

Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

5
K&R

- Editorial: Livestreaming in der Corona-Krise –
der Anfang vom Ende des linearen Rundfunkbegriffs?
Dr. Frederik Ferreau
- 325 Covid-19 und Distanzgeschäfte – Sonderregeln für
einen „C-Commerce“?
Prof. Dr. Felix Buchmann und Anna-Lena Hoffmann
- 333 Datenschutz in Zeiten der Corona-Krise · *Samuel Strauß*
- 337 Entwicklungen im zivilrechtlichen Telekommunikationsrecht
im Jahr 2019
Dr. Thomas Sassenberg, Dr. Reto Mantz und Dr. Gerd Kiparski
- 344 Ein Minenfeld für Anbieter sozialer Netzwerke –
Zwischen NetzDG, Verfassungsrecht und Vertragsfreiheit
Dr. Johanna Spiegel und Dr. Britta Heymann
- 350 Der persönlichkeitsrechtliche Schutz vor Deepfakes
Frank Hartmann
- 357 Länderreport Schweiz · *Dr. Ursula Widmer*
- 358 EuGH: Online-Marktplatz haftet nicht für Lagerung von
markenrechtsverletzenden Waren Dritter
mit Kommentar von *Dr. Alexander R. Klett* und
Dr. Christoph Mikyska
- 364 EuGH: Keine öffentliche Wiedergabe durch Mietwagen-Radio
mit Kommentar von *Dr. Nils Rauer* und *Alexander Bibi*
- 370 BGH: Online-Händler haftet nicht für Kundenbewertungen
auf Amazon
- 386 VG Saarlouis: Nachweisbarkeit einer Einwilligung
in Telefonwerbung
mit Kommentar von *Dr. Thomas Nägele* und *Serpil Dilbaz*
- 396 Glosse: Grenzenlose Produkthaftung? · *Dr. Thomas Höhne*

23. Jahrgang

Mai 2020

Seiten 325–396

e) *Glückspielstaatsvertrag*

Der kürzlich verabschiedete Entwurf des neuen Glückspielstaatsvertrags sieht nunmehr eine Regelung zu Websperren vor. Mit § 9 Abs. 1 Nr. 5 GlüNeuRStV-E wird die zuständige Glückspielaufsicht ermächtigt, nach vorheriger Bekanntgabe unerlaubter Glückspielangebote Maßnahmen zur Sperrung dieser Angebote gegen verantwortliche Diensteanbieter, insbesondere Zugangsvermittler und Registrare, zu ergreifen, sofern sich Maßnahmen gegenüber einem

Veranstalter oder Vermittler als nicht durchführbar oder nicht erfolgversprechend erweisen. Diese Ermächtigung geht erheblich über die aktuell in § 7 Abs. 4 TMG kodifizierten Pflichten von Zugangsvermittlern bei strukturell urheberrechtsverletzenden Internetseiten hinaus.⁹¹

91 Dazu BGH, 26. 7. 2018 – I ZR 64/17, K&R 2018, 625 ff. – Dead Island; Mantz, GRUR 2017, 969, 972.

RAin Dr. Johanna Spiegel und RAin Dr. Britta Heymann, Hamburg*

Ein Minenfeld für Anbieter sozialer Netzwerke – Zwischen NetzDG, Verfassungsrecht und Vertragsfreiheit

Zweieinhalb Jahre nach Inkrafttreten des NetzDG wird ein Änderungsgesetz diskutiert, mit dem Anbietern sozialer Netzwerke weitere Pflichten auferlegt und die Befugnisse des Bundesamtes für Justiz erweitert werden sollen. Der Druck auf die Anbieter sozialer Netzwerke, sich bei Sperren nutzergenerierter Inhalte „richtig“ zu entscheiden, wird weiter erhöht, ohne ihre (verfassungs- und europarechtlich geschützten) Interessen ausreichend zu berücksichtigen.

I. Einleitung

Durch soziale Medien und Netzwerke hat sich die Rolle der Internetnutzer von bloßen (passiven) Rezipienten vorgegebener Informationsprodukte zu aktiven Produzenten, Teilnehmern und Gestaltern eigener Inhalte, Kommentatoren und Weiterverbreitern (über Verlinkungen und Teilen) fremder Inhalte geändert. Soziale Netzwerke ermöglichen es dem Bürger, aus einer passiven Rolle des Meinungskonsumenten herauszutreten und sich aktiv am öffentlichen Diskurs zu beteiligen.¹ Über die besondere Bedeutung sozialer Netzwerke für die Kommunikation im Internet besteht daher Einigkeit.² Dabei schlagen einzelne Nutzer immer wieder über die Stränge, indem sie Inhalte über soziale Netzwerke verbreiten, die sich nicht im Rahmen des gesetzlich und/oder vertraglich Erlaubten bewegen. Es steht dabei außer Frage, dass in sozialen Medien Hasskriminalität, also Äußerungen, die strafrechtliche Grenzen überschreiten, kein Raum gegeben werden darf. Aus politischer Sicht erscheint es offenbar naheliegend, den Anbieter sozialer Netzwerke stärker in die Pflicht zu nehmen, die von Nutzern eingestellten Inhalte zu überprüfen und eine Entscheidung über den Verbleib der Inhalte im sozialen Netzwerk zu treffen. Aus rechtlicher und tatsächlicher Sicht sind solche Pflichten allerdings kritisch zu betrachten. Mit dem NetzDG und den dafür geplanten Verschärfungen setzt sich der deutsche Bundesgesetzgeber über europäische Haftungsprivilegierungen hinweg und schränkt die Möglichkeit, die Nutzung des sozialen Netzwerks privatautonom und mit Augenmaß zu gestalten, unzulässig ein.

II. Für Anbieter sozialer Netzwerke bestehen aus gutem Grund Haftungsprivilegierungen

Anbieter sozialer Netzwerke sind Hosting-Provider i. S. d. § 10 TMG, durch den Art. 14 der E-Commerce-Richtlinie umgesetzt wurde. Nach den in der Richtlinie vollharmonisierten Haftungsprivilegierungen sind Hosting-Provider nicht für fremde Informationen verantwortlich, sofern sie „keine Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder der Information“ haben (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 TMG), oder nicht „unverzüglich tätig geworden [sind], um diese Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren,“ sobald sie diese Kenntnis erlangt haben (§ 10 Abs. 1 Nr. 2 TMG). Kenntnis im Sinne dieser Vorschrift meint die tatsächliche, positive menschliche Kenntnis des einzelnen konkreten Inhalts³ und umfasst die Kenntnis seiner Rechtswidrigkeit.⁴ Diese Haftungsprivilegierungen lösen ein Dilemma, in dem sich Hosting-Provider befinden: Da Hosting-Provider Inhalte Dritter speichern und zu diesen Inhalten keinen Bezug haben, können sie in aller Regel – auch wegen der erforderlichen Abwägung der Rechte aller Betroffenen einschließlich des „geschützten Recht[s] des Providers auf Meinungs- und Medienfreiheit“⁵ – Rechtsverletzungen durch Inhalte Dritter nicht selbst feststellen. Sie sind daher auf eine Rechtsverletzung hinzuweisen.

* Die Autorinnen sind Rechtsanwältinnen bei Taylor Wessing in Hamburg und Fachanwältinnen für Urheber- und Medienrecht. Sie beraten überwiegend Internetintermediäre in haftungsrechtlichen Fragestellungen zum Äußerungs- und Urheberrecht und sind auf die Führung streitiger Verfahren spezialisiert. Mehr über die Autorinnen erfahren Sie auf S. VIII. Alle zitierten Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 6. 4. 2020.

