

# **Rechtliche Bewertung der Änderungen des Entwurfs des NetzDG vom 23.6.2017**

*Prof. Dr. Dr. h.c. Karl-Heinz Ladeur, Hamburg*

## **1. Bestimmung der Nutzer**

### **Zu § 1 Abs. 1**

Der neue Entwurf stellt nun wieder – wie in der ersten Fassung – auf die Zahl der „registrierten Nutzer“ ab. Hier zeigt sich nach wie vor zunächst ein praktisches Problem: Besteht eine Mitteilungspflicht der Betreiber gegenüber der Behörde? Wie ist es im Falle der nachträglichen Überschreitung der Grenze von 2 Mill. Nutzern, der auch im Entwurf geregelt wird, aber die Mitteilungs- oder Auskunftspflicht ist nicht geregelt. Das ist kein so wichtiger Punkt, aber er zeigt symptomatisch – wie noch zu belegen ist –, dass das Gesetz auch handwerklich immer noch zu wenig durchdacht ist, um einer hochkomplexen Praxis gerecht zu werden.

## **2. Ausnahme von der Löschungs-/Sperrpflicht bei tatbestandsmäßigen, aber rechtmäßigen Äußerungen**

### **§ 1 Abs. 3**

Hier wird eine Einschränkung der Löschungspflicht für tatbestandsmäßig strafbare, aber gerechtfertigte Kommunikationen (z.B. § 193 StGB) vorgenommen. Diese Korrektur war notwendig.

## **3. Änderung der Berichtspflicht**

### **§ 2 Abs. 1**

Hier wird eine Beschränkung der Berichtspflicht vorgenommen: Ein Bericht muss nur dann erfolgen, wenn mehr als 100 Beschwerden eingehen. Dies ist grundsätzlich positiv zu bewerten.

#### **4. Unterscheidung von offensichtlich rechtswidrigen und sonstigen rechtswidrigen Inhalten**

##### **§ 3 Abs. 2 Nr. 2**

Sehr wichtig ist es festzuhalten, dass die Unterscheidung zwischen offensichtlich rechtswidrigen und sonstigen rechtswidrigen Inhalten aufrechterhalten bleibt. Die ersteren sind nach wie vor *innerhalb von 24 Stunden* zu sperren bzw. zu löschen.

Diese Entscheidung kann auch nicht auf die jetzt vorgesehenen Einrichtungen der „regulierten Selbstregulierung“ übertragen werden. Für diesen Bereich bleibt es bei der alten Regelung. D.h. vor allem, dass das Ordnungswidrigkeitenrecht mit seiner Androhung hoher Geldbußen eingesetzt wird, § 4 Abs. 1, und damit hoher Druck auf die Provider ausgeübt wird.

Dagegen bestehen nach wie vor erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken, die z.T. noch verstärkt worden sind:

##### **(a) Art. 12 Abs. 1 GG**

Der Rekurs auf den Begriff „offensichtlich“ ist problematisch, weil es viele Grenzfälle gibt. Es ist weiterhin unklar, welche Anforderungen an die Begründung der Beschwerden zu stellen sind. In der Begründung heißt es dazu jetzt, dass dann, wenn „Zweifel“ bleiben, eben kein offensichtlicher Fall vorliege. Wie soll das festgestellt werden, wenn es sich um eine in ihrem Wortlaut plausible, aber unwahre Behauptung handelt? Wie soll das innerhalb von 24 Std. festgestellt werden?

##### **(b) Art. 5 Abs. 1 GG - Meinungsfreiheit**

Die Gefährdung der Meinungsfreiheit durch „Overblocking“ bleibt für die 24 Stunden-Regelung bestehen: Angesichts der Ungewissheit, vor der die Entscheider stehen werden, wird die Bereitschaft hoch sein, im Zweifel zu sperren. Denn eine größere Zahl von Fehleinschätzungen – über deren Voraussetzungen die Behörde entscheiden kann – führt nach wie vor zu der Möglichkeit der Auferlegung einer hohen Geldbuße. Die Weiterleitung eines „offensichtlichen“ Falles an die nun

ermöglichte Einrichtung der „regulierten Selbstregulierung“ entlastet nicht! Umgekehrt besteht im Fall der rechtswidrigen Annahme eines offensichtlichen Rechtsverstoßes keine Beschwerdemöglichkeit des Äußernden. Diese besteht nur bei Entscheidungen der Einrichtung der Selbstregulierung, § 3 Abs. 6 Nr. 3 und Nr. 4.

## **5. Gegenstand der Beschwerde**

§ 3 Abs. 3 Nr. 1 in der Neufassung ergänzt die bisher ganz unspezifische Bezeichnung der „Beschwerde“ (ohne nähere Anforderungen an die Begründung und Konkretisierung) um den Bezug auf deren „Inhalte“, die Gegenstand der Prüfung würden. Nur aus der Begründung wird verständlich, was damit gemeint ist: Die Beschwerde muss aus sich heraus verständlich sein und als solche beurteilt werden können. Das ist weder aus der im Entwurf vorgesehenen Formulierung zu erkennen, noch würde das ausreichen. Muss die URL der beanstandeten Seite angegeben werden? Wie soll beurteilt werden, ob etwas „offensichtlich“ falsch ist, wenn nicht einmal der Äußernde selbst dazu gehört werden soll und (innerhalb der kurzen Frist) angehört werden kann. Die 24 Stunden-Frist ist und bleibt eine jedenfalls unverhältnismäßige Einschränkung der Berufsfreiheit der Provider und ein Risiko für die Meinungsfreiheit der Nutzer.

