiterhin) ausgeliefert sein. Im Übrigen sei festzuhalten, dass es zu Rückfragen der Plattformen bei den Nutzern (Inhalteersteller) fast nie komme.¹⁷²

¹⁶⁷ Youtube etwa löschte 76,62% der gemeldeten Fälle nicht.

Quelle: <https://transparencyreport.google.com/netzdg/youtube>.

¹⁶⁸ Der Bericht „MA HSH-Auswertung der Transparenzberichte nach NetzDG“ vom 1. Juni 2019 findet sich hier: <https://www.ma-hsh.de/infotehek/publikationen/ma-hsh-auswertung-der-transparenzberichte-nach-netzdg.html>.

¹⁶⁹ Ebenso die Bewertung bei *Löber/Roßnagel* (Fn. 121), S. 73: Sperrquoten von zwischen 10% und 27% verleiteten nicht zu der Annahme, die Plattformen bemühten sich, möglichst viele Inhalte zu unterdrücken, um sich nicht angreifbar zu machen. Sie ließen eher vermuten, dass eine spezifische, an dem Schutz der Meinungsfreiheit orientierte Prüfung der Beanstandungen stattfinde.

¹⁷⁰ Nach *Löber/Roßnagel* (Fn. 121), S. 74, sind die Beschwerden allerdings größtenteils begründet.

¹⁷¹ Nach *Löber/Roßnagel* (Fn. 121), S. 73 f., bedurften die innerhalb von 24 Stunden erfolgenden Löschungen auf Grund ihrer Evidenz keiner vertieften Prüfung.

¹⁷² *Löber/Roßnagel* (Fn. 121), S. 74.

3. Verstoß gegen europäisches Recht?

Das Recht der Europäischen Union genießt gegenüber dem nationalen Recht Anwendungsvorrang.¹⁷³ Dementsprechend wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur die Frage erörtert, ob das NetzDG mit dem EU-Recht vereinbar ist. Die überwiegende Auffassung bejaht einen Verstoß.¹⁷⁴ Dabei wird vor allem eine Unvereinbarkeit mit den Vorgaben der Richtlinie 2000/31/EG „über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr)“ – E-Commerce-Richtlinie (ECR) – angenommen. Rechtsprechung zu dieser Frage liegt, soweit ersichtlich, weder von den deutschen Gerichten noch vom EuGH vor. Die EU-Kommission, die gemäß Art. 17 Abs. 1 Satz 3 EUV die Anwendung des Unionsrechts zu überwachen hat und ggf. Vertragsverletzungsverfahren gegen die Mitgliedstaaten beim EuGH einleiten kann, hat keine Maßnahmen wegen des NetzDG ergriffen.¹⁷⁵ Dies ist vorliegend von besonderer Bedeutung, weil die Bundesrepublik Deutschland das NetzDG nach der „Richtlinie 2015/1535 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft“ bei der Kommission angezeigt (notifiziert) hat¹⁷⁶ und Art. 3 Abs. 6 ECR vorsieht, dass die Kommission innerhalb kürzestmöglicher Zeit zu prüfen hat, ob die mitgeteilten Maßnahmen mit dem Unionsrecht vereinbar sind. Gelangt sie zu dem Schluss, dass die Maßnahme nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, so muss sie den Mitgliedstaat auffordern, davon Abstand zu nehmen, die geplanten Maßnahmen zu ergreifen, bzw. bereits ergriffene Maßnahmen unverzüglich einzustellen. Es kann also davon ausgegangen werden, dass die EU-Kommission keine Unvereinbarkeit des NetzDG mit dem EU-Recht annimmt.

¹⁷³ *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 8. Auflage 2018, § 10, Rn. 32 ff.

¹⁷⁴ *Wimmers/Heymann* (Fn. 34), S. 95 ff.; *Feldmann* (Fn. 17), S. 296 f.; *Spindler* (Fn. 37), S. 535 f.; *ders.*, Der Regierungsentwurf zum Netzwerkdurchsetzungsgesetz – europarechtswidrig?, ZUM 2017, S. 473 ff.; *Hain/Ferreau/Brings-Wiesen* (Fn. 16), S. 433 f.; *Liesching* (Fn. 21), S. 29 ff.; *Guggenberger* (Fn. 7), S. 2579 ff.; *Nolte* (Fn. 17), S. 561; *Hoeren*, Netzwerkdurchsetzungsgesetz europarechtswidrig, Blog-Beitrag vom 30. März 2017, hier abrufbar: <https://community.beck.de/2017/03/30/netzwerkdurchsetzungsgesetz-europarechtswidrig>. Anderer Auffassung *Peifer* (Fn. 11), S. 18 f., 22; *Höch* (Fn. 142), S. 291; *Bautze* (Fn. 2), S. 207 f.

¹⁷⁵ Siehe Wirtschaftswoche vom 29. Juni 2017, abrufbar unter <https://www.wiwo.de/politik/deutschland/facebook-gesetz-testballon-fuer-die-eu-kommission/19997096.html>; und die FAQ-Seite des BMJV zum NetzDG unter <https://www.bmjv.de/SharedDocs/FAQ/DE/NetzDG/NetzDG.html>.

¹⁷⁶ Notifizierungsnummer 2017/127/D; siehe auch die Fußnote in BT-Drs. 18/12356, S. 7.

a) Vereinbarkeit mit der E-Commerce-Richtlinie

In der Literatur wird insbesondere eine Vereinbarkeit mit der E-Commerce-Richtlinie diskutiert. Richtlinien sind gem. Art. 288 Satz 3 AEUV für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet sind, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlassen jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel. Ziel dieser Richtlinie ist es, einen rechtlichen Rahmen zur Schaffung des freien Verkehrs von Diensten der Informationsgesellschaft zwischen den Mitgliedstaaten zu schaffen.¹⁷⁷ Nach Art. 22 Abs. 1 ECR war die E-Commerce-Richtlinie bis zum 17. Januar 2002 in nationales Recht umzusetzen, die Umsetzungsfrist ist also abgelaufen. Auch der Anwendungsbereich der Richtlinie ist eröffnet. Denn bei den von den sozialen Netzwerken im Sinne des NetzDG angebotenen Diensten handelt es sich um „Dienste der Informationsgesellschaft“ im Sinne des Art. 2 Buchst. a) ECR, bei den sozialen Netzwerken dementsprechend um „Diensteanbieter“ im Sinne der Richtlinie (Art. 2 Buchst. b). Die Ausnahmen vom Anwendungsbereich der Richtlinie nach Art. 1 Abs. 3 bis 6 ECR sind hier nicht einschlägig. Daher ist das NetzDG am Maßstab der E-Commerce-Richtlinie zu messen.

