

Verwaltungsgericht Köln  
6. Kammer  
Appellhofplatz  
50667 Köln

**Prof. Dr. Hubertus Gersdorf**

Dienstanschrift:

Universität Leipzig  
Juristenfakultät  
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht  
sowie Medienrecht  
Burgstraße 21  
04109 Leipzig

Tel. +49 341 97-35191  
Mobil: +49 172 4367399  
Fax: +49 341 97-35199  
Email: hubertus.gersdorf@uni-leipzig.de

8. Juni 2018

**Vorbeugende Feststellungsklage gem. § 43 VwGO wegen Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)**

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

**Manuel Höferlin,**

**Jimmy Schulz,**

– Kläger –

./.

**Bundesrepublik Deutschland**, vertreten durch das Bundesamt für Justiz, dieses  
vertreten durch den Präsidenten, Adenauerallee 99-103, 53113 Bonn,

– Beklagte –

zeige ich an, dass ich die Herren Höferlin und Schulz (Kläger) vertrete. Schriftliche  
Vollmachten anbei (**Anlagen 1 und 2**).

Namens und in Vollmacht der Kläger erhebe ich

**vorbeugende Feststellungsklage**

betreffend Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG),

und beantrage,

**festzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland nicht berechtigt ist, das NetzDG gegenüber dem Anbieter des sozialen Netzwerkes Facebook durch Maßnahmen nach § 4 NetzDG zu vollziehen und dadurch eine Löschung von Inhalten des Klägers durch Facebook zu bewirken sowie**

## Gliederung

A. Relevanter Sachverhalt.....	6
B. Zulässigkeit der vorbeugenden Feststellungsklage.....	12
I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, insbesondere keine verfassungsrechtliche Streitigkeit.....	12
II. Feststellungsfähiges Rechtsverhältnis.....	15
1. Maßgeblichkeit des Rechtsverhältnisses zwischen Beklagter und Facebook.....	15
2. Konkretes feststellungsfähiges Rechtsverhältnis.....	17
3. Gegenwärtige und künftige Rechtsverhältnisse sind feststellungsfähig....	18
4. Verhältnis zwischen Facebook und dem Bundesamt für Justiz.....	19
III. Keine Subsidiarität gem. § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO.....	20
IV. Klagebefugnis gem. § 42 Abs. 2 VwGO analog.....	20
V. Vorliegen eines qualifizierten Feststellungsinteresses.....	21
C. Begründetheit der vorbeugenden Feststellungsklage.....	23
I. Formelle Verfassungswidrigkeit des NetzDG.....	23
1. Keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Telekommunikation (Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG).....	23
2. Keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Strafrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1, Art. 72 Abs. 1 GG) im Hinblick auf §§ 1 bis 3 NetzDG.....	24
3. Keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das bürgerliche Recht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1, Art. 72 Abs. 1 GG).....	25
4. Keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die öffentliche Fürsorge (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1, Art. 72 Abs. 2 GG).....	25
5. Keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11, Art. 72 Abs. 2 GG).....	26
a) Kompetenziell irrige Grundannahmen des Gesetzgebers.....	27
b) Regelungsgegenstand und grundrechtliche Bezogenheit von Kompetenzen.....	29
c) Gewährleistung der verfassungsmäßigen Ordnung durch Medien als Kompetenz der Länder.....	31

d) Gewährleistung der verfassungsmäßigen Ordnung in sozialen Netzwerken als Kompetenz der Länder .....	31
(1) Länderkompetenz in Bezug auf die Kommunikation der Nutzer sozialer Netzwerke .....	32
(2) Länderkompetenz in Bezug auf die Tätigkeit der Anbieter sozialer Netzwerke .....	34
(a) Länderkompetenz wegen der Qualifizierung sozialer Netzwerke als Träger der Grundrechte des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ....	34
(b) Länderkompetenz auch bei einer Qualifizierung sozialer Netzwerke als Träger ausschließlich der Grundrechte der Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 GG .....	36
e) Verfassungswidrigkeit des NetzDG wegen fehlender Verortung in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG .....	38
f) Keine Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung i.S.d. Art. 72 Abs. 2 GG .....	40
II. Materielle Verfassungswidrigkeit des NetzDG .....	41
1. Prüfungsmaßstab: Grundrechte der Kläger und der Anbieter sozialer Netzwerke .....	41
2. Verstoß gegen Grundrechte der Nutzer (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG) und gegen Grundrechte der Anbieter sozialer Netzwerke (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) .....	43
a) Verfassungswidrigkeit des § 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG wegen fehlender Möglichkeit der Übertragung der Prüfung eines offensichtlich rechtswidrigen Inhalts auf eine Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung .....	44
b) Verfassungswidrigkeit des § 3 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 6 NetzDG wegen unverhältnismäßiger Beschränkung der Kommunikationsgrundrechte .....	46
c) Verfassungswidrigkeit des § 3 Abs. 2 Nr. 3 Halbsatz 2 Buchstabe b NetzDG wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG) .....	50
d) Verfassungswidrigkeit des § 4 Abs. 1 Nr. 2 NetzDG wegen Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 2 GG .....	51

e) Verfassungswidrigkeit des § 4 Abs. 4 NetzDG wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Staatsfreiheit des Kommunikationsprozesses und der Medien (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG) .....	52
D. Vorlage des NetzDG durch das Verwaltungsgericht Köln an das Bundesverfassungsgericht gem. Art. 100 Abs. 1 GG.....	55

Die vorbeugende Feststellungsklage ist zulässig (B.). Sie ist überdies begründet, weil die Beklagte durch das NetzDG gegen die Grundrechte der Kläger aus Art. 5 Abs. 1 GG verstößt (C.). Das Verwaltungsgericht Köln hat gem. Art. 100 Abs. 1 GG das Verfahren auszusetzen und eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen, ob das NetzDG mit dem Grundgesetz vereinbar ist (D.). Vorweg wird der relevante Sachverhalt dargestellt (A.).

## **A. Relevanter Sachverhalt**

Die Kläger sind registrierte und aktive Nutzer des Anbieters des sozialen Netzwerkes Facebook, der mit Gewinnerzielungsabsicht eine Plattform betreibt, welche dazu bestimmt ist, dass Nutzer beliebige Inhalte mit anderen Nutzern teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich machen (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 NetzDG).

Das NetzDG ist das Ergebnis eines jahrelangen Diskussionsprozesses über die zunehmende Verbreitung von Hate Speech und weiteren Formen rechtswidriger Inhalte in sozialen Netzwerken. Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) hat bereits im Jahr 2015 eine Task Force mit den Betreibern der Netzwerke und Vertretern der Zivilgesellschaft gebildet. Die in der Task Force vertretenen Unternehmen haben zugesagt, den Umgang mit Hinweisen auf Hate Speech auf ihren Plattformen zu verbessern und für eine Löschung rechtswidriger Inhalte innerhalb von 24 Stunden zu sorgen. Die Selbstverpflichtungen der Unternehmen haben zum Teil großen, zum Teil aber auch unzureichenden Erfolg gehabt.

Vor diesem Hintergrund haben die Bundesregierung<sup>1</sup> und die Fraktionen der CDU/CSU sowie SPD<sup>2</sup> einen unter der Federführung des BMJV erarbeiteten Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG) in den Bundestag eingebracht. Der Gesetzentwurf ist als Artikelgesetz ausgestaltet, das zum einen das NetzDG (Artikel 1) und zum anderen eine Änderung des TMG (Artikel 2) enthält. Beide Artikel wurden vom Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) wesentlich geändert<sup>3</sup> und in der geänderten Fassung vom Deutschen Bundestag am 30. Juni 2017 beschlossen. Durch Änderung des TMG (Artikel 2) hat nunmehr der durch eine Persönlichkeitsrechtsverletzung Betroffene einen Auskunftsanspruch gegen den Anbieter eines sozialen Netzwerkes (§ 14 Abs. 3 TMG). Im Gegensatz zu den Gesetzentwürfen

---

<sup>1</sup> BT-Drs. 18/12727.

<sup>2</sup> BT-Drs. 18/12356.

<sup>3</sup> BT-Drs. 18/13013.

der Bundesregierung und der Fraktionen der CDU/CSU sowie SPD steht dieser Auskunftsanspruch aufgrund der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses<sup>4</sup> unter einem Vorbehalt einer vorherigen gerichtlichen Anordnung (§ 14 Abs. 4 TMG). Zudem ist der Diensteanbieter als Beteiligter zu dem Verfahren nach § 14 Abs. 4 TMG hinzuzuziehen (§ 14 Abs. 5 Satz 1 TMG). Er darf den Nutzer über die Einleitung des Verfahrens unterrichten (§ 14 Abs. 5 Satz 2 TMG). Auch diese prozeduralen Absicherungen des Diensteanbieters und des Nutzers beruhen auf der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses<sup>5</sup> und waren in den Gesetzentwürfen der Bundesregierung und der Fraktionen der CDU/CSU sowie SPD nicht vorgesehen.

Artikel 1 ist das Kernstück des Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken. Auch insoweit wurden die Gesetzentwürfe der Bundesregierung und der Fraktionen der CDU/CSU sowie SPD durch den Rechtsausschuss maßgeblich geändert. Die Änderungen beziehen sich vor allem auf die Abkehr von der in den Gesetzentwürfen vorgesehenen starren Frist von 7 Tagen für die Löschung nicht offensichtlich rechtswidriger Inhalte durch die Netzwerkbetreiber<sup>6</sup> und auf die Implementierung eines Systems regulierter Selbstregulierung<sup>7</sup> – in Orientierung an das auf Länderebene bereits existierende gesetzliche System regulierter Selbstregulierung im Bereich des Jugendmedienschutzes –.