### **Fazit:**

Für das 24-Stunden-Verfahren ist keine nennenswerte Verbesserung des Gesetzes festzustellen. Alle bisher geäußerten Bedenken, die sich aus Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit) und Art. 5 Abs. 1 GG (Meinungsfreiheit) ergeben, bestehen fort.

Das Erfordernis der Begründung jeder Entscheidung bedeutet eine erhebliche, im Ergebnis nicht zu rechtfertigende Belastung für die Provider: Warum sollte die Sperrung einer „offensichtlich“ rechtswidrigen Kommunikation stets begründet werden müssen?

## 6. Veränderung der /-Tage-Frist

### § 3 Abs. 3 Nr. 3 a)

Für das „7-Tage-Verfahren“ ist jetzt die Möglichkeit („kann“) der Anhörung des Äußernden vorgesehen – aber nicht die Verpflichtung. Dies gilt aber nur, wenn es bei der rechtlichen Bewertung auf „tatsächliche“ Elemente ankommt. Dass die Anhörung auch für das Verständnis (Interpretation) der Äußerung von Bedeutung sein kann, wird nicht berücksichtigt. Im Übrigen ist dann nur „in der Regel“ nach sieben Tagen zu entscheiden. Diese Erleichterung gilt auch für Prüfungsverfahren, die die Provider selbst durchführen.

Die systemische Benachteiligung der Äußernden, und ihrer Meinungsfreiheit - hier in prozeduraler Hinsicht - bleibt bestehen. Wenn die Entscheidung im „7-Tage-Verfahren“ nicht auf die Einrichtung der Selbstregulierung übertragen wird, steht der Provider bzw. sein Entscheider vor der Entscheidung über die Anhörung des ggf. von der Sperrung betroffenen Nutzers. Es kann im Grunde keine Fallkonstellation geben, in der (bei nicht „offensichtlichen“ Fällen!) auf eine Anhörung verzichtet werden kann. Was „tatsächliche Umstände“ sind, kann im Einzelfall zu Abgrenzungsproblemen führen (z.B. wie steht es mit der Frage, ob es sich um Satire handelt?).

### § 3 Abs. 2 Nr. 3 b)

Die 7-Tage-Frist ist nach der Neufassung allgemein nur noch „in der Regel“ bindend, wenn die Entscheidungen (nur bei nicht offensichtlichen Fällen) auf eine Einrichtung der „regulierten Selbstregulierung“ übertragen wird. Diese Differenzierung ist unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung verfassungsrechtlich bedenklich. Sie mag aber damit gerechtfertigt werden, dass bei den Providern ein Eigeninteresse bestehen könnte, sonst Entscheidungen zu verschleppen. Dies ist eine Verbesserung, wenngleich hier wieder mit einem unklaren Begriff operiert wird. Für die Einrichtung der Selbstverwaltung besteht hier auch ein Druck, die Frist nicht allzu oft zu überschreiten, weil das Risiko des Widerrufs (§ 3 Abs. 8)) der Anerkennung der Einrichtung besteht.

Das problematische Verhältnis von Begründung und Gesetz zeigt sich auch hier: In der Begründung heißt es, bei einander widersprechenden Darstellungen (von Beschwerdeführer und Äußerndem) müsse eben „abgewogen“ werden. Die Einrichtung der Selbstregulierung müsste ihr eigenes Privatverfahrensrecht entwickeln können, damit solche und andere Probleme gelöst werden könnten. Dafür besteht aber vor allem wegen der zu erwartenden Zahl der Beschwerden nur wenig Raum. Das Gesetz sieht immerhin die Schaffung einer Verfahrensordnung durch die Einrichtung der regulierten Selbstregulierung vor.

## **7. Kopien**

### **Nr. 6**

Die Erstreckung der Löschungspflicht auf „Kopien“ ist weggefallen. Dies ist ein Fortschritt.

## **8. Einrichtung der „regulierten Selbstregulierung“ im Einzelnen**

### **(a) § 3 Abs. 6**

In § 3 Abs. 6 -8 ist nunmehr die Möglichkeit der Schaffung einer Einrichtung der „regulierten Selbstregulierung“ eröffnet worden. Dies ist grundsätzlich positiv zu bewerten. Allerdings bleibt die Architektur des Gesetzes partiell unangemessen, da das übliche Zusammenspiel von Selbstregulierung und Beanstandung (durch die staatliche Aufsichtsbehörde) nicht gewährleistet ist (s. u.). Der Entwurf orientiert sich an der im JMStV vorgesehenen Selbstkontrolle. Dies ist grundsätzlich positiv zu bewerten. Wenn die Provider die Entscheidung über Beschwerden, die dem 7-Tage-Verfahren unterliegen, auf eine solche Einrichtung übertragen, fällt ihr eigenes Risiko weg, wegen rechtswidrig unterlassener Löschung von Inhalten mit einer Geldbuße sanktioniert zu werden.