In Betracht kommen hier Verstöße gegen das Herkunftslandprinzip nach Art. 3 Abs. 2 ECR und gegen die Regelungen über die Begrenzung der Verantwortung nach Art. 12 ff. ECR.

aa) Das Herkunftslandprinzip nach Art. 3 Abs. 2 ECR

Das Herkunftslandprinzip gemäß Art. 3 Abs. 2 ECR verbietet den Mitgliedstaaten, den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat aus Gründen einzuschränken, die in den koordinierten Bereich fallen. Der koordinierte Bereich umfasst gemäß Art. 2 Buchst. h) ECR die für die Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft und die Dienste der Informationsgesellschaft in den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten festgelegten Anforderungen, ungeachtet der Frage, ob sie allgemeiner Art oder speziell für sie bestimmt sind. Gemäß Art. 2 Buchst. i) ECR betrifft der koordinierte Bereich unter anderem vom Diensteanbieter zu erfüllende Anforderungen in Bezug auf die Verantwortlichkeit des Diensteanbieters. Da das NetzDG Bestimmungen über die Verantwortlichkeit der sozialen Netzwerke für bestimmte Inhalte vorsieht, fallen diese Regelun-

¹⁷⁷ Vgl. Art. 1 Abs. 1 und Erwägungsgrund 8 der ECR.

gen in den koordinierten Bereich.¹⁷⁸ Der Anwendungsbereich des NetzDG beschränkt sich nicht auf Diensteanbieter, die in Deutschland oder außerhalb der EU niedergelassen sind. Das NetzDG normiert vielmehr bestimmte Verhaltenspflichten auch für Diensteanbieter aus einem anderen EU-Mitgliedstaat und beschränkt damit den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft. Die Vorschriften des NetzDG berühren daher das Herkunftslandprinzip.

Demzufolge stellt sich die Frage, ob die beschränkenden Regelungen des NetzDG im koordinierten Bereich für Diensteanbieter aus anderen Mitgliedstaaten zulässig sind, weil die in der E-Commerce-Richtlinie vorgesehenen Ausnahmen einschlägig sind. Die allgemeine Bereichsausnahme nach Art. 3 Abs. 3 ECR ist hier nicht gegeben.¹⁷⁹ In Betracht kommt aber die Ausnahmeregelung nach Artikel 3 Absatz 4 ECR. Danach können die Mitgliedstaaten Maßnahmen ergreifen, die im Hinblick auf einen bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft vom Herkunftslandprinzip abweichen, wenn die Maßnahme

- unter anderem zum Schutz der öffentlichen Ordnung, etwa zur Bekämpfung von Hetze, erforderlich ist,
- einen bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft betrifft, der die Schutzziele beeinträchtigt oder eine ernsthafte und schwerwiegende Gefahr einer Beeinträchtigung dieser Ziele darstellt, und
- in einem angemessenen Verhältnis zu diesen Schutzzielen steht.

Will der Mitgliedstaat solche Maßnahmen ergreifen, so hat er gemäß Art. 3 Abs. 4 Buchst. b) ECR vor Ergreifen der Maßnahme unbeschadet etwaiger Gerichtsverfahren den Herkunftsmitgliedstaat aufzufordern, selbst Maßnahmen zu ergreifen. Maßnahmen durch den anderen Mitgliedstaat sind erst zulässig, wenn das Herkunftsland dieser Aufforderung nicht Folge leistet oder die von ihm getroffenen Maßnahmen unzulänglich sind. Zudem müssen der Herkunftsmitgliedstaat und die Kommission über die Absicht, beschränkende Maßnahmen einzuführen, unterrichtet werden. Allerdings können die Mitgliedstaaten in dringlichen Fällen von der vorhergehenden Aufforderung und der Unterrichtung absehen (Art. 3 Abs. 5 ECR).

¹⁷⁸ Davon geht auch der Entwurf des NetzDG aus, siehe BT-Drs. 18/12356, S. 14.

¹⁷⁹ Nach den Bestimmungen im Anhang der ECR sind u.a. urheberrechtliche Regelungen vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen.

Der Gesetzentwurf zum NetzDG geht davon aus, dass ein solcher dringlicher Fall gegeben sei, weil ein sofortiges Handeln zur effektiven Bekämpfung von Hasskriminalität und weiterer objektiv strafbarer Handlungen im Internet dringend geboten sei.¹⁸⁰

In der Literatur wird hingegen insbesondere als problematisch angesehen, dass das NetzDG nicht an einen einzelnen Diensteanbieter gerichtet ist, sondern an eine unbestimmte Zahl von sozialen Netzwerken.¹⁸¹ Zulässig sollen demnach lediglich konkrete Maßnahmen gegen einzelne Diensteanbieter sein. Abgeleitet wird dies nicht nur aus der Formulierung „bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft“ in Art. 3 Abs. 4 ECR, sondern auch aus den auf Einzelmaßnahmen zugeschnittenen Regelungen über die Pflicht zur Handlungsaufforderung an den Herkunftsmitgliedstaat und über die Ausnahme für dringliche Fälle. Dem könnte allerdings entgegengehalten werden, dass der Begriff „bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft“ nicht zwangsläufig einen einzelnen Dienst betreffen muss. Denkbar ist auch, dass ausreicht, wenn aus der Vielzahl der Dienste eine bestimmte Gruppe von Diensten ihrer Art nach, wie etwa die sozialen Netzwerke nach dem NetzDG, betroffen sind.