1 Drexler, ZUM 2017, 529.

2 Beurskens, NJW 2018, 3418; Holznapel, CR 2018, 369, Rn. 21; Peukert, MMR 2018, 572, 575; Schliesky, Schutzpflichten und Drittwirkung im Internet, 2014, S. 142.

3 Vgl. KG Berlin, 25. 8. 2014 – 4 Ws 71/14, ZUM-RD 2015, 447, 451 unter Verweis auf BT-Drs. 14/6098, S. 25; BT-Drs. 16/3078, S. 15. zu Rspr. und Lit.; Hoffmann, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 10 TMG Rn. 18.

4 Vgl. OLG Hamburg, 2. 3. 2010 – 7 U 70/09, MMR 2010, 490, 491; Hoffmann, in: Spindler/Schuster (Fn. 3), § 10 TMG Rn. 22 ff.

5 Allg. zu der Berechtigung von Providern, sich auf Grundrechte aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zu stützen: Spindler, in: Spindler/Schmitz, TMG, 2. Aufl. 2018, § 10, Rn. 103; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 61.

Nach den in Deutschland angewandten Grundsätzen der Störerhaftung kommt eine Inanspruchnahme der Provider nur dann in Betracht, wenn sie nicht tätig werden, nachdem sie über eine Rechtsverletzung in Kenntnis gesetzt werden, die ohne eingehende rechtliche und tatsächliche Überprüfung (und daher unschwer) erkennbar ist.

Es herrscht oft Uneinigkeit darüber, wann diese Voraussetzungen erfüllt sind und Inhalte durch den Hosting-Provider entfernt werden müssen; Gerichte in ganz Deutschland und über die verschiedenen Instanzen sind insofern auch ganz unterschiedlicher Auffassung. Es ist ein unsicheres Terrain. Dienstanbieter stehen stets vor der Herausforderung, einen Ausgleich zwischen den Kommunikationsinteressen ihrer Nutzer und den Rechten der von den Inhalten Betroffenen zu schaffen. Dabei dürfen sie auch ihre eigenen, verfassungsrechtlich geschützten Interessen berücksichtigen. Im Sinne eines möglichst optimalen Ausgleichs der widerstreitenden Interessen wäre es nicht richtig, das Pendel stets in eine Richtung ausschlagen zu lassen. Es wäre zudem interessengerecht, den Anbietern einen Entscheidungsspielraum einzuräumen, wenn nicht hinreichend klar ist, ob Inhalte zulässig oder unzulässig sind. Diesem Ziel eines möglichst optimalen Ausgleichs der widerstreitenden Interessen steht das NetzDG entgegen, wie nachfolgend unter II. aufgezeigt wird.

III. Das NetzDG: Haftung ohne Maß

1. Faktischer Druck führt im Zweifel zur Sperrung von Inhalten

Der nationale Gesetzgeber zwingt geradezu zu einer einseitigen Beurteilung: Der Gesetzgeber hat sich entschlossen, Druck auf die Anbieter sozialer Netzwerke auszuüben.⁶ Mit der Einführung des NetzDG im Jahr 2017 wurden die europaweit durch die E-Commerce-Richtlinie einheitlich geregelten Pflichten von Diensteanbietern in unzulässiger Weise verschärft. So wurden Anbieter sozialer Netzwerke u. a. verpflichtet, schwierige strafrechtliche Prüfungen vorzunehmen, Inhalte, die den im NetzDG erwähnten Straftatbeständen (vermutlich) unterfallen, innerhalb kurzer, fester Fristen zu löschen und öffentlich Bericht über diese und weitere Umstände zu erstatten. Während der Ansatz, rechtswidrige Inhalte aus dem Netz entfernt zu sehen, unterstützenswert ist, ist der Weg doch sehr zweifelhaft. Denn die auferlegten Pflichten, die jeweils in erheblichem Maße bußgeldbewährt sind, dürften dazu führen, dass Anbieter im Zweifel Inhalte sperren, anstatt sich dem Risiko einer Falschbeurteilung auszusetzen.

Während der BGH in einer äußerungsrechtlichen Angelegenheit eine Erkennbarkeitsschwelle entwickelte,⁷ werden Anbieter sozialer Netzwerke verpflichtet, ihnen angezeigte Inhalte aus dem sozialen Netzwerk zu entfernen, die die in § 1 Abs. 3 NetzDG genannten Straftatbestände erfüllen und nicht gerechtfertigt sind – ohne dass insoweit eine Erkennbarkeitsschwelle gilt. Erfüllen Anbieter sozialer Netzwerke die Verpflichtungen aus dem NetzDG nicht, drohen Bußgeldverfahren, die bereits bei dem Verdacht eines Verstoßes gegen § 3 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 2, 3 NetzDG eröffnet werden; eine behördliche Aufsicht bzw. eine vorherige Aufsichtsverfügung oder die Androhung eines Bußgeldes ist bisher gesetzlich nicht vorgesehen. Bei Fehlentscheidungen, die angesichts der Masse der Beschwerden und der Komplexität der Gegenstände unvermeidbar sind, müssen sie also jederzeit mit der Einleitung eines Bußgeldverfahrens rechnen. Die Bußgelder

können sich auf bis zu 50 Millionen Euro pro Verstoß belaufen (§ 4 NetzDG i. V. m. § 30 OWiG). In der Verwaltungsrechtsprechung wird in solchen Konstellationen der schwer kalkulierbaren Drohung eines Bußgeldbescheides bei Rechtsverstößen von einem „Damoklesverfahren“ gesprochen.⁸ Durch die Prüf- und Lösch- bzw. Sperrpflichten des NetzDG im Zusammenspiel mit der erheblichen Bußgeldbewehrung in § 4 Abs. 1 Nr. 2 NetzDG und der in § 3 Abs. 5 NetzDG vorgesehenen behördlichen Überwachung entsteht ein faktischer Druck auf die Anbieter sozialer Netzwerke, der eine „systemische[...] Tendenz zur Löschung“⁹, also die Gefahr des Overblocking fördert.

2. Die Entscheidung über den Verstoß gegen Strafrechtsnormen darf nicht privaten Anbietern sozialer Netzwerke obliegen

Eine wirksame Rechtsdurchsetzung in Bezug auf die in § 1 Abs. 3 NetzDG genannten Straftatbestände ist in hohem Maße unterstützenswert. Eine Entscheidung darüber, was strafbar ist und was nicht, sollte allerdings weiterhin Aufgabe der Strafjustiz sein (die unter der Maßgabe des § 10 TMG auch ein Vorgehen gegen die Betreiber sozialer Netzwerke umfassen kann). Ob es vor diesem Hintergrund der Zuständigkeit der Strafverfolgungsbehörden legitim ist, private Anbieter sozialer Netzwerke zur Rechtsdurchsetzung zu verpflichten, erscheint mehr als zweifelhaft.

a) Zu den Wirkungen der behördlichen Strafverfolgung

Strafverfolgungsbehörden treffen ihre Entscheidung über die Rechtswidrigkeit von Inhalten kraft und mit den Möglichkeiten ihres Amtes und nicht nach ökonomisch-rationalen Grundsätzen; sie stehen nicht unter dem Druck drohender Bußgelder. Zudem werden die Entscheidungen der Strafverfolgungsbehörden neben spezial-präventiven Wirkungen bei den betroffenen Tätern im Einzelfall auch stets general-präventive Wirkungen gegen die Verbreitung strafbarer Inhalte in sozialen Netzwerken durch andere Verursacher haben. Die Verbesserung der Rechtsdurchsetzung durch Strafverfolgung bzw. eine Verstärkung der Bemühungen der Strafverfolgungsbehörden gegen die Täter, stellte ein milderer, die einschneidende Effekte für die Meinungsäußerungsfreiheit vermeidendes Mittel dar.¹⁰ Es führte zudem zu einer Ursachen-, statt nur zur Symptombekämpfung: Das NetzDG setzt ausschließlich bei den Symptomen, nicht aber bei den Ursachen bzw. den Verursachern an. Dabei gibt es unterdessen Studien, die die Vermutung bestätigen, dass es im Bereich der Hassrede wenige Verursacher sind, die für einen sehr hohen Anteil aller Kommentare mit Hassrede-Inhalten verantwortlich sind, und dass diese Nutzer häufig auch qualitativ anders