Das NetzDG zielt auf die Verhinderung der Verbreitung von Inhalten in sozialen Netzwerken, die einen der in § 1 Abs. 3 NetzDG genannten Straftatbestände erfüllen und nicht gerechtfertigt sind. Das Gesetz gilt für Anbieter von Telemediendiensten, die mit Gewinnerzielungsabsicht Plattformen im Internet betreiben, die dazu bestimmt sind, dass Nutzer beliebige Inhalte mit anderen Nutzern austauschen, teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich machen (soziale Netzwerke, § 1 Abs. 1 Satz 1 NetzDG). Von den Pflichten nach den §§ 2 und 3 NetzDG sind Anbieter sozialer Netzwerke befreit, die weniger als zwei Millionen registrierte Nutzer haben<sup>8</sup>. Die Definition der sozialen Netzwerke erfasst sowohl den „Austausch von Inhalten mit anderen Nutzern in einer geschlossenen Netzgemeinschaft (»gated community«) als auch die Verbreitung von Inhalten in der Öffentlichkeit“<sup>9</sup>. Demgegenüber unterfallen Plattformen mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten, die vom Diensteanbieter selbst verantwortet

---

<sup>4</sup> Vgl. BT-Drs. 18/13013, S. 12.

<sup>5</sup> Vgl. BT-Drs. 18/13013, S. 12 f.

<sup>6</sup> Vgl. BT-Drs. 18/13013, S. 8.

<sup>7</sup> Vgl. BT-Drs. 18/13013, S. 9 f.

<sup>8</sup> Das Erfordernis „registrierter“ Nutzer war in den Gesetzentwürfen der Bundesregierung und der Fraktionen der CDU/CSU sowie SPD nicht vorhanden (vgl. BT-Drs. 18/12356, S. 7) und wurde erst auf Empfehlung des Rechtsausschusses (vgl. BT-Drs. 18/13013, S. 6) in das Gesetz aufgenommen.

<sup>9</sup> Begründung des Gesetzentwurfs, BT-/Drs. 18/12356, S. 10.

werden, nicht dem Gesetz (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 NetzDG). Das Gleiche gilt für Plattformen, die zur Individualkommunikation oder zur Verbreitung spezifischer Inhalte bestimmt sind (§ 1 Abs. 1 Satz 3 NetzDG).

Das NetzDG sieht eine Reihe gesetzlicher Verpflichtungen des Anbieters sozialer Netzwerke vor. Gem. § 2 Abs. 1 NetzDG sind Anbieter sozialer Netzwerke, die im Kalenderjahr mehr als 100 Beschwerden über rechtswidrige Inhalte erhalten, verpflichtet, einen deutschsprachigen Bericht über den Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte auf ihrer Plattform halbjährlich zu erstellen und im Bundesanzeiger sowie auf der eigenen Homepage zu veröffentlichen. Der Bericht muss den in § 2 Abs. 2 NetzDG genannten Mindestvoraussetzungen genügen.

Kern des NetzDG ist die gesetzliche Regelung eines wirksamen Beschwerdemanagements, das die rasche Entfernung von rechtswidrigen Inhalten in sozialen Netzwerken ermöglicht. Gem. § 3 Abs. 1 Satz 1 NetzDG muss der Anbieter eines sozialen Netzwerkes ein wirksames und transparentes Verfahren für den Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte im Sinne des § 1 Abs. 3 NetzDG vorhalten. Die Voraussetzungen hierfür sind im Einzelnen in § 3 Abs. 2 NetzDG geregelt. Das Verfahren muss insbesondere sicherstellen, dass der Anbieter einer sozialen Plattform einen offensichtlich rechtswidrigen Inhalt innerhalb von 24 Stunden nach Eingang der Beschwerde entfernt oder den Zugang zu ihm sperrt (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 Halbsatz 1 NetzDG). Eine Verpflichtung zur Anhörung des betroffenen Nutzers und zur Schaffung einer Beschwerdestelle – wie im Fall der Übertragung der Entscheidung über die Rechtswidrigkeit auf eine Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung (vgl. § 3 Abs. 6 Nr. 4 NetzDG) – sieht das Gesetz hingegen nicht vor.

Jeder (nicht offensichtlich) rechtswidrige Inhalt ist unverzüglich, in der Regel innerhalb von 7 Tagen nach Eingang der Beschwerde zu entfernen oder der Zugang zu ihm zu sperren (§ 3 Abs. 2 Nr. 3 Halbsatz 1 NetzDG). Während die Gesetzentwürfe der Bundesregierung und der Fraktionen der CDU/CSU sowie SPD eine starre Löschungspflicht von 7 Tagen vorsahen<sup>10</sup>, verlangt der auf die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses<sup>11</sup> zurückzuführende § 3 Abs. 2 Nr. 3 Halbsatz 1 NetzDG eine „unverzügliche“<sup>12</sup> Löschung, „in der Regel“ innerhalb von 7 Tagen (§ 3 Abs. 2 Nr. 3 Halbsatz 1 NetzDG). Dadurch soll den Anbietern sozialer Netzwerke „in schwierigen Fallkonstellationen mehr Zeit“ für die Prüfung gegeben werden, ob es sich um rechtswidrige, nicht

---

<sup>10</sup> Vgl. BT-Drs. 18/12356, S. 8.

<sup>11</sup> Vgl. BT-Drs. 18/13013, S. 8.

<sup>12</sup> BT-Drs. 18/13013, S. 20: „D.h. ohne schuldhaftes Zögern“.

gerechtfertigte Inhalte im Sinne des § 1 Abs. 3 NetzDG handelt<sup>13</sup>. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll damit der im Gesetzgebungsverfahren geäußerten Gefahr des sog. Overblockings begegnet werden, dass gemeldete Inhalte im Zweifel gelöscht werden, weil die für eine sorgfältige Prüfung erforderliche Zeit fehlt<sup>14</sup>. Durch Flexibilisierung der in den Gesetzentwürfen der Bundesregierung und der Fraktionen der CDU/CSU sowie SPD vorgesehenen starren Frist von 7 Tagen soll die „Gefahr eines solchen Fehlanreizes“ ausgeschlossen werden, „weil den sozialen Netzwerken ausreichend Zeit für eine notwendige rechtliche Prüfung des Inhalts zur Verfügung steht“<sup>15</sup>.

Diese Erweiterung des zeitlichen Spielraumes für die Prüfung gilt allein für nicht offensichtlich rechtswidrige Inhalte (§ 3 Abs. 2 Nr. 3 NetzDG). Eine entsprechende Flexibilisierung für offensichtlich rechtswidrige Inhalte ist hingegen nicht vorgesehen (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG). Nach der Gesetzesbegründung ist dies „nicht geboten“, da die Vorschrift des § 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG durch die Begrenzung auf offensichtlich rechtswidrige Inhalte und durch die Fristvorgabe von 24 Stunden bereits auf tatbestandlicher Ebene eine Eingrenzung aufweise. Offensichtlich rechtswidrig seien Inhalte daher nur, wenn die Rechtswidrigkeit ohne vertiefte Prüfung, d. h. von geschultem Personal in der Regel sofort, mit zumutbarem Aufwand, aber in jedem Fall binnen 24 Stunden erkannt werden kann. Verbleiben danach Zweifel in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht, liege keine offensichtliche Rechtsverletzung vor<sup>16</sup>.

Gem. § 3 Abs. 2 Nr. 3 Halbsatz 2 NetzDG kann die Frist von 7 Tagen überschritten werden, wenn zum einen die Entscheidung über die (schlichte) Rechtswidrigkeit des Inhalts von der Unwahrheit einer Tatsachenbehauptung oder erkennbar von anderen tatsächlichen Umständen abhängt (§ 3 Abs. 2 Nr. 3 Halbsatz 2 Buchstabe a Halbsatz 1 NetzDG). In diesen Fällen „kann“ dem Nutzer vor der Entscheidung Gelegenheit zur Stellungnahme zu der Beschwerde gegeben werden (§ 3 Abs. 2 Nr. 3 Halbsatz 2 Buchstabe a Halbsatz 2 NetzDG). Eine Verpflichtung zur Anhörung und zur Schaffung einer Beschwerdestelle – wie im Fall der Übertragung der Entscheidung über die Rechtswidrigkeit auf eine Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung (vgl. § 3 Abs. 6 Nr. 4 NetzDG) – sieht das Gesetz nicht vor. Zum anderen kann von der Frist von 7 Tagen abgewichen werden, wenn das soziale Netzwerk die Entscheidung über die Rechtswidrigkeit innerhalb von 7 Tagen nach Eingang der Beschwerde einer nach den Absätzen 6 bis 8 anerkannten Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung überträgt

---

<sup>13</sup> BT-Drs. 18/13013, S. 20.

<sup>14</sup> BT-Drs. 18/13013, S. 20.

<sup>15</sup> BT-Drs. 18/13013, S. 20.

<sup>16</sup> BT-Drs. 18/13013, S. 20.

und sich deren Entscheidung unterwirft (§ 3 Abs. 2 Nr. 3 Halbsatz 2 Buchstabe b NetzDG).