### **(b) Praktisch kein Wahlrecht**

Diese Regelung hätte für die Provider allerdings den verfassungsrechtlich unter dem Gesichtspunkt der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 relevanten Nachteil, dass sie im Grunde kein Wahlrecht haben. Die Entscheidung, selbst das Prüfungsverfahren in

vollem Umfang durchzuführen, ist praktisch viel zu riskant wegen der Drohung mit der Festsetzung hoher Geldbußen bei „systemischen“ Mängeln des Beschwerdeverfahrens – eine Bewertung, die schwer kalkulierbar erscheint.

### **(c) Zwang zur Einführung einer Doppelstruktur der Entscheidung**

Die Lösung hat noch eine weitere, kaum zumutbare und deshalb unverhältnismäßige Belastung der Provider zur Folge: Da sie sich von den Fällen, die dem 24-Stunden-Verfahren unterworfen wären, nicht befreien können und damit bei dieser Fallgruppe der gesetzlichen Androhung einer hohen Geldbuße ausgesetzt bleiben, muss auf jeden Fall eine Doppelstruktur für die Entscheidung über Beschwerden aufgebaut werden, auch wenn ein Provider sich grundsätzlich an der Selbstregulierung beteiligen will (die eben nicht für die 24-Stunden-Verfahren gilt). Dies wäre unverhältnismäßig. So kann auch nicht sinnvoll gelernt und ein Privatverfahrensrecht an Fallkonstellationen entwickelt werden. Ausdrücklich weist das Gesetz darauf hin, dass die fehlerhafte Überweisung der Entscheidung über „offensichtlich“ rechtswidrige Inhalte an die Einrichtung der Selbstregulierung zur Verhängung einer Geldbuße führen kann, wenn dies als Indiz eines „systemischen“ Mangels angesehen werden kann (S. 17).

### **(d) Verfahren**

Das Verfahren der Einrichtung der Selbstregulierung wird fast gar nicht geregelt. Immerhin wird aber (Abs. 6 Nr. 3) die Vorlage einer „Verfahrensordnung“ verpflichtend. Das ist einerseits positiv, weil damit der Stelle ein Entfaltungsraum gegeben wird, andererseits ist aber kaum abschätzbar, ob und wie weit es dabei zu einem Konflikt mit der Verwaltungsbehörde kommen kann. Die Möglichkeit der Beanstandung von Verfahrensregeln ist nicht vorgesehen. Stattdessen müsste die Behörde im Konfliktfall immer den Widerruf der Anerkennung androhen. Ob dies ein Fall wäre, in dem im Nachhinein eine Nebenbestimmung auferlegt werden könnte (Abs. 8 – bei nachträglichem Wegfall der Voraussetzungen der Anerkennung), erscheint zweifelhaft.

### **(e) Unklarheit der Anforderung an die Zusammensetzung der Gremien**

Auch im Übrigen bleibt die Regelung z. T. vage und unklar: In der *Begründung* zu § 3 Abs. 6-9 findet sich der Hinweis (S. 16), dass „Entscheidungsgremien“ „plural“ zusammengesetzt werden sollen. Hier zeigt sich zunächst wieder die problematische Neigung der Entwurfsverfasser, Unklarheiten des Gesetzes durch die Gesetzesbegründung ausräumen zu wollen. Dies liefe aber auf eine Ergänzung des Gesetzes hinaus, die die Grenzen des Wortlauts überschreitet. Das Gesetz lässt von einem solchen Erfordernis nichts erkennen. Es ist auch unklar, ob sich diese Bemerkung auf die „Beschwerdestelle“ beschränkt oder ob davon ausgegangen werden soll, dass alle Entscheidungen der Selbstregulierungsstelle und der Beschwerdestelle von „Gremien“ mit mehreren Mitgliedern getroffen werden sollen.

Befremdlich ist auch der Hinweis in der Begründung, dass die Besetzung (aller Entscheidungsgremien oder der Beschwerdestelle?) „unter Einbeziehung der nach § 59 Abs. 2 des Rundfunkstaatsvertrags der Länder zuständigen Aufsichtsbehörden (Landesmedienanstalten)“ erfolgen soll. Auch wenn man diese Passage aus der Begründung nur auf die Beschwerdestelle beziehen wollte, so ist darauf zu bestehen, dass davon nichts im Gesetz selbst steht. Im Gegenteil! Es ist davon auszugehen, dass eine Pluralisierung der Besetzung von Entscheidungsverfahren nur dann angebracht ist, wenn eher „programmähnliche“ Fragen zu beantworten sind („Ausgewogenheit“ etc.), nicht aber wenn es um Entscheidungen geht, die am Maßstab des Strafrechts zu bestimmen sind. Die Beteiligung gerade der Landesmedienanstalten bedürfte auch einer ausdrücklichen Regelung durch das Gesetz selbst. Die eigenartige Ersetzung von ausdrücklichen gesetzlichen Normen durch erweiternde Gesetzesbegründungen ist in diesem Fall sicher auch deshalb gewählt worden, weil die Beteiligung der *Landesmedienanstalten* nicht durch *Bundesgesetz* bindend eingeführt werden dürfte.