6 Die Kritik am NetzDG ist in der Literatur einmütig: *Drexler*, ZUM 2017, 529, 539 f.; *Feldmann*, K&R 2017, 292; *Gersdorf*, MMR 2017, 439; *Guggenberger*, NJW 2017, 2577; *Holzmagel*, ZUM 2017, 615; *Kalscheuer/Hornung*, NVwZ 2017, 1721; *Ladeur/Gostomzyk*, K&R 2017, 390; *Nolte*, ZUM 2017, 552; *Spindler*, GRUR 2018, 365 ff.; *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, 93; *Liesching*, MMR 2018, 26; vgl. auch *ders.* in: *Spindler/Schmitz* (Fn. 5), § 1 NetzDG Rn. 6 ff., 13 ff., 21 ff.; *Warg*, DÖV 2018, 473 ff.

7 Vgl. BGH, 25. 10. 2011 – VI ZR 93/10, K&R 2012, 110, Rn. 26 – Blog-Eintrag; BGH, 1. 3. 2016 – VI ZR 34/15, K&R 2016, 329, Rn. 24 – www.ja meda.de.

8 Vgl. BVerwG, 23. 1. 1992 – 3 C 50.89, BVerwGE 89, 327; BVerwG, 17. 1. 1972 – 1 C 33/68, BVerwGE 39, 347; VG Berlin, 25. 6. 2014 – 10 L 224.14; BVerfG, 7. 4. 2003 – 1 BvR 2129/02, NVwZ 2003, 856; *Schenke/Roth*, WiVerw 1997, 81, 137 ff.

9 *Guggenberger*, ZRP 2017, 98, 100; vgl. auch *Spindler*, GRUR 2018, 365; *Heckmann/Paschke*, DRiZ 2018, 144; *Warg*, DÖV 2018, 473, 475; *Liesching*, in: *Spindler/Schmitz* (Fn. 5), § 1 NetzDG Rn. 25.

10 So auch *Liesching*, in: *Spindler/Schmitz* (Fn. 5), § 1 NetzDG Rn. 30.

kommentieren, als „normale“ Nutzer. Die Studie des Institute for Strategic Dialogue (ISD)¹¹ stellt fest:

„Hate Speech unter Medienartikeln der großen deutschsprachigen Newsseiten auf Facebook wird von einer – gemessen an der Anzahl aller Nutzer – kleinen Gruppe von Accounts produziert, ‚gepusht‘ und verbreitet. Die Verbreitung geschieht oft inhaltlich und zeitlich koordiniert.“

Daraus darf man weiter schließen, dass diese überzeugten Täter sich durch die Entfernung ihrer Inhalte aus sozialen Netzwerken, ohne dass dies für sie weitere unmittelbare Konsequenzen hat, nicht davon abhalten lassen, solche Inhalte an derselben oder anderer Stelle erneut einzustellen.

b) *Zu den Schwierigkeiten, eine rechtskonforme Entscheidung zu treffen*

Anbieter sozialer Netzwerke zu verpflichten, über die Strafbarkeit von Inhalten zu entscheiden, führt vor dem Hintergrund komplexer Rechtsprechung insbesondere zu den äußerungsrechtlichen Straftatbeständen der §§ 185 ff. StGB und der Volksverhetzung i. S. d. § 130 StGB zu Frustrationseffekten bei Nutzern und der Unterdrückung von öffentlichen Diskursen. Dadurch entstehen einschnürende Effekte für die Meinungsäußerungsfreiheit. Denn der faktische Druck auf Anbieter sozialer Netzwerke, der im Zweifel zur Entfernung von Inhalten durchführt, verstärkt bei den Betroffenen das Gefühl der einseitigen Unterdrückung bestimmter Meinungen.¹² Dieses Risiko wird durch die Einseitigkeit des NetzDG vernachlässigt, obwohl es offensichtlich ist, dass die Entscheidung, ob Inhalte strafbar sind, nicht einfach zu treffen ist. Während das Kammergericht¹³ z. B. feststellte, dass die Verwendung des Begriffs „Messer-Einwanderung“ „evident“ nicht den Straftatbestand des § 130 StGB erfülle, stellte das OVG Koblenz¹⁴ in der vom BVerfG¹⁵ bestätigten Entscheidung nur einen Monat später fest, dass die Verwendung des Begriffs „Messer-Männer“ eine Personengruppe pauschal diffamiere und einen Eingriff in die Menschenwürde darstelle. Auch sich widersprechende Instanzentscheidungen zeigen, dass die rechtliche Bewertung von Äußerungen selten einhellig ist. Die Anwendung von Tatbeständen wie die Volksverhetzung in § 130 StGB ist aufgrund der Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung in den letzten Jahrzehnten stark einzelfallabhängig geworden, zumal auch hier oft Schwierigkeiten bei der Feststellung des objektiven Sinns einer Äußerung bestehen.¹⁶ Die Fälle sind häufig noch komplexer als diejenigen, in denen es um den Ehrenschatz einzelner Personen oder Personengruppen geht, und erfordern schwierige rechtliche Wertungen wegen der Unwägbarkeiten der Auslegung der überwiegend unbestimmten Tatbestandsmerkmale und der häufig erforderlichen Prüfung von Sozialadäquanzklauseln (vgl. § 130 Abs. 7 i. V. m. § 86 Abs. 3 StGB) oder der Abwägung mit den Grundfreiheiten aus Art. 5 Abs. 1 GG. Aber auch die Rechtswidrigkeit von Äußerungen im Fall von Beleidigungen i. S. d. § 185 StGB lässt sich nicht allein objektiv, also einzig nach der Lektüre von Begriffen beurteilen, sondern erfordert eine Kenntnis des Gesamtzusammenhangs der Äußerung und ihrer Begleitumstände. So kann beispielsweise die Bezeichnung als „Arschloch“ zulässig sein, wenn der Betroffene in anderen Zusammenhängen selbst andere als „Arschloch“ bezeichnet hat.¹⁷ Zu der Bezeichnung einer ZDF-Moderatorin als „das kleine Luder vom Lerchenberg“ oder als „delirierende Hausfrau“ stellte das BVerfG trotz der dem

Sachverhalt zugrundeliegenden Kontroverse über eine Antisemitismusdebatte, an der der Äußernde und die Betroffene als Journalisten beteiligt waren, eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts der Betroffenen fest.¹⁸ Hingegen ist die Bezeichnung einer AfD-Politikerin als „Nazi-Schlampe“ im Rahmen einer satirischen Sendung zulässig, da es sich für die Zuschauer offensichtlich um eine „grobe Übertreibung“ handle und die Bezeichnung als „Schlampe“ nur gewählt worden sei, weil „die Antragstellerin eine Frau ist“, im Übrigen aber „keinerlei Wahrheitsgehalt aufweist“.¹⁹ In jenem Fall hatte sich die Betroffene selbst zuvor in einer Rede gegen die Beachtung der Regeln der „politischen Korrektheit“ gewandt; eine sachgerechte Beurteilung war nur mit Kenntnis dieser vorangegangenen Äußerungen möglich. Schwierige Fragen werden bei der möglichen Einordnung einer Äußerung als „Satire“ aufgeworfen.²⁰ Dies zeigt sich an einem Sachverhalt, der sich kurze Zeit nach Inkrafttreten des NetzDG ereignet hatte: Die AfD-Politikerin Beatrix von Storch twitterte zu einem u. a. in arabischer Sprache verfassten Tweet der Kölner Polizei zur Silvesternacht: „Was zur Hölle ist in diesem Land los? Wieso twittert eine offizielle Polizeiseite aus NRW auf Arabisch. Meinen Sie, die barbarischen, muslimischen, gruppenvergewaltigenden Männerhorden so zu besänftigen?“ Den Tweet der Politikerin „retweetete“ das Satire-Magazin Titanic mehrfach und ergänzte beispielsweise: „Weshalb verwendet eigentlich die deutsche Polizei arabische Zahlen? Ich wehl doch nicht 110, wen die Barbarenhorden mich vergewaltigen wollen!“ [sic]. Twitter entfernte die Tweets.²¹