Die Möglichkeit der Betreiber sozialer Netzwerke, die Entscheidung über die Rechtswidrigkeit von Inhalten im Sinne des § 1 Abs. 3 NetzDG auf eine Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung zu übertragen, besteht nur bei nicht offensichtlich rechtswidrigen Inhalten, nicht aber bei offensichtlich rechtswidrigen Inhalten. Während in der Gesetzesbegründung Gründe dafür genannt werden, weshalb die Erweiterung der Prüfungsfrist in § 3 Abs. 2 Nr. 3 NetzDG für offensichtlich rechtswidrige Inhalte nicht gelten soll<sup>17</sup>, fehlt es an einer Begründung, warum das System der Regulierten Selbstregulierung auf Fälle rechtswidriger Inhalte begrenzt ist, d.h. auf offensichtlich rechtswidrige Inhalte keine Anwendung findet.

Die Voraussetzungen für die Übertragung der Entscheidung über die Rechtswidrigkeit von Inhalten im Sinne des § 1 Abs. 3 NetzDG auf eine Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung sind in § 3 Abs. 6 bis 9 NetzDG geregelt („Regulierte“ Selbstregulierung). Die materiellen Voraussetzungen der Anerkennung einer Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung legt § 3 Abs. 6 NetzDG fest, der sich ausweislich der Gesetzesbegründung an § 19 JMStV orientiert<sup>18</sup>. Voraussetzung für eine Anerkennung sind demnach die Unabhängigkeit und Sachkunde ihrer Prüfer (§ 3 Abs. 6 Nr. 1 NetzDG), die Sicherstellung einer sachgerechten Ausstattung und zügigen Prüfung innerhalb von 7 Tagen (§ 3 Abs. 6 Nr. 2 NetzDG), eine Verfahrensordnung, die den Umfang und Ablauf der Prüfung sowie Vorlagepflichten der angeschlossenen sozialen Netzwerke regelt und die Möglichkeit der Überprüfung von Entscheidungen vorsieht (§ 3 Abs. 6 Nr. 3 NetzDG), die Errichtung einer Beschwerdestelle (§ 3 Abs. 6 Nr. 4 NetzDG), und dass die Einrichtung von mehreren Anbietern sozialer Netzwerke oder Institutionen getragen ist, die eine sachgerechte Ausstattung sicherstellen (§ 3 Abs. 6 Nr. 5 Satz 1 NetzDG). Außerdem muss die Einrichtung für den Beitritt weiterer Anbieter insbesondere sozialer Netzwerke offenstehen (§ 3 Abs. 6 Nr. 5 Satz 2 NetzDG).

Ausweislich der Gesetzesbegründung sollen die Entscheidungsgremien der Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung plural besetzt werden „unter Einbeziehung der nach § 59 Absatz 2 des Rundfunkstaatsvertrages der Länder zuständigen Aufsichtsbehörden (Landesmedienanstalten)“<sup>19</sup>. Demgegenüber findet sich in den Regelungen des § 3 Abs. 6 NetzDG kein normativer Ansatzpunkt für eine Beteiligung der Landesmedienanstalten an einer Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung.

---

<sup>17</sup> BT-Drs. 18/13013, S. 20.

<sup>18</sup> BT-Drs. 18/13013, S. 21.

<sup>19</sup> BT-Drs. 18/13013, S. 21.

Die Entscheidung über die Anerkennung einer Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung trifft die in § 4 genannte Verwaltungsbehörde (§ 3 Abs. 7 NetzDG), also das Bundesamt für Justiz (vgl. § 4 Abs. 4 Satz 1 NetzDG). Die Anerkennung kann ganz oder teilweise widerrufen oder mit Nebenbestimmungen versehen werden, wenn die Voraussetzungen für die Anerkennung nachträglich entfallen sind (§ 3 Abs. 8 NetzDG).

Neben den Löschungspflichten gem. § 3 Abs. 2 NetzDG sieht das Gesetz Dokumentations- und Überwachungspflichten des Anbieters sozialer Netzwerke im Hinblick auf den Umgang mit Beschwerden vor (vgl. § 3 Abs. 3 und 4 NetzDG).

Die Verletzung der dem Anbieter eines sozialen Netzwerkes nach §§ 2 und 3 NetzDG obliegenden Verpflichtungen ist gem. § 4 NetzDG bußgeldbewehrt. Das NetzDG sieht als einzige Sanktionsmöglichkeit die Verhängung von Bußgeldern vor. Anders als im Medien- und Gewerberecht kann die Einhaltung der gesetzlichen Verpflichtungen nach dem NetzDG nicht durch Ordnungsverfügungen durchgesetzt werden. Das NetzDG begründet zwar ein hoheitliches Aufsichtssystem über die Anbieter sozialer Netzwerke. Mit Ausnahme von Bußgeldern ermöglicht es aber keine hoheitlichen Aufsichtsmaßnahmen gegenüber den Betreibern sozialer Netzwerke. Verstößt ein Betreiber sozialer Netzwerke gegen gesetzliche Verpflichtungen des NetzDG, kommt als Sanktion allein eine Ordnungsstrafe gem. § 4 NetzDG in Betracht. Die Androhung und Verhängung von Bußgeldern ist nach dem NetzDG das alleinige Sanktionsinstrument.

Die Ordnungswidrigkeitentatbestände regelt § 4 Abs. 1 NetzDG. § 4 Abs. 1 Nr. 2 NetzDG bestimmt, dass ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 3 Abs. 1 Satz 1 NetzDG ein dort genanntes Verfahren für den Umgang mit Beschwerden von Beschwerdestellen oder Nutzern, die im Inland wohnhaft sind oder ihren Sitz haben, nicht, nicht richtig oder nicht vollständig vorhält. Da § 3 Abs. 1 Satz 1 NetzDG auf § 3 Abs. 2 NetzDG Bezug nimmt („Verfahren nach Absatz 2“), ist die Verletzung der in § 3 Abs. 2 NetzDG geregelten Verfahrensanforderungen gem. § 4 Abs. 1 Nr. 2 NetzDG bußgeldbewehrt.

Die Ordnungswidrigkeit kann in den Fällen des § 4 Abs. 1 Nr. 7 und 8 NetzDG mit einer Geldbuße bis zu fünfhunderttausend Euro, in den übrigen Fällen des § 4 Abs. 1 NetzDG mit einer Geldbuße bis zu fünf Millionen Euro geahndet werden (§ 4 Abs. 2 NetzDG). Die Ordnungswidrigkeit kann auch geahndet werden, wenn sie nicht im Inland begangen wird (§ 4 Abs. 3 NetzDG). § 4 Abs. 4 Satz 1 NetzDG bestimmt als Bußgeldbehörde für die im NetzDG bezeichneten Ordnungswidrigkeiten das Bundesamt für Justiz<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> BT-Drs. 18/12356, S. 26.

§ 4 Abs. 5 NetzDG sieht vor, dass das Bundesamt für Justiz vor einer darauf gestützten Entscheidung, dass nicht entfernte oder nicht gesperrte Inhalte rechtswidrig im Sinne des § 1 Abs. 3 NetzDG sind, eine gerichtliche Entscheidung über die Rechtswidrigkeit herbeiführt. Diese auf die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zurückzuführende Regelung enthält gegenüber den Gesetzentwürfen der Bundesregierung und der Fraktionen der CDU/CSU sowie SPD zwei Änderungen. Zum einen wurde die in den Gesetzentwürfen vorgesehene Ist-Regelung („so hat“<sup>21</sup>) durch eine Soll-Bestimmung<sup>22</sup> („soll“) ersetzt. Zum anderen wurde der Begriff „Inhalt“<sup>23</sup> in „Inhalte“<sup>24</sup> geändert. Die Verwendung des Plurals in § 4 Abs. 5 Satz 1 NetzDG soll ausweislich der Gesetzesbegründung deutlicher zum Ausdruck bringen, „dass Grundlage für die Verwirklichung des Bußgeldtatbestandes in § 4 Absatz 1 Nummer 2 NetzDG nicht schon die fehlerhafte Nichtlöschung eines einzelnen Inhaltes sein kann, sondern es auf ein systemisches Versagen ankommt, welches sich erst durch beharrliche Verstöße gegen die Compliance-Vorgaben aus § 3 Absatz 1 und 2 NetzDG ergeben kann“<sup>25</sup>.

Der Antrag auf Vorabentscheidung ist dem Gericht zusammen mit der Stellungnahme des Betreibers des sozialen Netzwerkes zuzuleiten (§ 4 Abs. 5 Satz 3 NetzDG). Das Bundesamt für Justiz muss demnach zunächst dem Netzwerkbetreiber die Möglichkeit der Stellungnahme einräumen und sodann die Stellungnahme dem Antrag auf Vorabentscheidung durch Gericht beifügen<sup>26</sup>.

## **B. Zulässigkeit der vorbeugenden Feststellungsklage**

Die vorbeugende Feststellungsklage der Kläger ist zulässig.

### **I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, insbesondere keine verfassungsrechtliche Streitigkeit**

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO eröffnet. Insbesondere handelt es sich nicht deshalb um eine verfassungsrechtliche Streitigkeit, weil das hier streitige (Dritt-)Rechtsverhältnis zwischen der Beklagten und Facebook entscheidend

---

<sup>21</sup> BT-Drs. 18/12356, S. 9, ebenso S. 26: „wird die Verwaltungsbehörde verpflichtet“.

<sup>22</sup> Vgl. BT-Drs. 18/13013, S. 11, 22.

<sup>23</sup> BT-Drs. 18/12356, S. 9.

