

# Die Vermessung des „Neulands“

---

 juwiss.de/36-2017/

March 29, 2017

## Kompetenzrechtliche Anmerkungen zur Regulierung sozialer Netzwerke angesichts des geplanten Netzwerkdurchsetzungsgesetzes

---

von FREDERIK FERREAU

**Je nach Sichtweise hat der Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz entweder Wort gehalten oder seine Drohung wahr gemacht: Heiko Maas hat einen Referentenentwurf für ein „Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken“ (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG) vorgelegt, der darauf abzielt, Hasskriminalität und strafbare Falschnachrichten auf den Plattformen sozialer Netzwerke wirksamer zu bekämpfen. Hierzu sind bereits viele berechtigte Kritikpunkte vorgebracht worden (vgl. nur Digitale Gesellschaft, Netzpolitik, Telemedicus). Ein Aspekt spielte bislang jedoch nur eine Nebenrolle und steht daher im Mittelpunkt der hier vollzogenen Kartierung von Regulierungsmöglichkeiten sozialer Netzwerke: Wer verfügt eigentlich über welche Gesetzgebungskompetenzen zur Regulierung von „Neuland“? Und wie kann, ja sollte von den Kompetenzen in verfassungsgemäßer Weise Gebrauch gemacht werden?**



Generell stellt das BVerfG (ebd., Rn. 80) für die Zuordnung von Gesetzgebungskompetenzen auf den unmittelbaren Regelungsgegenstand, Adressaten, Normzweck und die Normwirkung sowie die Verfassungstradition ab. Großes Gewicht wird auch der Staatspraxis zugemessen. Kommen verschiedene Kompetenztitel in Betracht, ist der Schwerpunkt der fraglichen Regelung maßgeblich.

Im Zentrum der kompetenzrechtlichen Bewertung des NetzDG-E stehen die Bundeskompetenzen zum Erlass von Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) und von Strafrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 GG) einerseits und die Kompetenzen der Länder zur Regelung des Gefahrenabwehrrechts und der Kultur einschließlich des Meinungsbildungsprozesses andererseits.

### Staatspraxis: erste kompetenzrechtliche Kartierungen

---

Der NetzDG-E stützt sich bezüglich seiner inhaltlichen Vorgaben an die Netzbetreiber auf den Kompetenztitel für das Recht der Wirtschaft, ohne dies näher zu begründen (Referentenentwurf, S. 11). Das überrascht, ist doch im Hinblick auf die dem Rechtsterminus „Telemedien“ unterfallenden sozialen Netzwerke die Kompetenzfrage alles andere als trivial, wie ein Blick auf die Staatspraxis zeigt: Die Zuständigkeit zur Regelung von Telemedien war Gegenstand intensiver Diskussionen zwischen Bund und Ländern.

Und sie führte schließlich zu einer Verständigung, die eine Aufteilung der Telemedienregulierung nach sich gezogen hat: Wirtschaftsrechtliche Aspekte regelt der Bund im Telemediengesetz (TMG), meinungsbildungsrelevante Aspekte regeln die Länder im Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (RStV).

## Normadressaten: Vermessungsfehler, die auf Abwege führen

---

Da sind Abgrenzungsprobleme vorprogrammiert, und sie treten bei der Definition des Anwendungsbereichs des NetzDG-E offen zutage: Plattformen mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten, die vom Diensteanbieter selbst verantwortet werden, gelten nicht als soziale Netzwerke im Sinne dieses Gesetzes (§ 1 Abs. 1 Satz 2 NetzDG-E). Dadurch soll die Zuständigkeit der Länder für die Aufsicht über journalistisch-redaktionelle Telemedien gewahrt bleiben (Referentenentwurf, S. 18).