### **(f) Modell Jugendmedienschutz**

Die Regelung der „Selbstregulierung“ nimmt sich, wie die Begründung selbst ausweist (S. 16), das Modell des Jugendmedienschutzes zum Vorbild. Bei aller

Sympathie für das Aufgreifen des Modells der Selbstregulierung muss doch darauf hingewiesen werden, dass der Jugendmedienschutz nicht das Muster sein kann, an dem sich die Selbstregulierung der Kontrolle von Kommunikationen in sozialen Medien orientieren sollte: Dort geht es stets um wenige Entscheidungen (Filme) – hier dagegen um die Gestaltung eines Massenverfahrens mit wahrscheinlich Hunderttausenden von Beschwerden. Es geht auch nicht um die Pluralität der Meinungen, sondern um die rechtlichen Grenzen der Meinungsfreiheit.

Allerdings besteht eine Gemeinsamkeit darin, dass die Selbstregulierung häufig, jedenfalls hier, nicht nur für die zu treffenden Entscheidungen auf einem bestimmten Gebiet eingeführt wird, sondern damit Entscheidungsstandards entstehen können, die unter Beteiligung des Sachverständigen Privater entwickelt werden sollen. Angesichts der großen Zahl von Entscheidungen wird gerade dieses Ziel nicht erreicht werden können, da die Entscheider kaum in der Lage sein werden, sich angesichts der zu erwartenden Vielzahl von Beschwerden auf gewisse gemeinsame Prinzipien und die Bildung von Fallgruppen zu verständigen. Gerade diese Koordination zwischen Entscheidern hätte aber mindestens *auch* im Vordergrund des Interesses stehen müssen. Das gilt ebenso für die vorgesehene Beschwerdestelle, an die sich offenbar sowohl der Beschwerdeführer als auch der Äußernde wenden können – die Beschwerde soll offenbar nur in den Fällen möglich sein, in denen es um die nicht-offensichtlichen Fälle geht, die „in der Regel“ innerhalb von 7 Tagen zu entscheiden sind.

### **(g) Suspendierung der Teilnahme an der Selbstregulierung**

Äußerst bedenklich unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit erscheint die Möglichkeit, einzelne Provider im Nachhinein für einen „zeitlich befristeten Zeitraum“ (sic!) von der Beteiligung an der Selbstregulierung auszuschließen, § 3 Abs. 9. Selbstverständlich müssen Verstöße (z.B. die mangelnde Umsetzung der von der Einrichtung der Selbstregulierung getroffenen Entscheidungen über die Sperrung von Inhalten) sanktioniert werden können. Der betroffene Provider müsste aber in einer solchen Konstellation ein umfangreiches und kostspieliges Beschwerdemanagement für einen begrenzten Zeitraum aufbauen. Dies wäre

jedenfalls eine unverhältnismäßige Belastung. Völlig ungeklärt bleibt hier die Frage, ob der ausgeschlossene Provider sich weiterhin an den Finanzierung der Selbstregulierung beteiligen muss oder ob sein Beitrag zur Selbstregulierung entfällt. Im letzteren Fall würde in die vertraglichen oder gesellschaftsrechtlichen Ansprüche des Trägers der Selbstregulierung und damit in verfassungsrechtlich geschütztes Eigentum eingegriffen und – falls es sich um einen großen Provider handelt – die Existenz der Selbstregulierung in Frage gestellt. Falls die Regelung so verstanden werden sollte, dass der finanzielle Beitrag weiter geleistet werden müsste, wäre dies eine unverhältnismäßige Belastung des Providers. Jedenfalls müsste diese Frage vom Gesetzgeber beantwortet werden. Dies dürfte nicht offenbleiben. Hier wäre stattdessen tatsächlich die Androhung einer Geldbuße das sinnvollere, weil stärker differenzierungsfähige Steuerungsmittel. Auch hier zeigt sich wieder die mangelnde Abstimmung der (staatlichen) *Regulierungskomponente* auf die *Selbstregulierung*: Zur Vermeidung unverhältnismäßiger Eingriffe müsste zunächst ein milderes Mittel, die Beanstandung oder die Androhung einer Maßnahme, eingesetzt werden können. Dies ist im Gesetz-Entwurf nicht vorgesehen. So steht auch hier der Provider wie bei der Entscheidung über die Sperrung unter dem schwer kalkulierbaren Druck des Einsatzes einer Maßnahme, die erhebliche Belastungen zur Folge hätte. Sicher könnte die Behörde informell eine Warnung aussprechen, aber es ist kein Grund ersichtlich, warum hier kein gestuftes Verfahren vorgesehen ist, wie dies etwa im Rundfunkrecht der Fall ist, § 38 Abs. 2 RStV. Die hier gewählte Regelung ist unverhältnismäßig.