<sup>24</sup> BT-Drs. 18/13013, S. 11.

<sup>25</sup> BT-Drs. 18/13013, S. 22.

<sup>26</sup> BT-Drs. 18/12356, S. 27.

vom Verfassungsrecht geprägt ist<sup>27</sup>, d.h. die Vereinbarkeit des NetzDG mit Verfassungsrecht den „eigentlichen Kern“ des Rechtsstreits bildet<sup>28</sup>.

Nach herrschender Auffassung kommt es für das Vorliegen einer verfassungsrechtlichen Streitigkeit im Sinne des § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO auf ein formelles und ein materielles Kriterium an. Verlangt wird zum einen, dass die Streitsubjekte Verfassungsorgane sind (formelles Kriterium), und zum anderen, dass Verfassungsrecht den eigentlichen Prüfungsmaßstab darstellt (materielles Kriterium)<sup>29</sup>. Unter Zugrundelegung dieses Verständnisses des § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO läge bereits keine verfassungsrechtliche Streitigkeit vor, weil an dem hier streitigen Rechtsverhältnis nicht nur Verfassungsorgane beteiligt sind<sup>30</sup>.

Letztlich bedarf es keiner Entscheidung, ob die Lehre der sog. doppelten Verfassungsunmittelbarkeit Zustimmung verdient<sup>31</sup>. Denn in jedem Fall liegt keine verfassungsrechtliche Streitigkeit im Sinne des § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO vor, wenn eine Verfassungsbeschwerde unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität der Rechtssatzverfassungsbeschwerde unzulässig ist<sup>32</sup>.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verlangt der Grundsatz der Subsidiarität der Rechtssatzverfassungsbeschwerde, dass ein Beschwerdeführer vor Erhebung einer Verfassungsbeschwerde alle zur Verfügung stehenden und zumutbaren prozessualen Möglichkeiten ergreift, um eine Korrektur der geltend gemachten Verfassungsrechtsverletzung zu erwirken oder eine Grundrechtsverletzung zu verhindern<sup>33</sup>. Das gilt selbst dann, wenn zweifelhaft ist, ob ein entsprechender Rechtsbehelf statthaft ist und im konkreten Fall in zulässiger Weise eingelegt werden kann<sup>34</sup>. Der Subsidiaritätsgrundsatz soll vor allem sicherstellen, dass durch eine umfassende fachgerichtliche Vorprüfung der Beschwerdepunkte dem Bundesverfas-

---

<sup>27</sup> Zu diesem Erfordernis des § 40 Abs. 1 VwGO vgl. BVerwGE 24, 272 (279); 50, 124 (130); BVerwG, NJW 1985, 2344; OVG NW, DVBl 1979, 431 (431 f.).

<sup>28</sup> Vgl. hierzu *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), VwGO, 33. EL Juni 2017, § 40 Rn. 143 m.w.N.

<sup>29</sup> Zur sog. doppelten Verfassungsunmittelbarkeit vgl. *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), VwGO, 33. EL Juni 2017, § 40 Rn. 136 m.w.N.

<sup>30</sup> Vgl. OVG Lüneburg, BeckRS 107037 Rn. 35; ebenso OVG Lüneburg, BeckRS 2017, 107029 Rn. 33.

<sup>31</sup> (Zutreffend) Ablehnend *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), VwGO, 33. EL Juni 2017, § 40 Rn. 136 ff., insbesondere 142.

<sup>32</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), VwGO, 33. EL Juni 2017, § 40 Rn. 152.

<sup>33</sup> Vgl. BVerfGE 74, 102 (113); 77, 381 (401); 81, 22 (27); 114, 258 (279); 115, 81 (91 f.); 123, 148 (172); 134, 242 (285 Rn. 150); BVerfG, NVwZ 2017, 1111 (1112 Rn. 85).

<sup>34</sup> Vgl. BVerfGE 16, 1 (2 f.); 68, 376 (381); 70, 180 (185); 91, 93 (106); BVerfG, NVwZ 2017, 1111 (1112 Rn. 85).

sungsgericht ein regelmäßig in mehreren Instanzen geprüftes Tatsachenmaterial unterbreitet wird und ihm die Fallanschauung und Rechtsauffassung der Gerichte, insbesondere der obersten Bundesgerichte vermittelt wird<sup>35</sup>.

Zum vorrangigen fachgerichtlichen Rechtsschutz zählt auch die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage gem. § 43 VwGO<sup>36</sup>. In der fachgerichtlichen Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, dass die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage nach § 43 VwGO statthaft ist, wenn die Feststellung begehrt wird, dass wegen Ungültigkeit oder Unanwendbarkeit einer Rechtsnorm kein Rechtsverhältnis zu dem anderen Beteiligten begründet ist<sup>37</sup>. Auch die vorbeugende Feststellungsklage gem. § 43 VwGO<sup>38</sup> ist gegenüber der Rechtssatzverfassungsbeschwerde ein vorrangiger fachgerichtlicher Rechtsschutz<sup>39</sup>.

Die Inanspruchnahme fachgerichtlichen Rechtsschutzes ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts regelmäßig auch dann zumutbar und deshalb geboten, wenn das Gesetz keinen Auslegungs-, Ermessens- oder Beurteilungsspielraum eröffnet, der es den Fachgerichten erlaubt, die geltend gemachte Grundrechtsverletzung kraft eigener Entscheidungskompetenz abzuwenden<sup>40</sup>. Fachgerichtlicher Rechtsschutz ist insbesondere dann erforderlich, wenn die einfachgesetzliche Rechtslage<sup>41</sup>, die Sachlage<sup>42</sup> oder die individuelle Betroffenheit<sup>43</sup> aufklärungsbedürftig ist.

Anders liegt es nur, wenn von einer vorangehenden fachgerichtlichen Prüfung keine verbesserte Entscheidungsgrundlage für die vom Bundesverfassungsgericht vorzunehmende verfassungsrechtliche Bewertung zu erwarten wäre. Dies kommt aber nur dann in Betracht, wenn der Sachverhalt allein spezifisch verfassungsrechtliche Fragen aufwirft, deren Beantwortung weder von der näheren Sachverhaltsermittlung noch von der Auslegung und Anwendung von Vorschriften des einfachen Rechts durch die

---

<sup>35</sup> Vgl. BVerfGE 86, 382 (286 f.); 97, 157 (165); 104, 65 (73); BVerfG, NVwZ 1998, 1286.

<sup>36</sup> Vgl. BVerfGE 74, 69 (76); 115, 81 (95); 143, 246 (321 f. Rn. 210); BVerfG, NVwZ 1997, 673 (674); BVerfG, NVwZ 1999, 867 (868); BVerfG, NVwZ-RR 2016, 1 (2 Rn. 6); BVerfG, NVwZ 2017, 791 Rn. 15; BVerfG, NVwZ 2017, 1111 (1112 Rn. 86); zu der Art. 19 Abs. 4 GG geschuldeten Notwendigkeit fachgerichtlichen Rechtsschutzes gem. § 43 VwGO für untergesetzliche Rechtssätze vgl. BVerfGE 115, 81 (91 ff.); 143, 246 (321 f. Rn. 210).

<sup>37</sup> Vgl. BVerwG, NVwZ 2007, 1311 (1312); BVerwG, NVwZ 2017, 791 Rn. 15; OVG NRW, BeckRS 2017, 114873 Rn. 12 ff.; OVG NRW, BeckRS 2017, 123761 Rn. 6 ff.; VG Köln, BeckRS 2017, 116450 Rn. 7 ff.; *Happ*, in: Eyermann, VwGO, 14. Auflage 2014, § 43 Rn. 9a; *Pietzcker*, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), VwGO, 33. EL Juni 2017, § 43 Rn. 25; *Schenke*, in: Kopp/Schenke, VwGO, 23. Auflage 2017, § 43 Rn. 8e; *Sodan*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Auflage 2014, § 43 Rn. 58a.

<sup>38</sup> In Bezug auf den Rechtsschutz gegen Gesetze vgl. BVerwG, NVwZ 2017, 791 (791 Rn. 15).

<sup>39</sup> Vgl. BVerfG, NVwZ 2017, 1111 (1112 Rn. 86).

<sup>40</sup> Vgl. BVerfGE 72, 39 (43 f.); BVerfGE 79, 1 (20); 123, 148 (173); BVerfG, NVwZ-RR 2016, 1 (2 Rn. 10).

<sup>41</sup> Vgl. hierzu BVerfGE 104, 65 (71 ff.).

<sup>42</sup> Vgl. BVerfGE 71, 305 (336).

<sup>43</sup> Vgl. BVerfG, NVwZ 1997, 673 (674).

Fachgerichte, sondern ausschließlich von der Auslegung und Anwendung der verfassungsrechtlichen Maßstäbe abhängt<sup>44</sup>.