Außerdem ist zu bedenken, dass jede konkret-individuelle, gegen einen einzelnen Diensteanbieter gerichtete Maßnahme einer abstrakt-generellen Rechtsgrundlage bedarf. Dies ergibt sich aus dem Vorbehalt des Gesetzes nach Art. 52 Abs. 1 Satz 1 GRCh,¹⁸² da die beschränkenden Maßnahmen Eingriffe in die Berufsfreiheit und die unternehmerische Freiheit der Diensteanbieter gem Art. 15 und 16 GRCh darstellen. Eine nach Art. 3 Abs. 4 ECR zulässige konkrete Maßnahme gegen einen einzelnen Anbieter aus einem anderen Mitgliedstaat setzt also notwendig eine ebenfalls zulässige abstrakt-generelle Regelung voraus.¹⁸³

¹⁸⁰ BT-Drs. 18/12356, S. 14.

¹⁸¹ *Spindler* (Fn. 37), S. 535 f.; *ders.* (Fn. 174), S. 475 ff.; *Hain/Ferreau/Brings-Wiesen* (Fn. 16), S. 433 f.; *Liesching* (Fn. 21), S. 29; *Guggenberger* (Fn. 7), S. 2581 f.; *Wimmers/Heymann* (Fn. 34), S. 96 f.

¹⁸² Die Vorschrift lautet: „Jede Einschränkung der Ausübung der in dieser Charta anerkannten Rechte und Freiheiten muss gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten.“

¹⁸³ *Peifer* (Fn. 11), S. 22, nimmt an, dass das Bundesamt für Justiz vor einer Sanktionierung nach dem NetzDG Kontakt mit dem Herkunftsstaat aufnehmen kann; ebd. auch zu anderen Erwägungen im Hinblick auf das weitere EU-Sekundärrecht, die gegen einen Verstoß des NetzDG gegen die E-Commerce-Richtlinie sprechen sollen; hiergegen *Spindler*, Rechtsdurchsetzung von Persönlichkeitsrechten, GRUR 2018, 365 f.

Der EuGH hat sich zu dieser Frage noch nicht ausdrücklich geäußert. In der Sache eDate Advertising hat der Gerichtshof allerdings angemerkt, dass Art. 3 ECR es „vorbehaltlich der bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 4 gestatteten Ausnahmen“ nicht zulasse, dass der Diensteanbieter strengeren Anforderungen unterliegt, als sie das im Sitzmitgliedstaat dieses Anbieters geltende Sachrecht vorsieht.¹⁸⁴ Beim Wort genommen geht der EuGH also davon aus, dass Diensteanbieter strengeren Anforderungen unterworfen werden können, wenn die Ausnahmen des Art. 3 Abs. 4 ECR einschlägig sind, sodass danach generell-abstrakte Regelungen zulässig sein können.¹⁸⁵ Möglicherweise ergibt sich demnächst die Gelegenheit für den EuGH, zu dieser Frage nähere Hinweise zu geben. In einem noch anhängigen Vorabentscheidungsverfahren geht es um die Vorlagefragen eines französischen Gerichts zur Auslegung der E-Commerce-Richtlinie, die sich in einem Strafverfahren im Zusammenhang mit der Vermittlung von Wohnungen durch AIR-BNB Irland stellen. Der Generalanwalt hat in seinen Schlussanträgen¹⁸⁶ zur Problematik der Geltung der Ausnahmen des Art. 3 Abs. 4 ECR für abstrakt-generelle Regelungen Folgendes ausgeführt: „Erstens verpflichtet Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31 die Herkunftsmitgliedstaaten, dafür Sorge zu tragen, dass die Dienste der Informationsgesellschaft, die von einem in ihrem Hoheitsgebiet niedergelassenen Diensteanbieter erbracht werden, den in diesen Mitgliedstaaten geltenden innerstaatlichen Vorschriften entsprechen, die in den koordinierten Bereich fallen. Im Gegensatz zu dieser allgemeinen Verpflichtung könnte Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie 2000/31, um den in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie genannten Grundsatz nicht zu ‚verwässern‘, dahin verstanden werden, dass andere Mitgliedstaaten als der Herkunftsstaat nur im Einzelfall Ausnahmen vom freien Dienstleistungsverkehr vorsehen dürfen.“

Zweitens ist Art. 3 der Richtlinie 2000/31 so auszulegen, dass der freie Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft zwischen den Mitgliedstaaten sichergestellt wird. Wenn aber auch anderen Mitgliedstaaten als dem Herkunftsstaat die Befugnis eingeräumt würde, gegenüber allen Anbietern einer bestimmten Kategorie von Diensten der Informationsgesellschaft eigenmächtig Maßnahmen abstrakt-genereller Natur anzuwenden, würde dadurch der Grundsatz des freien Verkehrs solcher Dienste erheblich geschwächt. Art. 3

¹⁸⁴ EuGH, Urt. vom 25. Okt. 2011, Az. C-509/09, juris, Rn. 67

¹⁸⁵ Siehe auch die Darlegungen im Gutachten der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages vom 29. Mai 2017 (Fn. 1), S. 7, zu den Schlussanträgen des Generalanwaltes in dieser Rechtssache und zu den Ausführungen des EuGH in der Rechtssache Ker-Optika.

¹⁸⁶ Schlussanträge vom 30. April 2019, Az. C-390/18, juris, Rn. 130 ff. (nachfolgendes Zitat ohne im Original vorhandene Fußnoten und Randnummern).

Abs. 2 der Richtlinie 2000/31 garantiert einem Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft nämlich ein gewisses Maß an Rechtssicherheit: Vorbehaltlich der nach Maßgabe des Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie 2000/31 zulässigen Ausnahmen darf dieser Anbieter keinen strengeren als den im materiellen Recht seines Herkunftsmitgliedstaats geltenden Anforderungen unterworfen werden.