## **9. Keine nennenswerte Anerkennung eines Gestaltungsspielraums in der Selbstregulierung**

Für alle Verfahrensvarianten bleibt es bei der *Begründungspflicht* – auch in „offensichtlichen“ Fällen, § 3 Abs. 2 Nr. 5. Damit würden die Provider wie die Einrichtung der Selbstregulierung völlig überfordert. Durch diese Verpflichtung wird auch die Entwicklung einer Entscheidungspraxis ausgeschlossen, die zu einer Verbesserung des Schutzes der Persönlichkeitsrechte beitragen könnte. Die Zahl der Verfahren müsste in der einen oder anderen Weise begrenzt werden, z.B. wäre dies

möglich durch die Schaffung eines gewissen Kostenrisikos für Beschwerdeführer im Falle der Abweisung von Beschwerden oder durch die Beschränkung auf gravierende Rechtsverstöße oder die Einführung des Erfordernisses einer Mindestzahl von Abrufen rechtswidriger Kommunikationen.

Zur „regulierten Selbstregulierung“ gehört die Anerkennung eines Beurteilungsspielraums für die privaten Entscheider (vgl. etwa § 19b JMStV). Ein solcher Spielraum besteht nach der hier vorgesehenen Regelung nur in sehr begrenztem Maße bei der Gestaltung des Verfahrens. *Hier* wäre die Anerkennung eines Beurteilungsspielraums der Einrichtung der Selbstregulierung für die *Begrenzung der Zahl der zur Entscheidung anzunehmenden Beschwerden* erforderlich gewesen. Nur dadurch ist die Entwicklung von *Standards* möglich, die für die Orientierung der Kommunikation im Internet ebenso notwendig ist wie für die Konkretisierung Grenzen der Meinungs- und Pressefreiheit in der Offline-World.

#### **Fazit:**

Die Einführung der Möglichkeit, eine Einrichtung der regulierten Selbstregulierung zu schaffen, ist positiv zu bewerten. Die Ausgestaltung im Einzelnen missachtet aber die Logik dieser Regulierungsform, die hier zu wenig auf die Erfordernisse massenhaften Entscheidens eingestellt ist. Vor allem ist kein angemessener Beurteilungsspielraum vorgesehen.

### **10. Aufsicht über Provider und Selbstregulierung**

Es ist nach wie vor nicht zu erkennen, wie die Verwaltungsbehörde ausreichende Informationen über die Prüfungspraxis der Provider erlangen will. Der nach § 2 vorzulegende Bericht wird kaum Aufschluss über die Stärken und Schwächen dieser Praxis vermitteln können. Die Entwurfsbegründung verweist zu § 4 Abs. 3 (S. 17) darauf, dass die Behörde „eine systemisch falsche Entscheidungspraxis“ mit einer „überschaubaren Zahl von falschen Einzelfallentscheidungen“ belegen müsse, wenn sie eine Geldbuße verhängen wolle. Dies soll die Sorge zerstreuen, dass schon einzelne Fehlentscheidungen zu Geldbußen führen könnten. Die Gesetzesbegründung bleibt hier äußerst vage: Unter einer „überschaubaren

Zahl“ von Fehlentscheidungen wird man eine relativ kleine Zahl verstehen müssen. Aus einer „überschaubaren Zahl“ von Entscheidungen wird man keine Schlüsse auf systemisches versagen des Beschwerdemanagements ziehen können, wenn die Zahl der eingehenden Beschwerden insgesamt sehr groß ist! Wenn die Behörde – abgesehen von dem unwahrscheinlichen Fall der fehlerhaften Anweisung von Mitarbeitern (S. 18) – aus Fehlentscheidungen ein „systemisches“ Versagen ableiten wollte, so müsste sie nicht einzelne, sondern wahrscheinlich Tausende von Entscheidungen selbst prüfen. Wenn man z.B. bei einer Gesamtzahl von 500.000 Beschwerden pro Jahr für alle Provider zusammen ausgehen wollte, so würde man eine Quote von 1% eindeutigen Fehlentscheidungen als ein hervorragendes Ergebnis ansehen müssen, weil dem 99% richtige oder vertretbare Entscheidungen gegenüberstünden. Selbst wenn man diese Quote nicht als Toleranzgrenze akzeptieren und z.B. auch eine Fehlerquote von 0,5% als bedenklich ansehen wollte: Wie sollte die Behörde sich über die 2.500 Fehlentscheidungen informieren – vor einem Verfahren nach OWiG? Aus den von den Providern vorzulegenden Berichten wird sich dazu so gut wie nichts ergeben. Die von den Providern getroffenen „Maßnahmen“ sowie die Beschwerden selbst müssen zwar dokumentiert werden, § 3 Abs. 3 NetzDG-E, es besteht aber keine Vorlagepflicht außerhalb eines schon eröffneten Verfahrens nach dem OWiG. Dies wäre auch wegen des Datenschutzes der Nutzer verfassungsrechtlich bedenklich. Der Behörde stehen also nur Dokumente zur Verfügung, die von Beschwerdeführern weitergegeben werden (auch gegen deren Nutzung bestehen unter datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten Bedenken). Diese Dokumente werden kaum geeignet sein, ein Bild von der Qualität der Verfahren insgesamt zu vermitteln.

Wie sollte im Übrigen ein Amtsgericht in der Lage sein, in einem oder mehreren Verfahren z. B. 2.500 Entscheidungen über Beschwerden auf ihre Richtigkeit zu überprüfen, wie es § 4 Abs. 5 verlangt? Falls es zur Variante der regulierten Selbstregulierung käme, bestünde das gleiche Problem im Hinblick auf deren Entscheidungen sowie die Entscheidungen der Beschwerdestelle im Hinblick auf den möglichen Widerruf der Anerkennung.