Im vorliegenden Verfahren stellen sich nicht lediglich spezifisch verfassungsrechtliche Fragen, für deren Beantwortung es allein auf die Auslegung und Anwendung verfassungsrechtlicher Maßstäbe ankommt. Vielmehr bedarf es in einfachgesetzlicher und tatsächlicher Hinsicht der Klärung zahlreicher Fragen. In einfachgesetzlicher Hinsicht ist etwa der Begriff „offensichtlich“ rechtswidriger Inhalte zu konturieren (vgl. § 3 Abs. 2 Nr. 2 Halbsatz 1 NetzDG)<sup>45</sup>. Im Zusammenhang mit der von den Klägern geltend gemachten Gefahr des sog. Overblockings stellt sich zudem die Frage, ob von dem NetzDG eine solche Gefahr ausgeht und ob der Gesetzgeber die zur Eindämmung der Gefahr erforderlichen Schutzmaßnahmen getroffen hat. Auch insoweit ist das NetzDG in einfachgesetzlicher Hinsicht klärungsbedürftig<sup>46</sup>. Weiter ist zu eruieren, ob die Bußgeldtatbestände des § 4 NetzDG hinreichend bestimmt sind. Auch das ist im Wege der Auslegung des NetzDG zu ermitteln<sup>47</sup>. Schließlich ist darüber zu befinden, ob das NetzDG dem Bundesamt für Justiz als Bußgeldbehörde (§ 4 Abs. 4 Satz 1 NetzDG) inhaltsbezogene Optionsspielräume eröffnet, die sub specie des Prinzips der Staatsfreiheit der Medien unzulässig sind. Auch dies erfordert eine nähere Befassung mit den einfachgesetzlichen Regelungen des NetzDG<sup>48</sup>.

Das NetzDG wirft mithin in einfachgesetzlicher und tatsächlicher Hinsicht Fragen auf, die der fachgerichtlichen Klärung bedürfen. Daher stünde der Erhebung einer Verfassungsbeschwerde der Grundsatz der Subsidiarität entgegen. Dementsprechend liegt keine verfassungsrechtliche Streitigkeit im Sinne des § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO vor.

## **II. Feststellungsfähiges Rechtsverhältnis**

### **1. Maßgeblichkeit des Rechtsverhältnisses zwischen Beklagter und Facebook**

Das nach § 43 Abs. 1 VwGO erforderliche feststellungsfähige Rechtsverhältnis bezieht sich (wohl) auf das Verhältnis zwischen der Beklagten und Facebook. Nach ständiger Rechtsprechung muss das festzustellende Rechtsverhältnis nicht zwischen Kläger

---

<sup>44</sup> Vgl. BVerfGE 68, 319 (326 f.); 75, 108 (145); 87, 181 (195 f.); 123, 148 (173); BVerfG, NVwZ 2015, 582 (583 Rn. 23); BVerfG, NVwZ-RR 2016, 1 (2 Rn. 11); *Bender*, AöR Bd. 112 (1987), 169 (181); *Sachs*, Jura 1986, 598 (601); a.A. *Gersdorf*, Jura 1994, 398 (408).

<sup>45</sup> Vgl. hierzu unten sub C. II. 2. a), S. 44.

<sup>46</sup> Vgl. hierzu unten sub C. II. 2. b), S. 46 ff.

<sup>47</sup> Vgl. hierzu unten sub C. II. 2. d), S. 51 ff.

<sup>48</sup> Vgl. hierzu unten sub C. II. 2. e), S. 52 ff.

und Beklagtem, sondern kann auch zwischen dem Beklagten und einem Dritten bestehen<sup>49</sup>. Wird ein zwischen dem Beklagten und einem Dritten bestehendes Rechtsverhältnis zum Gegenstand der Feststellungsklage gemacht, muss allerdings das berechnete Interesse in der Person des Klägers gegeben sein<sup>50</sup>. Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass in entsprechenden Dreieckskonstellationen mit Blick auf das Erfordernis der Geltendmachung einer eigenen Rechtsverletzung stets auf das Verhältnis zwischen Kläger und Beklagtem abzustellen ist<sup>51</sup>. Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, dass sie zwischen dem zu bestimmenden maßgeblichen Rechtsverhältnis und dem Erfordernis einer subjektiv-rechtlichen Betroffenheit nicht hinreichend unterscheidet. Auch dann, wenn man auf das Drittrechtsverhältnis abstellt, muss der Kläger die Verletzung eigener Rechte geltend machen können. Ob das Verhältnis zwischen Kläger und Beklagtem oder aber das Drittrechtsverhältnis das feststellungsfähige Rechtsverhältnis im Sinne des § 43 Abs. 1 VwGO bildet, richtet sich nach dem Klagebegehren des Klägers (vgl. § 88 VwGO). Wendet sich die streitige Maßnahme des Beklagten – wenngleich nur mittelbar – auch oder gerade gegen den Kläger, dürfte das Verhältnis zwischen Kläger und Beklagtem entscheidend sein. Dementsprechend hat das Bundesverwaltungsgericht im Fall einer Klage der Osho-Bewegung auf Feststellung der Unzulässigkeit staatlicher Förderung eines privaten Vereins zur Bekämpfung sog. Jugendreligionen festgestellt, dass Gegenstand des Rechtsstreits nicht das Rechtsverhältnis zwischen dem Bund und dem geförderten Verein, sondern das zwischen dem Kläger und dem Bund sei<sup>52</sup>. Demgegenüber dürfte das Drittrechtsverhältnis dann maßgeblich sein, wenn es dem Kläger im Wesentlichen um die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Rechtsverhältnisses zwischen Beklagtem und Drittem geht, weil sich allein hieraus die Verletzung eigener Rechte ableiten lässt<sup>53</sup>.

Demnach ist hier (wohl) auf das Rechtsverhältnis zwischen der Beklagten und Facebook abzustellen. Dies folgt nicht bereits daraus, dass das NetzDG nur für die Anbieter sozialer Netzwerke gilt, die Adressaten der Verpflichtungen des Gesetzes sind (§ 1 Abs. 1 Satz 1 NetzDG). Denn faktisch wirkt das NetzDG auch gegenüber Nutzern sozialer Netzwerke, weil deren Inhalte, sofern sie gegen die in § 1 Abs. 3 NetzDG geregelten strafrechtlichen Tatbestände verstoßen und nicht gerechtfertigt sind, den Lö-

---

<sup>49</sup> BVerwG, NVwZ 1985, 112 (113); VGH München, BayVBl. 2006, 47 (48); BVerwG, BeckRS 2016, 111360 Rn. 13.

<sup>50</sup> Vgl. nur BVerwGE 50, 60 (62); OVG Berlin, NJW 1978, 1644; OVG Berlin, NVwZ 1991, 798.

<sup>51</sup> In diesem Sinne etwa *Pietzcker*, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), VwGO, 33. EL Juni 2017, § 43 Rn. 22 f.

<sup>52</sup> BVerwGE 90, 112 (114).

<sup>53</sup> Vgl. in Bezug auf eine Konkurrentenklage gegen einen öffentlich-rechtlichen Subventionsvertrag OVG NRW, NVwZ 1984, 522: „Dem steht jedoch entgegen, daß das Klageziel des Konkurrenten nicht - jedenfalls nicht allein - die Feststellung ist, in eigenen Rechten verletzt zu sein. Ihm geht es vielmehr darum, der Subventionierung des Dritten die Grundlage zu entziehen.“

schungspflichten des § 3 Abs. 2 NetzDG unterliegen. Die den Anbietern sozialer Netzwerke gem. § 3 Abs. 2 NetzDG obliegenden und gem. § 4 NetzDG bußgeldbewehrten Löschungspflichten bewirken einen (mittelbaren) Eingriff in die Kommunikationsgrundrechte der Nutzer aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG<sup>54</sup>. Gleichwohl dürfte das Drittverhältnis das feststellungsfähige Rechtsverhältnis im Sinne des § 43 Abs. 1 VwGO sein. Denn die Kläger stützen die geltend gemachte Verletzung ihrer Rechte (neben der Verletzung der grundgesetzlichen Kompetenzordnung) im Wesentlichen darauf, dass die bußgeldbewehrten Löschungspflichten (vgl. §§ 3 und 4 NetzDG) in die Rechte der Anbieter eines sozialen Netzwerkes unverhältnismäßig eingreifen und sie deshalb vor allem mit Blick auf die Bußgeldandrohung im Zweifel Inhalte ihrer Nutzer löschen. Aus der Gefahr eines solchen Overblockings leiten die Kläger die Verfassungswidrigkeit des NetzDG ab. Ihnen geht es darum festzustellen, dass der Bund das NetzDG durch Maßnahmen nach § 4 NetzDG gegenüber Facebook nicht vollziehen darf, um dadurch eine Verletzung ihrer Rechte aus Art. 5 Abs. 1 GG zu verhindern.

## 2. Konkretes feststellungsfähiges Rechtsverhältnis

Zwischen der Beklagten als Rechtsträgerin des Bundesamts für Justiz und Facebook besteht ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis im Sinne des § 43 Abs. 1 VwGO. Als feststellungsfähiges Rechtsverhältnis im Sinne des § 43 Abs. 1 VwGO werden die rechtlichen Beziehungen angesehen, die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer diesen Sachverhalt betreffenden öffentlich-rechtlichen Norm für das Verhältnis mehrerer Personen untereinander oder einer Person zu einer Sache ergeben. Zwischen den Beteiligten des Rechtsverhältnisses muss zudem ein Meinungsstreit bestehen, aus dem heraus sich eine Seite berührt, ein bestimmtes Tun oder Unterlassen der anderen Seite verlangen zu können<sup>55</sup>.

Es müssen sich also aus dieser Rechtsbeziehung heraus bestimmte Rechtsfolgen ergeben können, was wiederum die Anwendung von bestimmten Normen auf den konkreten Sachverhalt voraussetzt. Daran fehlt es, wenn nur abstrakte Rechtsfragen wie die Gültigkeit einer Norm zur Entscheidung gestellt werden. Auch bloße Vorfragen oder unselbständige Elemente eines Rechtsverhältnisses können nicht Gegenstand einer Feststellungsklage sein. Anders liegt es dagegen, wenn die Anwendung einer Rechtsnorm auf einen bestimmten, in der Wirklichkeit gegebenen Sachverhalt streitig

<sup>54</sup> Gersdorf, MMR 2017, 439 (446); Müller-Franken, AfP 2018, 1 (10).