3. Die geplanten Änderungen des NetzDG wären rechtswidrig

Die Situation verschärft sich durch die geplanten Änderungen des NetzDG. Statt die Ergebnisse der nach dem Regierungsentwurf des NetzDG vom 5. 4. 2017 vorgesehenen Evaluierung der Wirkungen des Gesetzes abzuwarten, hat die Bundesregierung am 31. 3. 2020 den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (nachfolgend „NetzDGÄndG-E“) veröffentlicht, in dem weitere Anforderungen an die Anbieter sozialer Netzwerke gestellt werden, z. B. die Durchführung eines Gegenvorstellungsverfahrens im Fall der Sperrung von Inhalten.²² Anstatt die Unwägbarkeiten und Unsicherheiten

11 Institute for Strategic Dialogue (ISD), „Hass auf Knopfdruck – Rechtsextreme Trollfabriken und das Ökosystem koordinierter Hasskampagnen im Netz“ (2018).

12 Vgl. Kommentare zu dem Bericht der Zeitung „Die Welt“ über den zitierten Beschluss des LG Hamburg: <https://www.welt.de/regionales/hamburg/article164655318/AfD-Politikerin-scheitert-mit-einstweiliger-Verfuegung-gegen-NDR.html#Comments>.

13 KG Berlin, 22. 3. 2019 – 10 W 172/18, Rn. 21, 23 – BeckRS.

14 OVG Koblenz, 26. 4. 2019 – 2 B 10639/19, NJW 2019, 1624, Rn. 10, 12.

15 BVerfG, 27. 4. 2019 – 1 BvQ 36/19, NJW 2019, 1592.

16 Vgl. zu § 130 StGB: BVerfG, 28. 3. 2017 – 1 BvR 1384/16, NJW-RR 2017, 1001; OLG Naumburg, 8. 11. 2016 – 2 RV 88/16, NJ 2017, 301; zu § 166 StGB: AG Lüdinghausen, 25. 2. 2016 – 9 Ds-81 Js 3303/15-174/15, NStZ-RR 2016, 200; AG Berlin-Tiergarten, 6. 2. 2012 – 263 b Ds 228/11, StraFo 2012, 110.

17 OLG Hamburg, 14. 11. 2016 – 9 W 93/16.

18 BVerfG, 2. 4. 2017 – 1 BvR 2194/15.

19 Vgl. LG Hamburg, 11. 5. 2017 – 324 O 217/17.

20 Vgl. nur BVerfG, 3. 6. 1987 – 1 BvR 313/85, BVerfGE 75, 369 – Strauß/Hachfeld.

21 <http://www.zeit.de/digital/internet/2018-01/beatrix-von-storch-twitter-titanic-gesperret-netzdg-afd>.

22 RegE eines Gesetzes zur Änderung des NetzDG vom 31. 3. 2020, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Aenderung_NetzDG.pdf;jsessionid=E467EB703E1015C801B494F1091D874A.1_cid289?__blob=publicationFile&v=2; Stellungnahmen verschiedener Einrichtungen und von Vertretern der Zivilgesellschaft

ten des Gesetzes auszubessern und so zu versuchen, dem Risiko von Overblocking entgegen zu wirken, stärkt der Gesetzgeber nun Nutzerrechte gegenüber unberechtigten Löschungen und Kontosperrungen (etwa in Gewand des sog. Gegenvorstellungsverfahrens). Das Gesetzesvorhaben, für das der Bund schon keine Gesetzgebungskompetenz besitzt, führte zu weiteren Rechtsunsicherheiten und schränkt die Verfassungsrechte der Beteiligten weiter ein.

a) *Regelungen zur staatlichen Aufsicht verstoßen gegen das Prinzip der Staatsferne*

In dem betroffenen Kommunikations- und somit grundrechtssensiblen Bereich will der Gesetzgeber mit § 4 a NetzDGÄndG-E, eine behördliche Aufsicht installieren. Die Art der Umsetzung ist verfassungswidrig. Der Gesetzgeber sieht als Aufsichtsbehörde das Bundesamt für Justiz vor. Dieses ist jedoch dem Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz unmittelbar unterstellt und weisungsgebunden. Somit würde eine der Regierung unmittelbar unterstehende Stelle zur Medienaufsicht. Das ist aus verschiedenen Gründen nicht möglich:

aa) *Keine staatliche Aufsicht über Recht und Unrecht von Äußerungen*

Nach der Ordnung des Grundgesetzes ist die Aufsicht über die Medien und den Rundfunk Bestandteil der Kulturhoheit und somit Sache der Länder. Dem Bund fehlen mithin die Gesetzgebungs- und somit diesbezüglich bereits die Verwaltungskompetenz für die im NetzDG enthaltenen Regelungen. Die Aufsicht über Medien und Rundfunk wird bereits in Ländervorschriften geregelt; die Aufsicht wird über die Landesmedienanstalten geführt. Diese sind auch für Telemedien zuständig.²³ Des Weiteren ist diese Medienaufsicht im Lichte der durch Art. 5 GG geschützten Inhalts- und Meinungsvielfalt „staatsfern“ organisiert.²⁴ Der Grundsatz der Staatsfreiheit bzw. Staatsferne würde durch den geplanten § 4 a Abs. 1, 2 NetzDGÄndG-E verletzt. Hintergrund des Grundsatzes der Staatsfreiheit ist, dass Massenmedien ihre Funktion der Kritik und Kontrolle auch gegenüber politischen Entscheidungsträgern erbringen können müssen und dürfen. „Staatsfreiheit“ bedeutet daher, dass die öffentliche Gewalt nicht die Freiheit von Informations- und Kommunikationsprozessen beschränken darf, die Bedeutung für eine freie, individuelle und öffentliche Meinungsbildung haben, und deren Schutz die Garantien des Art. 5 Abs. 1 GG dienen. Die Kontrolle kann daher nicht durch den Staat selbst ausgeübt werden, sondern es ist ein gewisser Distanzschutz notwendig. „Staatsfreiheit“ bedeutet also, dass die öffentliche Gewalt nicht die Freiheit von Informations- und Kommunikationsprozessen beschränken darf, die Bedeutung für eine freie, individuelle und öffentliche Meinungsbildung haben, und deren Schutz die Garantien des Art. 5 Abs. 1 GG dienen. Bei sozialen Netzwerken spielt eine Vielfaltsicherung – anders als beim Rundfunk – keine Rolle, da grundsätzlich jeder Inhalte zur Verfügung stellen kann und Pluralität damit den durch soziale Netzwerke ermöglichten Kommunikationsprozessen immanent ist. Bei sozialen Netzwerken steht die Förderung und Sicherung eines freien Meinungsbildungsprozesses im Vordergrund; eine Kontrolle von Inhalten ist erst *ex post* staatlichen Gerichten vorbehalten. Eine inhaltsbezogene Regulierung ist dem Grundsatz gemäß zudem regelmäßig den Landesmedienanstalten als staatsfernen Institutionen übertragen worden. Gleiches gilt für spezifische, in den JMStV aufgenommene Strafnormen.