Drittens betreffen die aufgrund von Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie 2000/31 erlassenen Maßnahmen nicht die Dienste der Informationsgesellschaft oder deren Anbieter, sondern einen bestimmten Dienst.

Viertens ist meines Erachtens bei der Prüfung, ob *ein bestimmter Dienst der Informationsgesellschaft* ein bestimmtes Schutzziel beeinträchtigt oder eine ernsthafte und schwerwiegende Gefahr einer Beeinträchtigung dieses Ziels darstellt, immer auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen.

Fünftens werden die vorstehenden Erwägungen schließlich durch die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen untermauert, die ein Mitgliedstaat, der den freien Dienstleistungsverkehr beschränken will, zu erfüllen hat und auf die ich später noch zurückkommen werde. Nach Art. 3 Abs. 4 Buchst. b der Richtlinie 2000/31 muss ein Mitgliedstaat, der den Erlass abweichender Maßnahmen beabsichtigt, vorher die Kommission über seine Absicht unterrichten und den Herkunftsmitgliedstaat auffordern, Maßnahmen in Bezug auf die Dienste der Informationsgesellschaft zu ergreifen. Dieser Mitgliedstaat darf, wenn der Herkunftsmitgliedstaat nicht angemessen reagiert, die beabsichtigten Maßnahmen ergreifen. Diese verfahrensrechtlichen Voraussetzungen bestätigen eindeutig, dass die in Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie 2000/31 angeführten Maßnahmen nur ad hoc getroffen werden dürfen.

Aus diesen Gründen bin ich der Meinung, dass ein anderer als der Herkunftsmitgliedstaat Ausnahmen vom freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft nur durch auf den konkreten Einzelfall bezogene Maßnahmen vorsehen darf.¹⁸⁷

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof bezieht sich in einer neueren Entscheidung auf diese Ausführungen und schließt daraus, dass „ein Mitgliedstaat, der nach Art. 3 Abs. 4

¹⁸⁷ Der Generalanwalt beruft sich hier in einer Fußnote auch auf die Mitteilung der Kommission vom 14. Mai 2003 über die „Anwendung von Artikel 3 Absätze 4 bis 6 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr auf Finanzdienstleistungen“, KOM(2003) 259 endg., Nrn. 1 und 2.1.2.

lit. b der E-Commerce Richtlinie 2000/31/EG den Erlass abweichender (genereller) Maßnahmen beabsichtigt, zuvor die EU-Kommission über seine Absicht unterrichten und den Herkunftsmitgliedstaat auffordern [muss], selbst Maßnahmen in Bezug auf die Dienste der Informationsgesellschaft zu ergreifen“.¹⁸⁸

Geht man davon aus, dass Art. 3 Abs. 4 ECR grundsätzlich auch abstrakt-generelle Maßnahmen im koordinierten Bereich zulässt, ist das NetzDG nur mit dem Herkunftslandprinzip vereinbar, wenn die Regelungen erforderlich zum Schutz der öffentlichen Ordnung sind und in einem angemessenen Verhältnis zu den Schutzziele stehen. Im Hinblick auf den von der E-Commerce-Richtlinie intendierten Schutz der Freiheit des Dienstleistungsverkehrs kann darauf hingewiesen werden, dass wesentliche kostenträchtige Vorgaben des NetzDG für soziale Netzwerke mit weniger als 2 Millionen Nutzern nicht gelten, sodass die Anforderungen in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Normadressaten stehen dürften.¹⁸⁹ Zudem steht es nach § 4 NetzDG im Ermessen der zuständigen Behörde, ob sie einen Verstoß gegen das NetzDG als Ordnungswidrigkeit sanktioniert. Erweist sich eine solche Sanktion nach den Umständen des Falls als unverhältnismäßig, darf eine Geldbuße nicht verhängt werden. Insoweit ist also eine Anwendung des NetzDG unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgebots möglich.

Nimmt man an, dass das NetzDG mit dem Herkunftslandprinzip nicht vereinbar ist, so sind insbesondere zwei Gesichtspunkte zu beachten: Zum einen gilt das Herkunftslandprinzip des Art. 3 Abs. 2 ECR nur für Dienste „aus einem anderen Mitgliedstaat“, sodass sich Dienste, die ihren Sitz in Deutschland oder außerhalb der EU haben, nicht hierauf berufen können. Zum anderen verlangt das Herkunftslandprinzip keine Umsetzung durch eine kollisionsrechtliche Regelung, aus der sich ergibt, dass das Recht des Herkunftsmitgliedstaates anzuwenden ist.¹⁹⁰ Dementsprechend gilt auch für die Dienste mit Sitz in einem anderen EU-Land das NetzDG. Es ist jedoch zu prüfen, ob das Recht des Herkunftslandes geringere Anforderungen an die sozialen Netzwerke normiert.¹⁹¹ Soweit den Diensteanbietern durch das Recht ihres jeweiligen Herkunftslandes hingegen dieselben Beschränkun-

¹⁸⁸ BayVGh, Beschl. vom 20. Aug. 2019, Az. 12 ZB 19.333, juris, Rn. 48.

¹⁸⁹ Zur Praxiserfahrung siehe S. 42 ff.

¹⁹⁰ EuGH, Urt. vom 25. Okt. 2011, Az. C-509/09, juris, Rn. 68.