<sup>55</sup> Vgl. BVerwG, Buchholz 310 § 43 Nr. 31; BVerwGE 89, 327 (329); 129, 199 (204 Rn. 21); 136, 54 (59 Rn. 28 f.); BVerwG, NVwZ 2007, 1311 (1313); OVG NRW, BeckRS 2017, 114873 Rn. 12; OVG NRW, BeckRS 2017, 123761 Rn. 6; VG Köln, BeckRS 2017, 116450 Rn. 7; Möstl, in: Posser/Wolff (Hrsg.), BeckOK VwGO, 44. Edition Stand: 01.01.2018, § 43 Rn. 1; Pietzcker, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), VwGO, 33. EL Juni 2017, § 43 Rn. 5.

ist, sodass die Rechtmäßigkeit der Norm als – wenn auch streitentscheidende – Vorfrage aufgeworfen wird<sup>56</sup>.

Nach Maßgabe dieser Grundsätze besteht vorliegend ein hinreichend konkretes feststellungsfähiges Rechtsverhältnis zwischen der Beklagten als Rechtsträgerin des Bundesamts für Justiz und Facebook. Die Kläger haben dem Gericht mit dem Antrag auf vorbeugende Feststellung einen hinreichend konkreten Sachverhalt zur Beurteilung unterbreitet. Die Kläger begehren nicht die abstrakte Klärung der Vereinbarkeit des NetzDG mit dem Grundgesetz. Vielmehr bezieht sich die begehrte Feststellung auf die Bindung von Facebook an die bußgeldbewehrten (§ 4 NetzDG) Löschungspflichten gem. § 3 NetzDG, durch die die Kläger in ihren Grundrechten betroffen sind.

Das Gleiche gilt, wenn man – entgegen der hier vertretenen Meinung – das Verhältnis zwischen Klägern und Beklagter als relevantes feststellungsfähiges Rechtsverhältnis im Sinne des § 43 Abs. 1 VwGO ausmache. In diesem Fall bezöge sich die begehrte Feststellung auf die durch das NetzDG bewirkte grundrechtliche Betroffenheit der Kläger. Die Kläger sind zwar nicht unmittelbarer Regelungsadressat des NetzDG. Das NetzDG wendet sich aber letztlich gegen ein bestimmtes Kommunikationsverhalten der Nutzer, indem es den Anbietern sozialer Netzwerke die Löschung rechtswidriger Inhalte im Sinne des § 1 Abs. 3 NetzDG auferlegt. Das NetzDG begründet demnach nicht nur ein konkretes Rechtsverhältnis zwischen der Beklagten und den Betreibern sozialer Netzwerke, sondern auch im Verhältnis zu den Nutzern sozialer Netzwerke wie den Klägern.

### **3. Gegenwärtige und künftige Rechtsverhältnisse sind feststellungsfähig**

Das NetzDG gestaltet die Rechtsbeziehung zwischen der Beklagten als Rechtsträgerin des Bundesamts für Justiz und Facebook aus und ist damit ein gegenwärtiges Rechtsverhältnis im Sinne des § 43 Abs. 1 VwGO.

Ebenso wäre § 43 Abs. 1 VwGO entsprochen, wenn man – entgegen der hier vertretenen Meinung – auf das Verhältnis zwischen Klägern und Beklagter als relevantes feststellungsfähiges Rechtsverhältnis im Sinne des § 43 Abs. 1 VwGO abstellte. Da nicht nur gegenwärtige, sondern auch zukünftige Rechtsverhältnisse feststellungsfähig im Sinne des § 43 Abs. 1 VwGO sind, ist letztlich unerheblich, ob Gegenstand einer

---

<sup>56</sup> Vgl. BVerwGE 111, 276 (278); 129, 199 (204 Rn. 20); 136, 54 (57 Rn. 25); BVerwG, NVwZ 2007, 1311 (1313); Nds. OVG, Beschluss vom 26.05.2008 – 13 ME 77/08 - Juris Rn. 3; OVG NRW, NVwZ-RR 2016, 868 (868); OVG NRW, BeckRS 2017, 114873 Rn. 13; OVG NRW, BeckRS 2017, 123761 Rn. 7; VG Köln, BeckRS 2017, 116450 Rn. 8.

vorbeugenden Feststellungsklage ein gegenwärtiges<sup>57</sup> oder künftiges<sup>58</sup> Rechtsverhältnis ist<sup>59</sup>. In jedem Fall kann die Abwendung künftiger Rechtseingriffe im Wege der vorbeugenden Feststellungsklage begehrt werden<sup>60</sup>. Entscheidend ist allein das Vorliegen eines qualifizierten Feststellungsinteresses<sup>61</sup>. Dementsprechend könnten die Kläger gegen eine künftige Löschung ihrer Inhalte, die Facebook auf der Grundlage des NetzDG vornimmt, im Wege einer vorbeugenden Feststellungsklage vorgehen.

#### 4. Verhältnis zwischen Facebook und dem Bundesamt für Justiz

Steht mit der Frage nach dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses in diesem Sinne auch die Frage nach der Gültigkeit einer Rechtsnorm im Raum, aus der die streitigen Rechte oder Pflichten unmittelbar folgen, eröffnet sich ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis dabei grundsätzlich nicht zwischen dem Normgeber und dem Normadressaten, sondern zwischen dem Normadressaten und dem Rechtsträger der Vollzugsbehörde, die als Normanwender die im Streit stehende Rechtsnorm durchzusetzen oder ihre Befolgung zu überwachen hat. Hierfür ist ungeachtet des Umstandes, dass eine Norm „self-executing“ ist, d.h. dass sich aus ihr unmittelbar Rechte und Pflichten ergeben, hinreichend, dass für die Vollzugsbehörde die Möglichkeit besteht, die Rechtsnorm gegenüber dem Normadressaten zu konkretisieren oder zu individualisieren und Anordnungen für den Einzelfall aufgrund gesetzlicher Befugnisse zu treffen. Ein auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses gerichteter Rechtsbehelf des Normadressaten unmittelbar gegenüber dem Normgeber kommt allenfalls dann in Betracht, wenn die Rechtsnorm unmittelbar Rechte und Pflichten des Normadressaten begründet, ohne dass eine Konkretisierung oder Individualisierung durch Verwaltungsvollzug vorgesehen oder möglich ist<sup>62</sup>.

Die Pflicht der Anbieter eines sozialen Netzwerkes zur Löschung von rechtswidrigen Inhalten im Sinne des § 1 Abs. 3 NetzDG ergibt sich zwar unmittelbar aus § 3 Abs. 2 NetzDG und bedarf insoweit keines weiteren Vollzugsaktes, um eine grundrechtliche

---

<sup>57</sup> Vgl. *Sodan*, in: *Sodan/Ziekow*, VwGO, 4. Auflage 2014, § 43 Rn. 20 ff., 104 ff.: Streit um die Ausübung einer bereits gegenwärtig bestehenden Eingriffsbefugnis.

<sup>58</sup> *Wolff*, in: *Decker/Wolff*, Studienkommentar VwGO/VwVfG, 3. Auflage 2012, VwGO, § 43 Rn. 20: Streit um eine künftig abzuwehrende Handlung.

<sup>59</sup> Vgl. *Möstl*, in: *Posser/Wolff* (Hrsg.), BeckOK VwGO, 44. Edition Stand: 01.01.2018, § 43 Rn. 8.

<sup>60</sup> Vgl. BVerwGE 51, 69 (74); *Möstl*, in: *Posser/Wolff* (Hrsg.), BeckOK VwGO, 44. Edition Stand: 01.01.2018, § 43 Rn. 8, 26 f.; *Pietzcker*, in: *Schoch/Schneider/Bier* (Hrsg.), VwGO, 33. EL Juni 2017, § 43 Rn. 21.

<sup>61</sup> Vgl. hierzu sogleich.

<sup>62</sup> Vgl. BVerwGE 129, 199 (204 Rn. 21 ff.); 136, 54 (59 f. Rn. 28 f.); BVerwG, NVwZ 2007, 1311 (1313); OVG NRW, BeckRS 2017, 114873 Rn. 14; OVG NRW, BeckRS 2017, 123761 Rn. 8; OVG Lüneburg, BeckRS 2017, 107029 Rn. 33; OVG Lüneburg, BeckRS 107037 Rn. 35; VG Köln, BeckRS 2017, 116450 Rn. 9; *Pietzcker*, in: *Schoch/Schneider/Bier* (Hrsg.), VwGO, 33. EL Juni 2017, § 43 Rn. 25 ff.

Betroffenheit von Facebook zu entfalten. Allerdings ist dem Bundesamt für Justiz namentlich im Rahmen von Bußgeldverfahren (§ 4 NetzDG) die Befugnis eingeräumt, die Voraussetzungen der Löschungspflichten im Sinne des § 3 Abs. 2 NetzDG zu konkretisieren. Dementsprechend besteht zwischen Facebook und dem Bundesamt für Justiz das feststellungsfähige Rechtsverhältnis im Sinne des § 43 Abs. 1 VwGO.