bb) *Widerspruch zur AVMD-Richtlinie*

Schließlich bezweckt der Gesetzgeber mit dem NetzDGÄndG-E die Richtlinie zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten (RL 2010/13/EU vom 10. 3. 2010 in der Fassung der RL 2018/1808/EU vom 14. 11. 2018; im Folgenden: „AVMD-Richtlinie“) umzusetzen. Allerdings fordern Art. 28 b Abs. 5, Art. 30 Abs. 1 AVMD-Richtlinie von der Regierung unabhängige Stellen, die „rechtlich von Regierungsstellen getrennt und funktionell unabhängig von ihren jeweiligen Regierungen und anderen öffentlichen oder privaten Einrichtungen sind.“ In Erwägungsgrund 53 der AVMD-Richtlinie wird nochmals betont, dass die Unabhängigkeit „als unabdingbar erachtet [wird], um die Unparteilichkeit der Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörde oder -stelle zu gewährleisten.“ Entsprechend stünde Europarecht auch dieser geplanten Neuregelung im NetzDGÄndG-E entgegen.

b) *Zum Gegenvorstellungsverfahren*

Anlass zur Kritik gibt darüber hinaus der Vorschlag zu einem Gegenvorstellungsverfahren nach § 3 b NetzDGÄndG-E. Nicht nur mit Blick auf den harmonisierten Bereich der Haftung von Intermediären, sondern zudem nimmt das geplante Gegenvorstellungsverfahren den Anbietern sozialer Netzwerke Raum, die Nutzung ihrer Angebote vertraglich auszugestalten.

aa) *Das Gegendarstellungsverfahren widerspricht geltenden Haftungsmaßstäben*

Das vorgesehene Gegenvorstellungsverfahren steht in Konflikt mit den Vorgaben der E-Commerce-Richtlinie. Art. 14 ECRL setzt das Vorliegen einer festgestellten (und nicht lediglich vermuteten) Rechtsverletzung voraus; das Tätigwerden eines Hosting-Providers ist nur bei positiver Kenntnis einer Rechtsverletzung verlangt und besteht in der Entfernung von Inhalten bzw. der Sperrung des Zugangs zu ihnen. Im Widerspruch hierzu verpflichtet das Gegenvorstellungsverfahren den Diensteanbieter nun etwa zu folgenden weiteren Maßnahmen: Der Anbieter sozialer Netzwerke muss auch dann – erneut unverzüglich – tätig werden, wenn er nach seiner Prüfung einer Beschwerde gerade zu dem Ergebnis gelangt ist, dass keine Rechtsverletzung vorliegt. Hatte seine Überprüfung demgegenüber eine Entfernung des Inhalts oder eine Sperrung des Zugangs zum Inhalt zum Ergebnis, soll er gleichwohl noch einmal – wiederum unverzüglich – tätig werden und die von ihm vorgenommene Prüfung wiederholen und erweitern. Der Ansatz, jedem Einzelnen durch das NetzDG zu seinem Recht zu verhelfen, indem jedes einzelne Sperrverfahren an bestimmte Abfolgen geknüpft wird, ist verfehlt und auch nicht der ursprünglich verfolgte Zweck des NetzDG.²⁵ Der Gesetzgeber hat bislang Fehlentscheidun-

zum vorausgegangenem RefE vom 29. 1. 2020 sind abrufbar unter <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/NetzDGAendG.html>; Notifizierungsnummer: 2020/174/D (Deutschland), vgl. <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/de/index.cfm/search/?trisation=search.detail&year=2020&num=174&mLang=DE>.

²³ <https://www.die-medienanstalten.de/themen/programmbeauftragt/>.

²⁴ Vgl. Paulus/Nölscher, ZUM 2017, 177 m. w. N.

²⁵ Durch das NetzDG soll einer „Verrohung der Debattenkultur in sozialen Netzwerken“ entgegengetreten werden. Diese sei „oft aggressiv, verletzend und nicht selten hasserfüllt“ (NetzDG, BT-Drs. 18/12356, S. 1, 9, 11); vgl. auch Lüdemann, MMR 2019, 279.

gen der Anbieter sozialer Netzwerke bei der Sperrung beanstandeter Inhalte akzeptiert. Denn eine Sanktionierung für Fehlentscheidungen bei der Sperrung von Inhalten findet nur bei „systemischem Versagen“ statt.²⁶ Das NetzDG ist eine öffentlich-rechtliche Ordnungsnorm und beinhaltet jedenfalls bislang keine privatrechtliche Anspruchsgrundlage.²⁷ Eine solche wäre auch mangels Regelungslücke nicht erforderlich, denn gegen Anbieter sozialer Netzwerke werden schon jetzt in erheblichen Umfang zivilrechtliche Ansprüche geltend gemacht; dies *sowohl wegen, als auch mangels* der Entfernung von Inhalten. Sie werden von denjenigen zivilrechtlich in Anspruch genommen, die ihre allgemeinen Persönlichkeits-, Namens- oder Bildrechte verletzt sehen. Nach den Grundsätzen der Störerhaftung ist der Anbieter sozialer Netzwerke verpflichtet, aufgrund eines konkreten Hinweises auf eine Rechtsverletzung tätig zu werden und den betreffenden Inhalt unter bestimmten Voraussetzungen zu sperren. Tut er dies nicht, drohen Unterlassungstitel. Es mehrten sich nun auch – teilweise als politisches Zeichen gegen das NetzDG motiviert – zivilrechtliche Verfahren, auf Wiedereinstellung bzw. Entsperrung von Inhalten aufgrund vertraglicher Ansprüche. Die klagenden Nutzer sind der Überzeugung, dass ihre Inhalte grundlos von dem Anbieter sozialer Netzwerke entfernt wurden, insbesondere, weil diese angeblich durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützt seien. Sie begehren nun – quasi als Kehrseite – im Wege des Zivilrechtsschutzes Wiedereinstellung der gesperrten Inhalte.

Die nun geplanten Regelungen des NetzDG führten dazu, dass Anbieter sozialer Netzwerke einem Hin und Her zwischen Sperrungen, Wiedereinstellungen und Stellungnahmen nicht mehr herauskämen und Nutzer wie Betroffene keinen Rechtsfrieden fänden. Dies gilt umso mehr, als Anbieter sozialer Netzwerke Inhalte auch sperren dürfen, die nicht gegen allgemeine Gesetze verstoßen und keine absoluten Rechte verletzen (siehe dazu sogleich unter bb)). Trotz all dem sieht der neue Referentenentwurf ein Gegenvorstellungsverfahren vor, das erhebliche Rechtsunsicherheit mit sich bringt und das nicht einmal Mindestanforderungen an die Begründung einer Gegenvorstellung oder an die Erkennbarkeit der Berechtigung der Gegenvorstellung stellt.²⁸