¹⁹¹ Siehe beispielsweise im Hinblick auf zivilrechtliche Ansprüche die Prüfung der Anforderungen des irischen Rechts durch das OLG München, Urt. vom 13. Nov. 2018, Az. 18 U 1282/16 Pre, juris, Rn. 92 ff.

gen oder sogar strengere Beschränkungen auferlegt werden, ergeben sich aus dem Herkunftslandprinzip keine Einschränkungen für die Anwendbarkeit des NetzDG.

bb) Die Beschränkung der Verantwortlichkeit von Diensteanbietern nach den Art. 12 ff. ECR

Die Art. 12 ff. ECR verpflichten die Mitgliedstaaten, die Verantwortlichkeit von bestimmten Diensteanbietern für Informationen, die von den Nutzern der Dienste eingegeben wurden, zu begrenzen. Für die sozialen Netzwerke im Sinne des NetzDG kommt vor allem die Begrenzung der Verantwortlichkeit der Hosting-Provider nach Art. 14 ECR in Betracht.¹⁹² Danach müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass ein Hosting-Anbieter nicht für die im Auftrag eines Nutzers gespeicherten Informationen verantwortlich ist, sofern der Anbieter keine Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information hat oder der Anbieter nach Kenntniserlangung unverzüglich tätig wird, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren. Da das NetzDG die Lösch- und Sperrpflichten der sozialen Netzwerke von Nutzerbeschwerden abhängig macht und die übrigen Pflichten der Sicherstellung einer effektiven und transparenten Lösch- und Sperrpraxis dienen, stellt sich im Hinblick auf Art. 14 ECR insbesondere¹⁹³ die Frage, ob die Vorgaben des NetzDG über eine Verpflichtung zum „unverzüglichen“ Tätigwerden hinausgehen. Nach § 3 Abs. 2 Nr. 3 NetzDG müssen die sozialen Netzwerke jeden rechtswidrigen Inhalt unverzüglich, in der Regel innerhalb von sieben Tagen nach Eingang der Beschwerde entfernen oder den Zugang zu ihm sperren. Für bestimmte Fälle sind zudem Ausnahmen von der 7-Tages-Frist geregelt. Der Gesetzentwurf¹⁹⁴ sah noch eine Löschung oder Sperrung in jedem Fall binnen sieben Tagen vor. In der Gesetzesfassung dürfte ein Widerspruch zu den Vorgaben des Art. 14 ECR nicht vorliegen, da wie nach der Richtlinie eine „unverzügliche“ Abhilfe vorgeschrieben wird und die 7-Tages-Frist nur im Regelfall gilt, sodass auch für nicht ausdrücklich normierte Sonderfälle – ggf. in richtlinienkonformer Auslegung – eine längere Frist zulässig ist.¹⁹⁵

Allerdings verlangt § 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG bei offensichtlich rechtswidrigen Inhalten eine Löschung oder Zugangssperre innerhalb von 24 Stunden nach Eingang der Beschwerde,

¹⁹² So bietet z.B. Facebook Ireland Hosting-Dienste im Sinne von Art. 14 ECR an, siehe EuGH, Urt. vom 3. Okt. 2019, Az. C-18/18, juris, Rn. 22.

¹⁹³ Zu weiteren Aspekten siehe *Wimmers/Heymann* (Fn. 34), S. 95 f.

¹⁹⁴ BT-Drs. 18/12356.

¹⁹⁵ Vgl. *Guggenberger* (Fn. 7), S. 2579.

sofern nicht mit der zuständigen Strafverfolgungsbehörde ein längerer Zeitraum für die Löschung oder Sperrung vereinbart wurde. Hier kann fraglich sein, ob diese enge Frist in jedem Fall mit der Unverzüglichkeit im Sinne der E-Commerce-Richtlinie in Einklang steht.¹⁹⁶ Unverzüglich bedeutet im deutschen Rechtsraum „ohne schuldhaftes Zögern“.¹⁹⁷ Allerdings verwenden andere Sprachfassungen der Richtlinie Begriffe, die ein solches individuelles Element nicht unbedingt enthalten: „con prontitud“ (spanisch), „straks“ (dänisch), „expeditiously“ (englisch), „promptement“ (französisch), „immediatamente“ (italienisch), „prompt“ (niederländisch). Daher ist der Begriff „unverzüglich“ in Art. 14 Abs. 1 Buchst. b) ECR wohl mit „schnell“ gleichzusetzen. Daher erscheint es nicht übermäßig, wenn für offensichtlich rechtswidrige Inhalte eine Reaktion innerhalb von 24 Stunden gefordert wird, zumal das NetzDG Netzwerke mit weniger als 2 Millionen Nutzern von diesen Pflichten ausnimmt (§ 1 Abs. 2 NetzDG) und der Begriff des „offensichtlich“ rechtswidrigen Inhalts eng ausgelegt werden kann.¹⁹⁸ Sofern es in Ausnahmefällen zu Konflikten mit Art. 14 ECR kommt, etwa weil unvorhergesehen eine innerhalb von 24 Stunden nicht zu bewältigende Zahl an Beschwerden gleichzeitig eingeht, ist zu beachten, dass die Sanktionen nach § 4 NetzDG ein vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten der Verantwortlichen voraussetzen und dass eine Ahndung im Ermessen der zuständigen Behörde steht. Daher ist in Ausnahmefällen eine richtlinienkonforme Auslegung¹⁹⁹ und Anwendung der Sanktionsnormen bei Verstoß gegen die 24-Stunden-Frist möglich.²⁰⁰ Die Vorgabe in § 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG, wonach die Frist nach dem Eingang der Beschwerde berechnet wird, dürfte mit Art. 14 ECR, der eine Verantwortlichkeit erst ab Kenntnisnahme der rechtswidrigen Information statuiert, allerdings nur dann vereinbar sein, wenn als „Eingang“ der Beschwerde der Zeitpunkt angenommen wird, zu dem die Beschwerde mit der Information über den offensichtlich rechtswidrigen Inhalt zur Kenntnis genommen wurde.²⁰¹

¹⁹⁶ Bejahend *Höch* (Fn. 142), S. 291; ablehnend *Liesching* (Fn. 21), S. 29; siehe auch *Spindler* (Fn. 37), S. 537 f.; *Wimmers/Heymann* (Fn. 34), S. 95.

¹⁹⁷ So die Legaldefinition in § 121 Abs. 1 BGB.