Wie soll festgestellt werden können, dass die Entscheider der Provider oder der Einrichtung der Selbstregulierung in mehr als 0,5 % der Fälle offensichtlich falsch entscheiden? Aus dem Inhalt der von den Providern zu erstattenden Berichte nach § 2 lässt sich kein Bild gewinnen, das eine Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Sperrungspraxis zulässt. Nach § 2 Abs. 2 muss aus dem Bericht zwar auch hervorgehen, anhand welcher „Entscheidungskriterien“ geprüft worden ist. Ex ante lassen sich solche Kriterien nicht formulieren, ohne trivial zu werden. Allenfalls ex post lassen sich wegen der Fallorientierung der Rechtsprechung insbesondere zu Art. 5 Abs. 1 (Meinungsfreiheit) oder zum Schutz der Persönlichkeitsrechte (Art. 1, 2 Abs. 1 GG) Fallgruppen entwickeln, für die jeweils Spezifizierungen allgemeiner Rechtsnormen möglich sind (z.B. zum Verhältnis von Meinung und Tatsachenbehauptung, zur Satire, zum Verhältnis von Öffentlichem und Privatem etc.).

### **11. Aufgabe der Selbstregulierung - Ziel verfehlt!**

Die Entwicklung von Fallgruppen wäre eine sinnvolle Aufgabe der Entscheider im Bereich der Selbstregulierung. Dafür müsste ein Beurteilungsspielraum eröffnet werden. Die Selbstregulierung müsste die Aufgabe haben, vor allem solche *Fallgruppen* und Standards zu bilden, die der Verständigung über Grenzen der Internetkommunikation dienen würden. So ist die Entwicklung auch im Bereich der klassischen Medien verlaufen. Dies ist für die Entwicklung der Internetkommunikation von weitaus größerer Bedeutung als die Zahl der gelöschten rechtswidrigen Äußerungen. Zur Entwicklung einer neuen internetgerechten *Fallorientierung* kann es aber nicht kommen, wenn die Zahl der Entscheidungen nicht durch prozedurale Kriterien begrenzt werden kann. Die Begründungspflicht für jede Entscheidung wird dann erstens unverhältnismäßig, weil dies quantitativ nicht zu bewältigen ist. Zweitens wird das Ziel der Herausbildung von Standards verfehlt, weil nur ein unstrukturierter und unstrukturierbarer Strom von Entscheidungen hervorgebracht wird, der voller Widersprüchlichkeiten sein wird, weil eine Verständigung zwischen den Entscheidern nicht möglich ist. Möglicherweise ist diese Widersprüchlichkeit selbst wieder ein Anlass für die Drohung mit einem

Widerruf der Anerkennung der Einrichtung (oder einer Geldbuße wegen eines systemischen Mangels des Beschwerdemanagements, das von den Providern selbst organisiert wird)! An diesem Problem ändert die Einrichtung einer Beschwerdestelle nichts, weil für sie das gleiche Problem entstehen wird.

## 12. Vergleich mit der Regelung des JMStV

Das Gesetz hat es sich mit der Orientierung an der Selbstkontrolle im Jugendschutz, §§ 19-19b JMStV zu einfach gemacht: Dort geht es um eine geringe Zahl von Entscheidungen, die eine Diskussion innerhalb der Institution über ein thematisch begrenztes Konfliktfeld (Jugendschutz) und auf dieser Grundlage die Standardbildung zulässt. Das hier vorgesehene Verfahren steht vor ganz anderen quantitativen und qualitativen Problemen. Die Gegenstände der Beschwerden werden ganz heterogen sein und die Herausbildung von Standards erschweren. Auch prozedural werden die Unterschiede groß sein: Der Prüfungsgegenstand im Bereich des Jugendschutzes ist meistens gut beschreibbar (insbesondere: *ein* Film, *ein* Fernsehformat). In den hier vorgesehenen Einrichtungen wird schon die Sachlage häufig unklar und umstritten sein (z.B. sind die Äußerungen durch den Kontextbezug bestimmt: Wann liegt eine Satire, wann eine einfache Falschbehauptung vor?) Das spricht nicht gegen die Möglichkeit der Schaffung einer Einrichtung der Selbstregulierung. Im Gegenteil! Diese Einrichtungen können aber nur funktionieren, wenn sie mehr Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum haben. Was hier ins Werk gesetzt werden soll, ist ein *Experiment*, das durchaus Unterstützung verdient. Für ein Experiment wird aber vor allem in prozeduraler Hinsicht (z.B. Entwicklung von Anhörungsverfahren, von Fragebögen, von Beweisregeln etc.) mehr Spielraum benötigt. Destruktiv wirkt hier nach wie vor die starre zeitliche Fristsetzung (24 Std.) für die „offensichtlichen“ Fälle. Dafür gibt es angesichts der Komplexität der Entscheidungsproblematik keinen sachlichen Grund. Dies macht die Regelung für die Provider unverhältnismäßig: Die Zahl der Beschwerden wird im Laufe der Jahre schwanken (z.B. wird es im Wahlkampf mehr Beschwerden geben), aber die Provider müssen unmittelbar oder mittelbar (durch Finanzierung der Selbstregulierung) die angemessene Ausstattung der Einrichtung,

die Bewältigung der Beschwerden und die Qualität der Begründung von Entscheidungen gewährleisten. Unter dem Zeitdruck wird vor allem die Qualität der Begründungen sinken. Genau dies ist aber ein dysfunktionales Ergebnis.