bb) Die Privatautonomie steht dem Gegendarstellungsverfahren entgegen

Bei all den Rechten und Pflichten, die die jeweiligen Nutzer geltend machen und die nun im Rahmen des NetzDG kodifiziert werden sollen, bleibt den Anbietern sozialer Netzwerke kaum Spielraum, ihrem kommerziell betriebenen Netzwerk eine bestimmte Ausrichtung zu geben, um es auf Zielgruppen auszurichten,²⁹ ggf. einen respektvollen Umgang innerhalb der „Community“ zu schaffen und gleichzeitig ein Haftungsrisiko wegen der Verbreitung möglicherweise rechtswidriger Inhalte zu minimieren.³⁰ Art und Umfang der Nutzung von Online-Diensten durch den individuellen Nutzer werden durch allgemeine Gesetze und AGB bzw. Nutzungsbedingungen der Anbieter geprägt.³¹ Während des Registrierungsverfahrens stimmen Nutzer diesen Regelungen der Anbieter der Dienste zu.³² Neben weiteren Gründen für die Sperrung von Inhalten (z. B. SPAM, Werbung etc.), behalten sich Anbieter sozialer Netzwerke in den AGB bzw. den darüber einbezogenen Gemeinschaftsrichtlinien, Hausregeln oder Community-Guidelines (nachfolgend gemeinsam „Hausregeln“) vor, Inhalte zu entfernen, die im Widerspruch zu

den näher konkretisierten Regelungen des zivilisierten Umgangs der Nutzer miteinander stehen. Anbieter sozialer Netzwerke formulieren Regeln zur Netiquette bzw. legen fest, dass bestimmte Inhalte nicht zulässig sind, obwohl die Rechtsordnung sie billigt (z. B. selbst oder mit Zustimmung eingestellte Nacktbilder, möglich wäre auch der Ausschluss von Katzenfotos oder -videos, wenn süße Katzenfotos nicht zum Konzept des Netzwerkes passen).

Die nach den Hausregeln in sozialen Netzwerken zulässigen Inhalte liegen oft unterhalb der Schwelle zur Strafbarkeit bzw. Rechtswidrigkeit. Ganz grundsätzlich ist es Anbietern sozialer Netzwerke in Ausübung ihres auf Art. 2, 12, 14 GG zurückgehenden „Hausrechts“ vorbehalten, Inhalte zu entfernen, und zwar selbst dann, wenn sie nach der Rechtsordnung legal sind.³³ Die Rechtsordnung verbietet das nicht,³⁴ auch nicht das NetzDG.³⁵ Auf die kleine Anfrage einiger AfD-Abgeordneter und der AfD-Fraktion, ob die Bundesregierung unter „legitime Inhalte“³⁶ im Gesetzesentwurf zum NetzDG vom 16. 5. 2017, Drucks. 18/12356, solche Inhalte verstehe, die den Schutz des Art. 5 GG genießen, antwortet diese (S. 3):

„Welche Inhalte ein Nutzer in einem sozialen Netzwerk verbreiten darf, bestimmt sich – im Verhältnis zum Netzwerkbetreiber – nach den zwischen dem Nutzer und dem privaten Netzwerkbetreiber wirksam getroffenen vertraglichen Vereinbarungen über die Nutzung des sozialen Netzwerks und den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften.“

Undifferenziert und zu weit gehend ist die Ansicht, dass Hausregeln unwirksam, ja sogar sittenwidrig seien, wenn durch sie zulässige Meinungsäußerungen i. S. d. Art. 5 GG verboten würden.³⁷ Zu prüfen, ob der von einem Anbieter sozialer Netzwerke gesperrte Inhalt eine „noch von der Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 GG gedeckte Meinungsäußerung“³⁸ darstelle und Hausregeln lediglich als

26 Vgl. NetzDG-Bußgeldleitlinien vom 22. 3. 2018, S. 7, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/Fokusthemen/NetzDG_Bu%C3%9Fgeldleitlinien.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

27 Vgl. *Liesching*, NetzDG, Einl., Rn. 3.

28 Weitere Kritikpunkte am Gegenvorstellungsverfahren bestehen etwa darin, dass schon jetzt ein erhebliches Missbrauchspotential besteht. Meldewege werden oft missbräuchlich genutzt, um rechtmäßige, aber einer Person unliebsame Inhalte zu unterdrücken. Das Missbrauchspotential wird durch das Verfahren potenziert, da insoweit weitere Meldepflichten bestehen (vgl. § 3 Abs. 2 Nr. 1 a NetzDGÄndG-E). Auch wird das Risiko außer Acht gelassen, dass im Rahmen dieser Verfahren, selbst bei Nutzung anonymer Informationen, die Anonymität der Beteiligten nicht gewahrt werden kann.

29 *Beurskens*, NJW 2018, 3418, 3420; *Raue*, JZ 2018, 961, 964; OLG München, 28. 12. 2018 – 18 W 1955/18, Rn. 26, BeckRS.

30 LG Heidelberg, 28. 8. 2018 – 1 O 71/18, Rn. 35, juris.

31 Näher zur rechtlichen Einordnung des Nutzungsverhältnisses und den daraus resultierenden Primärpflichten *Beurskens*, NJW 2018, 3418, 3419; *Holznel*, CR 2018, 369, Rn. 6–21; *Spindler*, CR 2019, 238, Rn. 4 f.; auch LG Frankfurt a. M., 10. 9. 2018 – 2-03 O 310/18.

32 *Schliesky* (Fn. 2), S. 142.

33 Vgl. OLG München, 28. 12. 2018 – 18 W 1955/18, Rn. 21, BeckRS; OLG Dresden, 8. 8. 2018 – 4 W 577/18, Rn. 20, juris; OLG Karlsruhe, 25. 6. 2018 – 15 W 86/18, Rn. 19, 21, juris; LG Frankfurt a. M., 10. 9. 2018 – 2-03 O 310/18; LG Heidelberg, 28. 8. 2018 – 1 O 71/18, Rn. 38, juris; *Holznel*, CR 2018, 369, Rn. 20.

34 Vgl. *Lüdemann*, MMR 2019, 279; auch nicht unter kartellrechtlichen Aspekten; vgl. *Beurskens*, NJW 2018, 3418, 3419; *Lüdemann*, MMR 2019, 284; a. A. LG Bamberg, 18. 10. 2018 – 2 O 248/18, MMR 2019, 56, Rn. 54.

35 Vgl. LG Köln, 27. 7. 2018 – 24 O 187/18, Rn. 41 f., BeckRS; *Lüdemann*, MMR 2019, 279.

36 Anm.: Im Gesetzesentwurf heißt es zur Begründungspflicht einer Sperrentscheidung wörtlich: „Niemand muss hinnehmen, dass seine legitimen Äußerungen aus sozialen Netzwerken entfernt werden“, S. 23.

37 Vgl. *Beurskens*, NJW 2018, 3418, 3419; a. A.: *Müller-Riemenschneider/Specht*, MMR 2018, 547.

38 So LG Frankfurt a. M., 14. 5. 2018 – 2-03 O 182/18, MMR 2018, 545, Rn. 17.

„Auslegungshilfe“ heranzuziehen seien,³⁹ verkennt die Bedeutung der praktischen Konkordanz der betroffenen Grundrechte und der verfassungsrechtlich gewährleisteten Privatautonomie.⁴⁰ Vielmehr müssen die Hausregeln, sofern sie AGB darstellen, mit §§ 305 c, 307 ff. BGB vereinbar sein.⁴¹ Hier spielt die mittelbare Grundrechtswirkung eine Rolle und möglicherweise auch, dass die Anbieter sozialer Netzwerke der Öffentlichkeit Kommunikationsräume eröffnet haben.⁴² Jedoch kann dies – um die Sicherung des Raums privatautonomer Entfaltung zu gewährleisten – nicht zu einer „punktgenauen“ Einhaltung von Art. 5 GG führen.⁴³ Gegenteiliges ließe die grundrechtlich geschützten Interessen der Anbieter sozialer Netzwerke und auch ihrer anderen Nutzer unberücksichtigt.⁴⁴