¹⁹⁸ *Höch* (Fn. 142), S. 290 f.; nach *Liesching* (Fn. 3), S. 814, ist ausgeschlossen, dass eine Offensichtlichkeit bejaht werden kann.

¹⁹⁹ Vgl. z.B. EuGH, Urt. vom 14. Juli 1994, Az. C-91/92, juris, Rn. 26.

²⁰⁰ Daher kann offen bleiben, ob nicht ohnehin Art. 14 Abs. 3 ECR einschlägig ist. Danach lässt Art. 14 ECR u.a. die Möglichkeit unberührt, dass die Mitgliedstaaten Verfahren für die Entfernung einer Information oder die Sperrung des Zugangs zu ihr festlegen

²⁰¹ Kritisch *Spindler* (Fn. 174), S. 480 f.; *Liesching* (Fn. 21), S. 29; *Guggenberger* (Fn. 7), S. 2579.

b) Vereinbarkeit mit den europäischen Grundfreiheiten und Grundrechten

Als wesentliche Bestandteile des Binnenmarktes garantiert der AEUV die europäischen Grundfreiheiten, also die Freiheit des Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs (Art. 34 ff., Art. 56 und Art. 63 AEUV), die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) und die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV). Das NetzDG betrifft Anbieter von Telemediendiensten, sodass insbesondere die Dienstleistungsfreiheit und die Niederlassungsfreiheit berührt sein können. Art. 52 AEUV bzw. Art. 62 AEUV erlauben u.a. aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit Eingriffe in diese Rechte in Form von (diskriminierenden) Sonderregelungen für Ausländer. Es kann dahinstehen, ob diese Schrankenregelungen (erst recht) auch für nichtdiskriminierende Regelungen wie das NetzDG anzuwenden sind. Denn es ist jedenfalls anerkannt, dass solche Regelungen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zulässig sein können, wenn sie verhältnismäßig sind.²⁰² Entsprechendes gilt für die Grundrechte nach EU-Grundrechtecharta,²⁰³ der nach Art. 6 Abs. 1 EUV der gleiche Rang wie den EU-Verträgen zukommt, und nach der EMRK,²⁰⁴ die in der Bundesrepublik Deutschland als völkerrechtlicher Vertrag gilt²⁰⁵. Auf die Ausführungen zu den Grundrechten und zur Vereinbarkeit mit der E-Commerce-Richtlinie kann daher verwiesen werden.²⁰⁶

III. Zu Frage 3 (geplante Änderungen des NetzDG)

Die Rechtmäßigkeit geplanter Änderungen des NetzDG kann nur anhand konkreter Regelungsentwürfe beurteilt werden. Derzeit liegen dem Bundestag vier Anträge von Oppositi-

²⁰² Müller-Graff, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 49 Rn. 85 ff., 93 ff., und Art. 56 Rn. 106 ff., 109 ff.

²⁰³ Siehe Art. 52 Abs. 1 Satz 2 GRCh: „Unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dürfen Einschränkungen nur vorgenommen werden, wenn sie erforderlich sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen.“

²⁰⁴ Siehe zur Meinungsfreiheit Art. 10 Abs. 2 EMRK: „Die Ausübung dieser Freiheiten ist mit Pflichten und Verantwortung verbunden; sie kann daher Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder Strafdrohungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale Sicherheit, die territoriale Unversehrtheit oder die öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral, zum Schutz des guten Rufes oder der Rechte anderer, zur Verhinderung der Verbreitung vertraulicher Informationen oder zur Wahrung der Autorität und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung.“

²⁰⁵ Meyer-Ladewig/Nettesheim, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. 2017, Einl. Rn. 15 ff.

²⁰⁶ Einen Verstoß bejahen Liesching (Fn. 21), S. 29 f. – Dienstleistungsfreiheit; Guggenberger (Fn. 7), S. 2581 – Art. 11 GRCh; Ladeur/Gostomzyk (Fn. 17), S. 93 ff. – EMRK und Grundrechtecharta.

onsfraktionen vor, die eine (Teil-)Aufhebung des NetzDG zum Inhalt haben²⁰⁷ beziehungsweise Vorschläge zur Weiterentwicklung des NetzDG ohne konkrete Änderungsbe-
fehle enthalten.²⁰⁸ Diese Anträge wurden an die Ausschüsse überwiesen, im Ausschuss
für Recht und Verbraucherschutz hat hierzu eine Anhörung stattgefunden.²⁰⁹ Konkrete
Entwürfe der Bundesregierung liegen hingegen, soweit ersichtlich, nicht vor. Nach Zei-
tungsberichten bereitet das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz der-
zeit eine Evaluierung des NetzDG vor. Im Gespräch ist insbesondere, die sozialen Netz-
werke zu verpflichten, strafbare Inhalte nicht nur zu sperren, sondern auch den Strafver-
folgungsbehörden anzuzeigen.²¹⁰

Zu den im Gutachtenauftrag genannten möglichen Änderungen im Hinblick auf Auskunft-
rechte, Speicherfristen und Informationen zu IP-Adressen kann allgemein gesagt werden,
dass solche Regelungen neben den Rechten der Diensteanbieter aus den nationalen und
europäischen Grundrechten und Grundfreiheiten und aus der E-Commerce-Richtlinie ins-
besondere die Rechte der Nutzer auf Datenschutz, Wahrung des Telekommunikationsge-
heimnisses oder auf Meinungsfreiheit aus dem Grundgesetz, den europäischen Grund-
rechten oder dem europäischen Sekundärrecht wie der „Richtlinie 2002/58/EG über die
Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektroni-
schen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation)“ oder der
Datenschutz-Grundverordnung berühren können. Ob etwaige Eingriffe in diese Rechte
gerechtfertigt sind, hängt von der näheren Ausgestaltung der Eingriffsvoraussetzungen
und -folgen ab.