Unverhältnismäßig bleibt auch der Druck, der durch die Androhung von Bußgeldern auf die Provider im 24-Stunden-Verfahren ausgeübt wird. Die kalkulierbaren Kriterien des Entscheidens, von denen der Entwurf auszugehen scheint, existieren nicht. Dies spricht entschieden dagegen, die Androhung *hoher Geldbußen statt der Beanstandung durch Verwaltungsakt* als Aufsichtsmittel einzusetzen.

### **13. Gerichtliche Vorabentscheidung**

#### **Zu § 4 Abs. 5 (gerichtliche Vorabentscheidung)**

Die Vorschrift ist durch die Einfügung einer Einschränkung („in der Regel“) abgeändert worden. Auch hier zeigt sich wieder das problematische Zusammenspiel von Gesetzestext und Gesetzesbegründung: In Verwaltungsgesetzen ist die Verwendung dieser Form durchaus verbreitet: „in der Regel“ heißt in der Regel „muss“. Die Verwaltung kann dann in Ausnahmefällen eine andere Entscheidung treffen, wenn eine atypische Konstellation vorliegt. Eine solche atypische Konstellation kann man sich, wenn man nur den Wortlaut betrachtet, schwer vorstellen. In der Begründung heißt es dazu, dass von der Regel der Vorlagepflicht gegenüber dem Amtsgericht bei der Annahme der Rechtswidrigkeit von Entscheidungen dann abgewichen werden kann, wenn die Fehler in der Praxis auf verfehlten Anweisungen des Providers zurückzuführen seien. Es fällt schwer, sich solche Anweisungen vorzustellen. Jedenfalls hätte dies im Gesetz spezifiziert werden müssen, sonst könnte man sich ohne weiteres vorstellen, dass die Behörde auf diese Ausnahme auch dann im Interesse der Vereinfachung rekurren könnte, wenn besonders viele problematische Entscheidungen vorgelegt werden müssten. Es ist oben schon angemerkt worden, dass die Vorschrift nicht praktikabel ist, da selbst bei gutem Funktionieren der Verfahren der Sperrung notwendigerweise eine in absoluten Zahlen relativ hohe Zahl von Entscheidungen als fehlerhaft angesehen

werden können. Dann wäre das Gericht, dem die Fragen vorgelegt werden müssen, schnell mit der Prüfung einer Masse von Entscheidungen überfordert.

#### **14. Auskunft über Nutzer**

Der verfehlt Rekurs auf § 242 BGB als Grundlage für einen Auskunftsanspruch im Telemedienrecht, vgl. § 12 Abs. 2 TMG, ist jetzt korrigiert worden. Für die Provider wie für die von der Auskunft Betroffenen bedeutet die Einführung des Auskunftsverfahrens jedoch einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG bzw. das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 GG. Auch hier fehlt eine Beschränkung des Anspruchs auf *gravierende* Beeinträchtigungen. Es ist kaum einzusehen, dass wegen jeder geringfügigen Persönlichkeitsverletzung durch eine Äußerung nicht nur ein Sperrungsanspruch gegen die Provider bestehen soll, sondern auch die Identität des Urhebers der Beeinträchtigung preisgegeben werden muss. Die *Begründung* geht fälschlicherweise davon aus, dass der Anspruch nach dem Gesetz tatsächlich nur in schwerwiegenden Fällen besteht (S. 19). Auch eine einfache Beleidigung ist die Verletzung eines „absoluten Rechts“ (des Persönlichkeitsrechts). Dies geht aber aus dem Gesetz nicht hervor. Die Umständlichkeit des Verfahrens wird eine gewisse Sperrwirkung haben, aber ein geringfügig Betroffener muss sich davon nicht abschrecken lassen.

Die Praktikabilität der Vorschrift ist vor allem auch deshalb fraglich, weil der Anspruch ohnehin nur gegen registrierte Nutzer durchsetzbar erscheint, da z.B. die Identität der Verfasser von Kommentaren auf Seiten registrierter Nutzer nicht feststellbar ist. Ähnlich wie im Urheberrecht (§ 101 UrhG) ist auch hier zu beachten, dass nur Daten herausgegeben werden können, die bei den Providern vorhanden sind. Die Identität auch registrierter Nutzer kann leicht verschleiert werden. Hier muss außerdem § 13 Abs. 6 TMG beachtet werden, der die Provider von Telemedien verpflichtet, auch die anonyme Nutzung von Diensten zu ermöglichen.