IV. Was helfen würde, ist ein (rechts-)sicherer Grund für Anbieter sozialer Netzwerke

Aus dem durch das NetzDG entstandene, und durch die zivilrechtliche Rechtsprechung, die teilweise ein zu geringes Maß der Gestaltungsfreiheit der Nutzung sozialer Netzwerke annimmt, intensiviertes Spannungsfeld müssen Anbieter sozialer Netzwerke befreit werden, wenn soziale Netzwerke auch künftig ein möglichst weitreichender, freier Kommunikationsraum sein sollen, der eben auch polarisierende Äußerungen zulässt. Denn diese nehmen einen besonderen Stellenwert bei der öffentlichen Meinungsbildung ein und sind entsprechend im Fall der Verwendung von „starken und eindringlichen Ausdrücken“, sowie der Äußerung gefährlicher und beunruhigender Meinungen,⁴⁵ einem besonderen verfassungsrechtlichen Schutz unterstellt.⁴⁶ Um den Interessen der Nutzer sozialer Netzwerke, der durch Äußerungen Betroffener und der Anbieter sozialer Netzwerke gerecht zu werden, sollten Anbieter sozialer Netzwerke für einzelne Fehlentscheidungen über die Sperrung oder Nichtsperrung von Inhalten exkulpiert und die Durchsetzung des Strafrechts wieder primär in die Hände des Staates gelegt werden. Ferner sollte bei zivilrechtlichen, die Meinungsäußerungsfreiheit betreffenden Verfahren – unabhängig davon, ob es um die Sperrung oder Wiedereinstellung von Inhalten geht – eine Haftung des Anbieters sozialer Netzwerke allenfalls dann ausgelöst werden, wenn das Bestehen eines Anspruchs unschwer erkennbar ist.

1. Ein Vorschlag zur Anpassung des NetzDG, um dessen Verfassungskonformität einen Schritt näher zu kommen

Im Fall nicht offensichtlich rechtswidriger Inhalte, sollte der Anbieter sozialer Netzwerke auf die Staatsanwaltschaft bzw. eine Stelle der Strafjustiz verweisen können, an die sich der Beschwerdeführer zunächst wenden muss. So haben einige Länder zentrale Ansprechstellen für die Verfolgung von Cyber Crime eingerichtet.⁴⁷ Anders als dem Anbieter sozialer Netzwerke stünden der Stelle der Strafjustiz Ermittlungsverfahren und Beweiserhebungsmöglichkeiten, darunter auch bereits gesetzlich umfassend geregelte Auskunftersuchen gegen Hosting-Provider zur Verfügung. Sie könnte insbesondere bei den äußerungsrechtlichen Delikten zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung auffordern⁴⁸ oder das Vorliegen eines Strafantrags i. S. d. § 194 StGB prüfen. Derzeit ist der Anreiz für Nutzer groß, die Sperrung unliebsamer Inhalte im sozialen Netzwerk schnell und konfliktlos mit einigen Klicks beim Anbieter sozialer Netzwerke zu

erreichen, ohne sich mit der Meinung oder dem sich Äußernden auseinandersetzen zu müssen. Folgen hat das für sie nicht. Dies widerspricht der verfassungsrechtlichen Idee, auch ungemütliche Meinungen hinnehmen zu müssen und diesen mit bürgerschaftlichem Engagement zu begegnen und ihnen in Freiheit die Gefolgschaft zu verweigern.⁴⁹

Die Staatsanwaltschaft wäre auch gehalten, im Falle eines Anfangsverdachts Ermittlungsverfahren gegen die sich Äußernden einzuleiten.⁵⁰ Die Äußerung würde nicht schlicht „gelöscht“. Vielmehr fände eine Auseinandersetzung in der Öffentlichkeit, z. B. durch Gerichtsverfahren oder Presseberichterstattung, statt, die auch zu Konsequenzen für den sich Äußernden führen kann. Jedenfalls wäre eine Erkennbarkeitsschwelle für die angebliche Strafbarkeit von Inhalten im NetzDG einzuziehen, so dass dem Anbieter sozialer Netzwerke ein für ihn bestimmbarer, sanktionsfreier Entscheidungsraum bei der Bewertung „rechtswidriger Inhalte“ bleibt und so den Druck auf die Anbieter sozialer Netzwerke vermindert. Die Überprüfung dieser inhaltlichen Entscheidungen muss wiederum einer staatsfernen, unabhängigen Stelle zu Teil werden. Hier sinnvolle Regelungen zu schaffen, obliegt den Bundesländern, nicht dem Bund.

2. Interessengerechter Entscheidungsbereich beim Umgang mit Äußerungen

Gerade extreme Äußerungen sind Gegenstand von Sperrentscheidungen der Anbieter sozialer Netzwerke. Ob diese schon „hasserfüllte Inhalte“ bzw. „Hassrede“ darstellen oder noch zulässig i. S. d. Hausregeln sind, wird – je nach Prüfer – unterschiedlich ausfallen. Das ist nicht ungewöhnlich (vgl. allein zu den Problemen im äußerungsrechtlichen Bereich zuvor unter III. 2. b)).

Den Anbietern sozialer Netzwerke ist daher ein Entscheidungsbereich zuzugestehen, in dem sie eine Entscheidung ohne rechtliche Folgen treffen können. Sie haben „ein erhebliches – im Rahmen der AGB-Prüfung berücksichtigungsfähiges – Rationalisierungsinteresse“⁵¹, über Beanstandungen schnell und unkompliziert zu entscheiden. Anbieter sozialer Netzwerke können sich daher vor-

39 So auch LG Nürnberg-Fürth, 7. 6. 2019 – 11 O 3362/19, K&R 2019, 527 ff., nachdem zunächst die Grundsätze zutreffend dargestellt wurden.

40 *Holznel*, CR 2018, 369, Rn. 20; *Lüdemann*, MMR 2019, 279, 280 ff.; LG Bamberg, 18. 10. 2018 – 2 O 248/18, MMR 2019, 56, Rn. 5.

41 Vgl. OLG Karlsruhe, 28. 2. 2019 – 6 W 81/1, K&R 2012, 531 ff. = MMR 2020, 52; OLG München, 28. 12. 2018 – 18 W 1955/18, Rn. 21, BeckRS; LG Köln, 13. 9. 2018 – 32 O 264/18; LG Heidelberg, 28. 8. 2018 – 1 O 71/18; *Beurskens*, NJW 2018, 3418, 3420; *Holznel*, CR 2018, 369, Rn. 28–43; *Spindler*, CR 2019, 238, Rn. 12–33.

42 Vgl. *Holznel*, CR 2018, 369, Rn. 20; *Raue*, JZ 2018, 961, 964; *Schliesky* (Fn. 2), S. 142; *Spindler*, CR 2019, 238, Rn. 27; kritisch: *Lüdemann*, MMR 2019, 279, 280 zur eingeschränkten Übertragbarkeit des Fraport-Urteils des BVerfG, 22. 2. 2011 – 1 BvR 699/06.

43 *Holznel*, CR 2018, 369, Rn. 21.

44 *Beurskens*, NJW 2018, 3418, 3420; *Holznel*, CR 2018, 369, Rn. 36–38.

45 BVerfG, 4. 11. 2009 – 1 BvR 2150/08, K&R 2010, 648 = BVerfGE 124, 300, Rn. 77 – Wunsiedel.

46 Vgl. nur BVerfG, 29. 2. 2012 – 1 BvR 2883/11; BVerfG, 17. 9. 2019 – 1 BvR 2979/10, K&R 2013, 35 ff., juris Rn. 35.

47 Vgl. etwa in Nordrhein-Westfalen: <https://www.justiz.nrw.de/JM/schwerpunkte/zac/index.php>. Diese Stelle trägt auch zur Bekämpfung von Hasspostings bei.

48 *Wimmers*, AFP 2015, 202, 210.