Zu den im Gutachtenauftrag erwähnten Regelungen zu Schwerpunktstaatsanwaltschaften
kann darauf hingewiesen werden, dass nach § 143 Abs. 4 des Gerichtsverfassungsgeset-
zes (GVG) von den zuständigen Landesbehörden Schwerpunktstaatsanwaltschaften ge-
bildet werden können. Diese Bestimmung stützt sich auf die konkurrierende Gesetzge-
bungskompetenz des Bundes für die Gerichtsverfassung gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG, die
auch die Kompetenz für Bundesregelungen über die Staatsanwaltschaften umfasst.²¹¹

²⁰⁷ BT-Drs. 19/81 (AfD); BT-Drs. 19/204 (FDP); BT-Drs. 19/218 (Die Linke).

²⁰⁸ BT-Drs. 19/5950 (Bündnis 90/Die Grünen).

²⁰⁹ Mitteilung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 10. Mai 2019.

²¹⁰ Siehe z.B. Handelsblatt vom 30. Sept. 2019, hier abrufbar:
<https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/netzwerkdurchsetzungsgesetz-im-kampf-gegen-hasskommentare-erhoeht-die-politik-den-druck-auf-online-plattformen/25067964.html>.

²¹¹ Wittreck, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 74 Rn. 22.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG kann der Bund Sitz und Bezirk der Gerichte in den Ländern nicht konkret selbst bestimmen, eine bundesgesetzliche Ermächtigung an die Länder zur Errichtung gemeinsamer Amtsgerichte für bestimmte Strafsachen soll aber kompetenzgemäß sein.²¹² Übertragen auf die unter den gleichen Kompetenztitel fallenden Staatsanwaltschaften dürfte somit eine bundesrechtliche Regelung über die Bildung von Schwerpunktstaatsanwaltschaften im Bereich der Verfolgung von Internetstraftaten jedenfalls zulässig sein, wenn sie die Länder zur Bildung solcher Staatsanwaltschaften ermächtigt, während eine Regelung des Bundes, die konkrete Zuständigkeitsbezirke vorgibt, unzulässig sein dürfte. Bundesrecht, das lediglich das Ob von solchen Schwerpunktstaatsanwaltschaften vorgibt, die konkreten Zuständigkeitsbestimmungen jedoch den Ländern überlässt, dürfte hingegen zulässig sein.

IV. Zu Frage 4 (Verstoß gegen weiteres Bundes-, Landes- oder europäisches Recht?)

Das NetzDG ist als formelles Gesetz des Bundes gleichrangig mit anderen Parlamentsgesetzen des Bundes. Etwaige Konflikte auf derselben Ebene der Normenhierarchie sind dahingehend aufzulösen, dass speziellere Regelungen den allgemeineren vorgehen und die später erlassenen Regelungen die vorhergehenden verdrängen. An untergesetzlichen Normen des Bundes, insbesondere an Rechtsverordnungen, sind Parlamentsgesetze wie das NetzDG nicht zu messen. Gleiches gilt für sämtliche Normen des Landesrechts. Zum europäischen Recht kann auf die Ausführungen unter B.II.3 verwiesen werden.

V. Zusammenfassende Beantwortung der Fragen

1. Zu Frage 1

Der Begriff der „rechtswidrigen Inhalte“ wird in § 1 Abs. 3 NetzDG selbst definiert (Legaldefinition). Dies sind solche, die den Tatbestand in § 1 Abs. 3 NetzDG im Einzelnen angeführter Strafrechtsnormen erfüllen und „nicht gerechtfertigt“ sind. Erfüllt werden müssen der objektive und der subjektive Tatbestand der jeweiligen Norm, und die Handlung muss rechtswidrig sein.

Die Prüfung der Voraussetzungen der in § 1 Abs. 3 NetzDG aufgeführten Normen ist zuvörderst den Adressaten des Gesetzes, also den Anbietern sozialer Netzwerke mit min-

²¹² BVerfG, Beschl. vom 1. Okt. 1968, Az. 2 BvL 6/67, juris, Rn. 46.

destens zwei Millionen im Inland registrierten Nutzern (§ 1 Abs. 1 NetzDG), aufgegeben. Hierneben prüft ggfs. das Bundesamt für Justiz als für die Führung von Bußgeldverfahren gemäß § 4 Abs. 4 NetzDG zuständige Bußgeldbehörde inzident im Rahmen der ihm obliegenden Überwachung. Gemäß § 4 Abs. 5 NetzDG soll das Bundesamt vor Erlass eines Bußgeldes eine gerichtliche Entscheidung über die Rechtswidrigkeit des jeweiligen Inhalts herbeiführen.

2. Zu Frage 2

a) Verstoß gegen die Landesverfassung?

Das NetzDG kann als Bundesrecht nicht gegen Vorschriften der Landesverfassung verstoßen.

b) Verstoß gegen das Grundgesetz?

Das NetzDG ist formell wohl verfassungsgemäß. Der Bundesgesetzgeber dürfte sich für das NetzDG auf die Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 7 und Nr. 11 GG berufen können. Für die Gesetzgebungskompetenz des Bundes zum Erlass des NetzDG nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) spricht, dass sich das NetzDG an die Plattformen zuvörderst als Wirtschaftssubjekte richtet, typische Instrumente des Wirtschaftsrechts (Compliance) verwendet und sein unmittelbarer Regelungsgegenstand die Abwehr von Gefahren ist, die aus den technischen Eigenheiten und der wirtschaftlichen Potenz der Netzdienstleister resultieren; nicht hingegen steht primär die Eigenschaft der Plattformen als Medien im Mittelpunkt. Die von den Plattformen bereitgestellten (Medien-) Inhalte sind vielmehr nur mittelbarer (primär bereits im StGB erfasster) Regelungsgegenstand. Das NetzDG dürfte auch eine zur Wahrung der Wirtschaftseinheit erforderliche Regelung i.S.d. Art. 72 Abs. 2 GG sein. Ein vollständiges Unterbleiben einer Regelung würde dem berechtigten gesetzgeberischen Anliegen nicht gerecht. Eine vielgestaltige Normierung durch die Bundesländer korrespondierte nicht mit dem bundesweiten, einheitlichen Auftritt der Plattformen und dürfte die Funktionsfähigkeit des gesamtstaatlichen Wirtschaftsraumes beeinträchtigen. Dass die Länder über Staatsverträge bundesweit geltende eigenständige Regelungen treffen können, ist für die Bestimmung der Bundeskompetenz irrelevant.