### **III. Keine Subsidiarität gem. § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO**

Der vorbeugenden allgemeinen Feststellungsklage steht § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO nicht entgegen. Nach der Rechtsprechung ist die allgemeine Feststellungsklage gegenüber einer gegen einen Hoheitsträger gerichteten Leistungsklage bzw. (vorbeugenden) Unterlassungsklage nicht subsidiär<sup>63</sup>. Denn zum einen kann damit gerechnet werden, dass sich Behörden rechtstreu verhalten und sich auch ohne vollstreckbaren Leistungstitel an das Feststellungsurteil halten, sodass der Rückgriff auf die grundsätzlich rechtsschutzintensivere Leistungsklage entbehrlich ist. Zum anderen besteht bei der allgemeinen Leistungsklage nicht die Gefahr einer Umgehung der besonderen Sachurteilsvoraussetzungen der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage. § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO ist nach der Rechtsprechung entsprechend teleologisch zu reduzieren<sup>64</sup>.

Demnach steht der allgemeinen Feststellungsklage nicht entgegen, dass die Kläger ihr Klageziel auch durch (vorbeugende) Unterlassungsklage vor dem Verwaltungsgericht verfolgen könnten. Ob die Subsidiaritätsklausel des § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO auch im Verhältnis zu einer möglichen zivilgerichtlichen vorbeugenden Unterlassungsklage der Kläger gegen Facebook gilt, kann hier dahinstehen. Denn in jedem Fall drohte auch insoweit keine Umgehung der für die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage geltenden besonderen Sachurteilsvoraussetzungen, sodass auch dann § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO keine Anwendung fände.

### **IV. Klagebefugnis gem. § 42 Abs. 2 VwGO analog**

Es besteht auch die notwendige Klagebefugnis der Kläger. Über das in § 43 Abs. 1 VwGO geforderte berechtigte Interesse an der begehrten Feststellung hinaus ist nach ständiger Rechtsprechung § 42 Abs. 2 VwGO entsprechend anzuwenden<sup>65</sup>. Dies gilt insbesondere, wenn der Kläger – wie hier – die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines

---

<sup>63</sup> BVerwGE 36, 179 (181 f.); 114, 61 (63); vgl. hierzu *Happ*, in: Eyer mann, VwGO, 14. Auflage 2014, § 43 Rn. 43; a.A. *Schenke*, in: Kopp/Schenke, VwGO, 23. Auflage 2017, § 43 Rn. 28.

<sup>64</sup> So zutreffend zur dogmatischen Einordnung der Rechtsprechung *Möstl*, in Posser/Wolff (Hrsg.), BeckOK VwGO, 44. Edition Stand: 01.01.2018, § 43 Rn. 15.

<sup>65</sup> Vgl. BVerwGE 74, 1 (4); 100, 262 (264); BVerwG, NVwZ 2009, 1305 (1306 Rn. 24); BVerwG, NVwZ-RR 2016, 344 (344 Rn. 17).

Drittrechtsverhältnisses begehrt. In den Fällen von Drittrechtsverhältnissen steht unstrittig fest, dass zumindest das Feststellungsinteresse des Klägers gerade gegenüber dem Beklagten bestehen muss<sup>66</sup>. Eine Feststellungsklage ist damit nur zulässig, wenn der Kläger geltend machen kann, in seinen Rechten verletzt zu sein, entweder, weil er an dem feststellenden Rechtsverhältnis selbst beteiligt ist, oder, weil von dem Rechtsverhältnis eigene Rechte abhängen<sup>67</sup>.

Das ist hier der Fall: Zwar gilt das NetzDG nur für Anbieter sozialer Netzwerke, die Adressaten der Verpflichtungen des Gesetzes sind (§ 1 Abs. 1 Satz 1 NetzDG). Gleichwohl wirkt das NetzDG auch gegen Nutzer sozialer Netzwerke, weil deren Inhalte, sofern sie gegen die in § 1 Abs. 3 NetzDG geregelten strafrechtlichen Tatbestände verstoßen und nicht gerechtfertigt sind, den Löschungspflichten des § 3 Abs. 2 NetzDG unterliegen. Die den Anbietern sozialer Netzwerke gem. § 3 Abs. 2 NetzDG obliegenden und gem. § 4 NetzDG bußgeldbewehrten Löschungspflichten bewirken einen (mittelbaren) Eingriff in die Kommunikationsgrundrechte der Nutzer aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG<sup>68</sup>. Die Kläger rügen, dass die bußgeldbewehrten Löschungspflichten (vgl. §§ 3 und 4 NetzDG) in die Rechte der Anbieter eines sozialen Netzwerkes unverhältnismäßig eingreifen und sie deshalb vor allem mit Blick auf die Bußgeldandrohung im Zweifel Inhalte ihrer Nutzer löschen. Eine solche Gefahr ist zumindest möglich. Die Kläger können mithin eine Verletzung eigener Rechte im Sinne des § 42 Abs. 2 VwGO analog geltend machen.

## V. Vorliegen eines qualifizierten Feststellungsinteresses

Schließlich haben die Kläger auch ein qualifiziertes Rechtsschutzinteresse.

Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz ist vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Gewaltenteilung und des im Ausgangspunkt reaktiv konzipierten Gebots effektiven Rechtsschutzes in Art. 19 Abs. 4 GG grundsätzlich nicht vorbeugend ausgestaltet<sup>69</sup>. Ein Abweichen von dieser Grundentscheidung kommt nur in Betracht, wenn der nachträgliche Rechtsschutz mit unzumutbaren Nachteilen für den Betroffenen verbunden wäre. Deshalb ist für eine vorbeugende Feststellungsklage ein qualifiziertes, gerade auf die Inanspruchnahme vorbeugenden vorläufigen Rechtsschutzes gerichtetes Rechtsschutzinteresse notwendig<sup>70</sup>. Dieses ist grundsätzlich zu

---

<sup>66</sup> BVerwG, NJW 1997, 3257; BVerwGE 117, 93 (116 f.); *Möstl*, in Posser/Wolff (Hrsg.), BeckOK VwGO, 44. Edition Stand: 01.01.2018, § 43 Rn. 9.

<sup>67</sup> BVerwG, NVwZ 2009, 1305 (1306 Rn. 24).

<sup>68</sup> *Gersdorf*, MMR 2017, 439 (446); *Müller-Franken*, AfP 2018, 1 (10).

<sup>69</sup> OVG NRW, BeckRS 2017, 114873 Rn. 17; OVG NRW, BeckRS 2017, 123761 Rn. 9.

<sup>70</sup> OVG NRW, BeckRS 2017, 114873 Rn. 17; OVG NRW, BeckRS 2017, 123761 Rn. 9.

verneinen, solange der Antragsteller in zumutbarer Weise auf den von der Verwaltungsgerichtsordnung im Regelfall als angemessen und ausreichend angesehenen nachträglichen Rechtsschutz verwiesen werden kann. Es ist in der Regel zumutbar, die Verwaltungsmaßnahme abzuwarten und anschließend Rechtsmittel gegen die Verwaltungsmaßnahme einzulegen sowie – falls erforderlich – vorläufigen Rechtsschutz nach §§ 80, 80a VwGO in Anspruch zu nehmen. Ein qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis ist hingegen zu bejahen, wenn ohne die Inanspruchnahme vorbeugenden Rechtsschutzes die Gefahr bestünde, dass vollendete, nicht mehr rückgängig zu machende Tatsachen geschaffen würden oder dass ein nicht mehr wiedergutmachender Schaden entstünde<sup>71</sup>.

Letzteres ist insbesondere dann der Fall, wenn dem Betroffenen bußgeldrechtliche oder strafrechtliche Sanktionen drohen, die an die streitigen verwaltungsrechtlichen Zweifelsfragen anknüpfen. Dem Betroffenen ist es nämlich nicht zumutbar, das Risiko eines derart sanktionsbewehrten Pflichtenverstößes einzugehen und den Rechtsstreit über dessen Vorliegen erst im Nachhinein „von der Anklagebank herab“ führen zu müssen<sup>72</sup>.

Nach diesen Grundsätzen ist es den Klägern nicht zumutbar, rechtswidrige Inhalte im Sinne des § 1 Abs. 3 NetzDG zu verbreiten und deren Löschung durch Facebook abzuwarten, um dann hiergegen zivil- oder verwaltungsgerichtlich vorzugehen. Denn die dem Anbieter eines sozialen Netzwerkes gem. § 3 NetzDG obliegenden (Löschungs-)Pflichten beziehen sich ausschließlich auf rechtswidrige Inhalte im Sinne des § 1 Abs. 3 NetzDG, die den Tatbestand von schweren Straftaten erfüllen. Die Kläger unter diesen Umständen auf die Inanspruchnahme nachträglichen zivil- bzw. verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes gegen die Löschung möglicherweise strafbarer rechtswidriger Inhalte zu verweisen, setzte sie dem Risiko strafrechtlicher Sanktionen aus.

---

<sup>71</sup> Vgl. OVG NRW, NVwZ 2014, 92 (92); OVG NRW, BeckRS 2017, 114873 Rn. 17; OVG NRW, BeckRS 2017, 123761 Rn. 9; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 02.12.2009 – 11 S. 81.08 – Juris Rn. 42.