49 BVerfG, 4. 11. 2009 – 1 BvR 2150/08, K&R 2010, 648 = BVerfGE 124, 300, Rn. 77 – Wunsiedel.

50 *Liesching* berichtet, dass offenbar zu keinem der von jugendschuRn.net gefundenen „strafbaren Inhalte“ ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren angestrengt wurde, beck-community v. 26. 5. 2017, abrufbar unter <https://community.beck.de/2017/05/26/netzdg-entwurf-basiert-auf-bewertungen-von-rechtslaen>.

51 *Holznel*, CR 2018, 369, Rn. 34.

behalten, Inhalte auch dann zu sperren, wenn ein „objektivierbarer Verdacht“⁵² gegeben ist, dass Inhalte gegen ihre Hausregeln verstoßen. Einen Entscheidungsspielraum in Hausregeln zu vereinbaren, ist nicht per se rechtswidrig.⁵³ Kann eine Entscheidung in jeweils die eine oder andere Richtung gerechtfertigt sein, ist ein individueller Anspruch gegen den Anbieter sozialer Netzwerke, der sich auf seine Hausregeln stützt, abzulehnen. Das Interesse desjenigen, dessen Inhalt gesperrt wird, ist ausreichend gewahrt. Ihm bleibt es unbenommen, seine Meinung über das soziale Netzwerk – sofern keine dis-

kriminierende Entscheidung vorliegt – oder einem anderen Kommunikationsraum im Internet zu verbreiten;⁵⁴ bestimmt wird lediglich die Kommunikationsform.⁵⁵

52 *Holznagel*, CR 2018, 369, Rn. 34.

53 *Spindler*, CR 2019, 238, Rn. 30; *Beurskens*, NJW 2018, 3418, 3420; LG Köln, 4. 5. 2005 – 9 S 17/05; A. A. OLG München, 24. 8. 2018 – 18 W 1294/18, K&R 2019, 131 ff.

54 *Beurskens*, NJW 2018, 3418, 3419; *Schliesky* (Fn. 2), S. 145; *Spindler*, CR 2019, 238, Rn. 27.

55 *Lüdemann*, MMR 2019, 279, 280 f.

Frank Hartmann, Darmstadt*

Der persönlichkeitsrechtliche Schutz vor Deepfakes

Deepfakes stellen eine technisch neue Methode zur Erstellung von Medien, unter anderem mit Personenbezug, dar. Derartige Fälschungen sind zwar kein qualitativ neues Phänomen, allerdings ermöglichen Deepfakes eine stark wachsende Verbreitung. Da sie sich zudem weitgehend von einer realen Vorlage lösen, sind sie ein Anlass, um die Ansätze des persönlichkeitsrechtlichen Instrumentariums aus KUG und Allgemeinem Persönlichkeitsrecht auf ihre Zukunftsfähigkeit hin zu überprüfen.

I. Einleitung

Das Internet zeichnet sich dadurch aus, dass es eine große Menge von Daten für viele Benutzer gleichzeitig zugänglich macht, womit es zur Demokratisierung des Wissens beitragen soll. Zuletzt hat es damit zwei Entwicklungen maßgeblich angestoßen: Im sozialen Diskurs macht es die Informationsvielfalt schwer, zwischen glaubwürdigen und nicht glaubwürdigen Quellen zu unterscheiden, was zum Phänomen der „Fake News“¹ mit unabsehbaren Auswirkungen auf die Demokratie² geführt hat. Technisch hat das Internet durch die verfügbaren Datenmengen dem Einsatz des Machine-Learning (ML-Systeme) zum Durchbruch verholfen, deren Effektivität von großen Datensätzen abhängt.

Am Schnittpunkt zwischen beiden Entwicklungen finden sich ML-Systeme, die zur Erstellung von Fälschungen genutzt werden können und damit die Fake-News-Problematik verschärfen. Diese sogenannten „Deepfakes“³ sind Gegenstand des vorliegenden Beitrags, der sich mit den persönlichkeitsrechtlichen Auswirkungen beschäftigt, wenn derartige Medien mit Personenbezug erstellt werden.

Der Beitrag behandelt Persönlichkeitsverletzungen, die von den betroffenen Personen fraglos als schwerwiegend empfunden werden können. Wenn im Folgenden die *Schutzmöglichkeiten* restriktiv ausgelegt werden, geschieht dies im Sinne einer kritischen fachlichen Darstellung und spiegelt nicht die persönliche Meinung des Autors hinsichtlich der *Schutzwürdigkeit* wieder.

II. Status quo

1. Technische Grundlagen

Bei Deepfakes handelt es sich um künstlich manipulierte oder erstellte Mediendateien, die mittels ML-Systemen

erzeugt werden. Bei letzteren handelt es sich um Software-systeme, deren Funktionalität nicht auf einem implementierten Algorithmus, sondern auf einer aufbereiteten Datenmenge basiert. Statt einzelne Verarbeitungsschritte und Verzweigungen zu entwerfen, bereitet ein Programmierer Datensätze auf, in denen eine Funktionalität implizit angelegt ist.⁴ Das ML-System leitet die Verarbeitungsschritte daraus selbstständig ab („Training“) und kann diese dann auch auf neue Daten anwenden.

Als besonders mächtig zur Realisierung von ML-Systemen hat sich in den letzten Jahren der Einsatz Künstlicher Neuronaler Netze erwiesen (KNN). Dabei werden an das menschliche Gehirn angelehnte Netze erstellt, die durch die Gewichtung der Zweigstellen quasi beliebige Funktionen abbilden können⁵. Der Begriff „Deep learning“ – auf den „Deepfakes“ zurückgeht – beschreibt eine besondere Ausprägung von KNN. Für die Medienbearbeitung sind dabei insbesondere Generative Adversarial Networks (GAN) geeignet⁶, bei denen sich zwei KNNs in Konkurrenz gegenseitig trainieren⁷.

GANs ermöglichen es, Eigenschaften eines Bildes auf ein anderes zu übertragen. Dies kann im Stil eines Gemäldes, aber auch im Aussehen einzelner dargestellter Personen bestehen. Dabei müssen Trainingsdaten nicht mehr „paired“ vorliegen. Das heißt, dass es keiner korrespondierenden Ausdrücke der auszutauschenden Personen in Quell- und Zielmaterial bedarf. Vielmehr wird das ML-System so trainiert, dass es charakteristische Merkmale der

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. VIII. Alle zitierten Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 11. 3. 2020. Der Beitrag wurde auf der DSRI Herbstakademie 2019 vorgetragen (<https://youtu.be/uTgjMhoykEI>) und in Teilen bereits im Tagungsband veröffentlicht. Der Autor dankt Sophie Fink.

1 Hierzu *Holznagel*, MMR 2018, 18.

2 Hierzu *Schliesky*, NVwZ 2019, 693; auch *Klaas*, MMR 2019, 84.

3 Der Begriff wird meist nur für Videos genutzt, soll hier aber im weitesten Sinne medieneutral verstanden werden. *Vincent* – Why we need a better definition of ‚deepfake‘, <https://www.theverge.com/2018/5/22/17380306/deepfake-definition-ai-manipulation-fake-news>.

4 *Buxmann*, in: *Buxmann/Schmidt* (Hrsg.), *Künstliche Intelligenz*, 2019, S. 8.

5 *Buxmann*, in: *Buxmann/Schmidt* (Fn. 4), S. 12 ff.; *Hartmann/Prinz*, WRP 2018, 1431.

6 *Liu/Breuel/Kautz*, *Unsupervised Image-to-Image Translation Networks*, <http://papers.nips.cc/paper/6672-unsupervised-image-to-image-translation-networks.pdf>.

7 *Goodfellow/Pouget-Abadie/Mirza u. a.*, *Generative Adversarial Nets*, <http://papers.nips.cc/paper/5423-generative-adversarial-nets.pdf>.