Diese kompetenzielle Erwägungen reflektierende Definition erweist sich zunächst in praktischer Hinsicht als untauglich: Wenn beispielsweise Facebook künftig auch journalistisch-redaktionelle Inhalte (etwa in Form von Livestreams) anbieten sollte, fiel es aus dem Anwendungsbereich des NetzDG heraus, könnte also selbst über die Anwendbarkeit des NetzDG disponieren. Hinzu kommen rechtliche Bedenken: Es kann für die Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Ländern nicht darauf ankommen, welchen (schwerpunktmäßigen) Charakter ein Netzwerk aufweist. Vielmehr sind die Tätigkeiten von Netzwerken sowohl von wirtschaftlicher als auch von Meinungsbildungsrelevanz und unterfallen folglich Bundes- wie Länderregulierung gleichermaßen. Konsequenterweise erfasst die Telemedienregulierung der Länder daher bereits heute nicht allein journalistisch-redaktionelle, sondern dem Grunde nach sämtliche Telemedien (§ 54 Abs. 1 RStV).

Die Kompetenzzuordnung darf also im Telemedienbereich nicht von den Normadressaten, sondern muss von Normzweck und -wirkung her gedacht werden.

## Normzweck und Normwirkung: Vorstoß auf das Kompetenzgebiet der Länder

---

Diesbezüglich ist problematisch, ob der NetzDG-E tatsächlich wirtschaftsrechtliche Aspekte im Blick hat: Zwar könnte man prima facie erwägen, die neuen Pflichten von Netzwerkbetreibern gemäß NetzDG-E den bereits bestehenden Verantwortlichkeitsregeln für Telemedien nach den §§ 7 ff. TMG gleichzustellen. Auf deren Basis sind die Netzwerkbetreiber verpflichtet, bei Kenntnis der Rechtswidrigkeit von gespeicherten Inhalten (§ 10 TMG) tätig zu werden, um Rechte Dritter zu sichern, wobei jedoch umstritten ist, ob Telemedienanbieter hiernach selbst eine Rechtmäßigkeitsprüfung vornehmen müssen.

Der Referentenentwurf (auf S. 10) sieht denn auch die im NetzDG statuierten Pflichten der Netzwerkbetreiber als (bloße) Konkretisierung des § 10 TMG an. Doch seiner Intention und Wirkung nach, zielt der Entwurf in eine ganz andere Richtung: Gemessen am vorgeblichen Ziel effektiver Rechtsdurchsetzung verpflichtet er – insoweit inkonsequent – nicht sämtliche, sondern nur bestimmte, meinungsbildungsrelevante Netzwerke mit mehr als zwei Millionen inländischen Nutzern (§ 1 Abs. 2 NetzDG-E). Inhalte, die von diesen Netzwerken zu entfernen sind, definiert § 1 Abs. 3 NetzDG-E als solche, die die

Tatbestände der §§ 86, 86a, 90, 90a, 111, 126, 130, 140, 166, 185, 186, 187, 241 oder 269 des Strafgesetzbuchs erfüllen. Der Entwurf geht folglich davon aus, dass Verletzungen dieser Vorschriften durch Äußerungen in sozialen Netzwerken – und ihrer damit einhergehenden Perpetuierung im World Wide Web – die Meinungsbildung beeinträchtigen: „Gegenwärtig ist eine massive Veränderung des gesellschaftlichen Diskurses im Netz [...] festzustellen. Die Debattenkultur [...] ist oft aggressiv, verletzend und nicht selten hasserfüllt. [...] Es bedarf daher einer Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken [...]“ (Referentenentwurf, S. 1).

Damit verfolgt der Entwurf schwerpunktmäßig zwei Ziele, für die die Länder zuständig sind: zum einen die Abwehr von Gefahren für öffentliche wie individuelle Rechtsgüter mittels des Allgemeinen Gefahrenabwehrrechts, zum anderen die Sicherung des öffentlichen Meinungsbildungsprozesses.

## Die Strafrechtskompetenz: verfassungsrechtliches Sperrgebiet

---

Bliebe für den Bund einzig die Möglichkeit, zur eigenen Kompetenzbegründung das Strafrecht als unmittelbaren Regelungsgegenstand des NetzDG-E anzuführen: Gestützt auf diesen Kompetenztitel, könnte er in der Tat das Entfernen Straftatbestände erfüllender Postings im Netz als (neuartige) strafrechtliche Sanktion einführen.