In materiell-rechtlicher Hinsicht wird von Teilen der rechtswissenschaftlichen Literatur ein Verstoß des NetzDG insbesondere gegen die in Art. 5 GG gewährleisteten Kommunikati-

onsgrundrechte (vor allem die Meinungsfreiheit) angenommen: Das NetzDG schaffe erhebliche Anreize, auch rechtmäßige Inhalte zu löschen (Overblocking), und der Staat entledige sich mit der Verlagerung der Entscheidung über die Löschung von Inhalten auf die Netzbetreiber in unzulässiger Weise seiner Verantwortung. Auch gestalte er die verfahrensrechtliche Stellung der Nutzer unzureichend aus, da diese vor einer Löschung nicht anzuhören seien und kein Verfahren angeboten werde, sich gegen eine erfolgte Löschung anders als durch die aufwendige Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes zu wehren. Die Gegenseite warnt vor einer Überbetonung der Rechte der Nutzer im Vergleich zu den vom NetzDG (vor allem) geschützten Persönlichkeitsrechten der von inkriminierten Beiträgen Betroffenen und sieht das NetzDG sowohl hinsichtlich der Behandlung der Beiträge als auch bezüglich der bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten als geeignetes Instrument zur Herstellung eines angemessenen Interessenausgleichs. In der bisherigen Praxis der Umsetzung des NetzDG scheint weder ein Overblocking nachweisbar, noch scheint umgekehrt eindeutig unzureichend gelöscht zu werden (Underblocking). Die materielle Belastung der Netzbetreiber wird ersten Erkenntnissen der Praxis nach als geringfügig eingestuft, und die Entscheidungen über Löschungen werden offenbar innerhalb der jeweils vom NetzDG vorgesehenen Fristen getroffen.

c) Verstoß gegen EU-Recht?

Rechtsprechung zur Vereinbarkeit des NetzDG mit dem EU-Recht liegt, soweit ersichtlich, nicht vor. Die Bundesrepublik Deutschland hat das Gesetz gegenüber der EU-Kommission notifiziert. Diese hat jedoch keine Maßnahmen ergriffen.

In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird überwiegend angenommen, dass das Gesetz gegen EU-Recht, insbesondere gegen die E-Commerce-Richtlinie, verstoße.

Zum einen wird vertreten, dass das NetzDG nicht mit dem in der Richtlinie statuierten Herkunftslandprinzip vereinbar ist. Dies besagt u.a., dass Diensteanbieter aus anderen EU-Mitgliedstaaten keinen strengeren Vorgaben im Hinblick auf die Verantwortlichkeit für bestimmte Inhalte unterliegen dürfen als in deren Herkunftsland. Abweichend davon sind jedoch u.a. zum Schutz der öffentlichen Ordnung Maßnahmen gegen einen bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft zulässig. Nach überwiegender Auffassung fällt das NetzDG nicht unter diese Ausnahmeregelung, weil es nicht an einen bestimmten Dienst gerichtet ist. Dagegen könnte eingewendet werden, dass jede belastende Einzelmaßnahme einer abstrakt-generellen Rechtsgrundlage bedarf.

Zum anderen wird vertreten, dass das NetzDG die in der Richtlinie vorgesehene Beschränkung der Verantwortlichkeit von Hosting-Diensten nicht hinreichend beachtet. Vor allem wird kritisiert, dass für offensichtlich rechtswidrige Inhalte eine starre Löschfrist von 24 Stunden gilt, obwohl nach der E-Commerce-Richtlinie lediglich ein „unverzögliches“ Tätigwerden verlangt werden darf. Zudem wird darauf hingewiesen, dass nach der Richtlinie die Reaktionsfrist erst mit Kenntnis der von einem Nutzer eingegebenen rechtswidrigen Information beginnt, nach dem NetzDG dagegen bereits mit Eingang der Beschwerde. Die Vorgaben des NetzDG sind insofern richtlinienkonform auszulegen und anzuwenden, insbesondere ist das Ermessen für die Verhängung von Geldbußen richtlinienkonform auszuüben.

3. Zu Frage 3

Die Rechtmäßigkeit geplanter Änderungen des NetzDG kann nur anhand konkreter Regelungsentwürfe beurteilt werden. Derzeit liegen dem Bundestag lediglich konkrete Gesetzentwürfe vor, die eine (Teil-)Aufhebung des NetzDG zum Inhalt haben.

Ob etwaige Änderungen im Hinblick auf Auskunftsrechte, Speicherfristen und Informationen zu IP-Adressen mit den im Gutachten erörterten Rechten der Diensteanbieter und den Grundrechten der Nutzer auf Datenschutz, Wahrung des Telekommunikationsgeheimnisses oder auf Meinungsfreiheit oder mit dem europäischen Sekundärrecht wie der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation oder der Datenschutz-Grundverordnung vereinbar sind, hängt von der näheren Ausgestaltung der Eingriffsvoraussetzungen und -folgen ab.

Eine bundesrechtliche Regelung, die die Länder zur Bildung von Schwerpunktstaatsanwaltschaften im Bereich der Verfolgung von Internetstraftaten ermächtigt oder verpflichtet, dürfte zulässig sein. Eine Regelung des Bundes, die konkrete Zuständigkeitsbezirke vorgibt, dürfte hingegen unzulässig sein.

4. Zu Frage 4

Das NetzDG ist nicht an einfachgesetzlichen oder untergesetzlichen Regelungen des Bundes oder des Landes Brandenburg zu messen.