## 15. Fazit allgemein

Der neue Entwurf macht einen Schritt in die richtige Richtung („regulierte Selbstregulierung“). Die Logik dieser neuen Form der Regulierung wird aber dadurch blockiert, dass die Provider durch die 24 Std.-Regelung immer noch unter einen unverhältnismäßigen Druck gesetzt werden, der den Erfolg des Experiments – denn darum geht es – in Frage stellt. Dieser Druck ist weder im Hinblick auf die Berufsfreiheit der Provider noch die Meinungsfreiheit der Drittbetroffenen gerechtfertigt: Auch die staatlichen Gerichte stehen zu Recht nicht unter einem solchen Druck, unter dem die Qualität der Entscheidungen leiden müsste. Allerdings ist die 7-Tage-Frist für eine Einrichtung der Selbstregulierung durch § 3 Abs. 2 Nr. 3 b) allgemein erheblich eingeschränkt worden. Auch für die Provider sozialer Medien, die selbst das Verfahren in der Hand behalten wollen, gilt die Möglichkeit der Überschreitung der 7-Tage-Frist für den Fall, dass Erhebungen über tatsächliche Umstände durchgeführt werden müssen, § 3 Abs. 2 Nr. 3 a). Das ist ein Fortschritt.

Die Zahl der Beschwerden müsste in der einen oder anderen Form begrenzt werden, z.B. durch den Rekurs auf die Schwere der Beeinträchtigung oder – internetgerecht – durch das Erfordernis einer quantitativen Schwelle (Zahl der Aufrufe einer Seite), die zugleich eine Unterscheidung zwischen privater und öffentlich relevanter Kommunikation einführen würde.

Die Problematik der Kontrolle rechtswidriger Äußerungen im Internet kann nur durch regulierte Selbstregulierung abgespannt werden. Aber dafür benötigen die neuen Institutionen mehr Entfaltungsspielraum auch im Hinblick auf die Entwicklung eines eigenen Verfahrensrechts. Der neue Entwurf orientiert sich nur sehr selektiv an den Elementen der Selbstkontrolle im Jugendmedienschutz. Er hätte hier aber jedenfalls die Abstimmung von KJM und Selbstkontrolle übernehmen sollen und auf die Form der behördlichen *Beanstandung* von Entscheidungen des Organs der Selbstkontrolle oder des Selbsteintrittsrechts zurückgreifen sollen. In einem von hoher Unsicherheit der Bewertungen bestimmten Gegenstandsbereich ist der Einsatz des Ordnungswidrigkeitsrechts für Zwecke der *inhaltlichen* Kontrolle der Selbstkontrolle der Provider ebenso ungeeignet wie der Widerruf der Anerkennung der Einrichtung der Selbstkontrolle *ohne vorherige Beanstandung*. Diese

Regulierungsvariante ist auch weder im allgemeinen Medienrecht noch im Jugendmedienrecht vorgesehen.

Falls die Provider das Beschwerdemanagement selbst in der Hand halten wollen, bleiben sie dem Druck durch die Androhung hoher Geldbußen ausgesetzt. (Davon können sie sich – wie gezeigt – befreien, wenn sie sich auf das Modell der gemeinsamen Selbstregulierung einzulassen. Solche Geldbußen werden sonst nur bei Verstößen gegen relativ gut konturierte Vorschriften über formale Anforderungen an das Verhalten der Adressaten vorgesehen (z.B. im Rundfunkrecht bei Verstößen gegen das Gebot der Trennung von Werbung und Programm, § 49 RStV, nicht aber bei Verstößen gegen Programmgrundsätze; ähnlich § 24 JMStV). Diese Abstufung gilt auch gegenüber rechtswidrigen Entscheidungen der Anbieter, die also nicht unter einen vergleichbaren Druck gesetzt werden. Diese Ungleichbehandlung gegenüber den Anbietern sozialer Medien besteht also fort. Im Rundfunkrecht ist darüber hinaus die Beanstandung durch Verwaltungsakt vorgesehen, § 38 Abs. 2 RStV; ähnlich § 19b Abs. 1 JMStV. Dies ist rechtsstaatlich und medienverfassungsrechtlich allein sinnvoll, weil das Ordnungswidrigkeitenrecht einen problematischen unspezifischen Druck zur Anpassung an vermutete Erwartungen der Aufsichtsbehörde erzeugen kann. Dies ist hier ähnlich: Jedenfalls bei den 24-Stunden-Verfahren besteht der Druck fort, möglichst zu blockieren, um das Risiko einer Geldbuße zu vermeiden.

Die Regelung im Hinblick auf die Selbstregulierung ist nicht ganz so problematisch. Auch hier ist aber eine Beanstandung nicht vorgesehen. Die Einrichtung der Selbstregulierung muss hier eher den Widerruf der Anerkennung mit entsprechenden schweren Folgen befürchten. Auch dies ist unverhältnismäßig, da auf den Einsatz der Beanstandung als Vorstufe der aufsichtlichen Intervention verzichtet wird. Sonst kann z.B. die mehrmalige Beanstandung Voraussetzung für den Einsatz eines schärferen Mittels sein.

Insgesamt stehen durchaus substantiellen Verbesserungen nach wie vor erhebliche verfassungsrechtlich bedenkliche Belastungen für die Provider als auch Risiken für die Meinungsfreiheit gegenüber. Die Möglichkeiten der regulierten Selbstregulierung werden nicht ausgeschöpft.