Überspränge der NetzDG-E die Hürde formeller Verfassungsmäßigkeit noch leicht, führte der weitere Prüfungsweg schnell auf materiell verfassungswidriges Terrain: Die Verhängung strafrechtlicher Sanktionen ist den Strafgerichten vorbehalten; ihre Verlagerung auf private Netzwerkbetreiber – insbesondere ohne vorherige Anhörung der Betroffenen, welche § 3 Abs. 2 NetzDG-E nicht verlangt – verletzt das Rechte der Betroffenen auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG). Zudem dürfte der die Sanktionen auslösende Tatbestand des Vorliegens eines offensichtlich rechtswidrigen Inhalts (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG-E) am rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot scheitern – denn wann ist ein Inhalt schon *offensichtlich* rechtswidrig? Böhmermanns Schmähedicht etwa wäre es, gemessen an den stark divergierenden strafrechtlichen Bewertungen, wohl nicht.

## Vorschläge für eine verfassungsgemäße Kartierung des „Neulands“

---

Im Ergebnis erweist sich der NetzDG-E des Bundes als formell verfassungswidrig: Der Entwurf zielt primär auf die präventive Abwehr von Gefahren für den Meinungsbildungsprozess ab – ein Lebensbereich, dessen Regelung den Ländern zusteht.

Wie aber könnte nach diesem Befund eine künftige Karte der „Neuland“-Regulierung aussehen? Der Bund könnte das Entfernen von Postings im Rahmen der – staatlichen! – Strafverfolgung vorsehen. Als Vorbild hierfür können die §§ 111m, 111n StPO dienen, die die Beschlagnahme von Druckwerken regeln. Unter ähnlichen Voraussetzungen könnte die Strafprozessordnung künftig „digitale Beschlagnahmen“ vorsehen und die Staatsanwaltschaften berechtigen, mit dem Antrag auf Eröffnung des Hauptverfahrens zugleich einen Antrag auf (vorläufige) Sperrung des verfahrensgegenständlichen Postings bis zur Urteilsverkündung beim zuständigen Gericht zu stellen. Die Strafgerichte könnten

ermächtigt werden, im Falle eines Freispruchs die Entsperrung, im Falle einer Verurteilung die endgültige Löschung anzuordnen; die Netzbetreiber wären gesetzlich zu verpflichten, den Anordnungen nachzukommen.

In eine gänzlich andere Richtung geht hingegen folgender, an die für die Regelung meinungsbildungsrelevanter Aspekte zuständigen Länder adressierter Vorschlag: Sie trifft mitunter eine Schutzpflicht zur Abwehr von Gefahren für den offenen Meinungsbildungsprozess. Gefahren drohen aber nicht nur durch ausfällige Nutzer, sondern gerade auch durch eine allzu rigide Lösch-Politik von Netzbetreibern. Es ist daher zu überlegen, ob besonders meinungsbildungsrelevanten Netzwerken nicht sogar untersagt werden sollte, Inhalte nach eigens aufgestellten Kriterien zu löschen: Für Inhalte in derartigen Netzwerken sollten einzig hoheitliche (Strafrechts-)Regeln Beurteilungsmaßstab sein. Freilich bedeutete diese Vorgabe einen rechtfertigungsbedürftigen Grundrechtseingriff zulasten der Netzbetreiber, da ihnen eine Geschäftspolitik, welche auf Löschung verstörender oder verletzender, jedoch strafloser Inhalte abzielt, untersagt wäre. Die Rechtfertigung kann jedoch gelingen, wenn das Netzwerk tatsächlich von herausragender Meinungsbildungsrelevanz ist. Hierfür könnte der Gesetzgeber Kriterien – etwa freier Nutzerzugang oder eine beträchtliche Nutzeranzahl – entwickeln; für entsprechende Typisierungen und/oder Vermutungsregeln enthält § 1 Abs. 1 NetzDG-E erste diskussionswürdige Ansätze.

Mit dem vom Bundesjustizministerium vorgelegten NetzDG-E ist die verfassungsrechtliche Vermessung von „Neuland“ also keineswegs abgeschlossen. Vielmehr steht sie noch ganz am Anfang.