<sup>72</sup> Zu dieser sog. „Damokles-Rechtsprechung“ vgl. BVerwGE 39, 247 (248 f.); BVerwG, Buchholz 310 § 43 VwGO Nr. 31 S. 2 f.; BVerwG; NVwZ-RR 2016, 907 (908); BVerwG, NVwZ-RR 2016, 907 (908 Rn. 20); OVG NRW, NVwZ-RR 1997, 264 (264); OVG NRW, Beschluss vom 26.10.2010 – 13 A 929/10 – Juris Rn. 13 f.; OVG NRW, BeckRS 2017, 123761 Rn.10; *Glaser*, in: Gärditz, Verwaltungsgerichtsordnung, 2013, § 43 Rn. 80; *Happ*, in: Eyermann, VwGO, 14. Auflage 2014, § 43 Rn. 33; *Sodan*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Auflage 2014, § 43 Rn. 86; ausführlich *Schenkel/Roth*, Die verwaltungsgerichtliche Feststellung strafbewehrter verwaltungsrechtlicher Pflichten, Wirtschaft und Verwaltung 1997, 81 (137 ff.); Entsprechendes gilt für den Grundsatz der Subsidiarität der Rechtssatzverfassungsbeschwerde. Der Grundsatz der Subsidiarität verlangt nicht, dass der Betroffene vor Erhebung einer Verfassungsbeschwerde gegen eine straf- oder bußgeldbewehrte Rechtsnorm verstößt und sich dem Risiko einer entsprechenden Ahndung aussetzt, um dann im Straf- oder Bußgeldverfahren die Verfassungswidrigkeit der Norm zu rügen; vgl. nur BVerfGE 81, 70 (82 f.); 97, 157 (165); 138, 261 (272 Rn. 23); BVerfG, NVwZ-RR 2016, 1 (3 Rn. 14); BVerfG, NVwZ 2017, 1111 (1112 Rn. 85).

Ein solcher Verweis auf die Inanspruchnahme nachträglichen Rechtsschutzes wäre mit unzumutbaren Nachteilen für die Kläger verbunden<sup>73</sup>.

### **C. Begründetheit der vorbeugenden Feststellungsklage**

Die zulässige vorbeugende Feststellungsklage ist auch begründet. Das NetzDG ist formell (I.) sowie materiell verfassungswidrig und verletzt Grundrechte der Kläger (II.)

#### **I. Formelle Verfassungswidrigkeit des NetzDG**

Grundrechtlich geschützte Interessen können nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts prinzipiell nur durch Normen eingeschränkt werden, die formell und materiell mit der Verfassung übereinstimmen<sup>74</sup>. Daher kann jeder, der durch eine Norm in seinen Grundrechten beeinträchtigt wird, auch rügen, dass die Bestimmungen des Grundgesetzes über die Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten und das Verfahren nicht eingehalten worden sind<sup>75</sup>.

Das vom Bund erlassene NetzDG ist formell verfassungswidrig, weil dem Bund hierfür eine Gesetzgebungskompetenz fehlt. Dies entspricht der nahezu einhelligen Auffassung des Schrifttums<sup>76</sup>. Die Gesetzgebungskompetenz für die Einhaltung der Rechtsordnung in sozialen Netzwerken liegt gem. Art. 70 Abs. 1 GG bei den Ländern. Im Einzelnen:

##### **1. Keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Telekommunikation (Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG)**

Auf Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG kann sich der Bund nicht berufen. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes gem. Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG bezieht sich auf technische Fragen der Telekommunikation, insbesondere die der Standardisierung und Normierung.

<sup>73</sup> Ebenso in Bezug auf die gem. § 149 Abs. 1 Nr. 36 TKG bußgeldbewehrte vorsätzliche oder fahrlässige Nichterfüllung der (Vorratsdaten-)Speicherpflicht aus § 113b Abs. 1 und 3 TKG OVG NRW, BeckRS 2017, 114873 Rn. 18.

<sup>74</sup> Grundlegend BVerfGE 6, 32 (37 ff.); ebenso BVerfGE 96, 10 (21); 121, 317 (369); 130, 131 (142); vgl. auch OVG NRW, BeckRS 2017, 114873 Rn. 56.

<sup>75</sup> Grundlegend BVerfGE 6, 32 (41); ebenso BVerfGE 72, 175 (187 ff.); 95, 193 (214); vgl. auch OVG NRW, BeckRS 2017, 114873 Rn. 57.

<sup>76</sup> *Feldmann*, K&R 2017, 292 (294 f.); *Gersdorf*, MMR 2017, 439 (440 ff.); *Hain/Ferreaul/Brings-Wiesen*, K&R 2017, 433 (434 f.); *Heckmann/Wimmers*, CR 2017, 310 (311); *Ladeur/Gostomzyk*, K&R 2017, 390 (390 f.); *Müller-Franken*, AfP 2018, 1 (3 ff.); *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, 93 (97); *Kalscheuer/Hornung*, NVwZ 2017, 1721 (1724 f.); *Heidrich/Scheuch*, in: Taeger, Recht 4.0 – Innovation aus den rechtswissenschaftlichen Laboren, 2017, S. 305 (314); *Koreng*, GRUR-Prax 2017, 203 (205); *Nolte*, ZUM 2017, 552 (561); siehe auch *Liesching*, in: Spindler/Schmitz/Liesching, TMG mit NetzDG, 2. Auflage 2018, NetzDG, § 1 Rn. 12; *Spindler*, K&R 2017, 533 (544); a.A. *Schwartzmann*, Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages zum Entwurf des Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (BT-Drs. 18/12356), 19.06.2017, S. 8; siehe auch *Peifer*, AfP 2018, 14 (21 f.).

Von der Vorschrift nicht umfasst sind Regelungen, die die übermittelten Inhalte oder die Art der Nutzung der Telekommunikation betreffen. Ebenso wenig ist von Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG eine Telekommunikationsüberwachung zum Zweck der Erlangung von Informationen für Aufgaben der Strafverfolgung oder der Gefahrenabwehr gedeckt. Entsprechende Regelungen sind im Hinblick auf die Gesetzgebungskompetenz jeweils dem Rechtsbereich zuzuordnen, für dessen Zwecke die Überwachung erfolgt<sup>77</sup>.

Die vom NetzDG erfassten sozialen Netzwerke (§ 1 Abs. 1 Satz 1 NetzDG) sind keine der Telekommunikationskompetenz des Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG unterliegenden (technikbezogenen) Telekommunikationsdienste, sondern (inhaltsbezogene) Telemediendienste, die Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG nicht unterfallen. Einfachgesetzlich unterscheiden sich Telekommunikationsdienste von Telemediendiensten durch das Begriffsmerkmal des Telekommunikationsdienstes im Sinne des § 3 Nr. 24 TKG „ganz oder überwiegend“ (vgl. auch § 1 Abs. 1 Satz 1 TMG). Die Begriffsvoraussetzung, dass der Dienst „ganz oder überwiegend“ aus der Signalübertragung bestehen muss, dient der Abgrenzung der Telekommunikationsdienste von den Telemediendiensten, bei denen die Inhaltsleistung im Vordergrund steht. Inhaltsdienste unterliegen nach europäischem und deutschem Telekommunikationsrecht nicht der telekommunikationsrechtlichen Regulierung<sup>78</sup>. Kompetenziell beruht ihre Regulierung nicht auf Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG, sondern auf den (nichttelekommunikationsbezogenen) allgemeinen Kompetenzgrundlagen (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG). Soziale Netzwerke wie Facebook, die nicht nur – wie Messaging-Dienste – die technische Plattform für Individual-, Gruppen- oder Massenkommunikation zur Verfügung stellen, sondern durch Ausgestaltung des Newsfeed-Algorithmus o.ä. in erster Linie inhaltliche Leistungen erbringen<sup>79</sup>, sind (inhaltsbezogene) Telemediendienste, für die Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG nicht gilt. Dementsprechend qualifiziert auch das NetzDG die Anbieter sozialer Netzwerke als Telemediendienstanbieter (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 NetzDG).

## **2. Keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Strafrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1, Art. 72 Abs. 1 GG) im Hinblick auf §§ 1 bis 3 NetzDG**

§§ 1 bis 3 NetzDG stellen keine Sanktionsregelungen des Straf- bzw. Ordnungswidrigkeitenrechts dar und sind deshalb nicht Bestandteil des Sachgebiets Strafrecht im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG.

<sup>77</sup> Vgl. BVerfGE 113, 348 (368); 125, 260 (314).

<sup>78</sup> Vgl. nur *Kühling/Schall*, CR 2015, 641 (645).

<sup>79</sup> Vgl. hierzu noch sub C) I. 5. d) (2) (a), S. 34 ff.

### **3. Keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das bürgerliche Recht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1, Art. 72 Abs. 1 GG)**

Das NetzDG zielt auf eine wirksame Bekämpfung von Hasskriminalität in sozialen Netzwerken. „Hassäußerungen“ bewirken in der Praxis regelmäßig (schwere) Persönlichkeitsverletzungen. Sie betreffen das Täter-Opfer-Verhältnis. Der Schutz der Betroffenenrechte ist Gegenstand des Sachgebiets bürgerliches Recht im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG. Dementsprechend unterfällt die – hier nicht streitgegenständliche – Neuregelung des § 14 Abs. 3 bis 5 TMG, die dem Betroffenen zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche einen Auskunftsanspruch gegen den Diensteanbieter gewährt, dem Kompetenzbereich des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG<sup>80</sup>. Darüber hinaus könnte der Bundesgesetzgeber die – in Analogie zu § 1004 BGB – von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes entwickelte Störerhaftung des Plattformbetreibers aufgreifen, ggf. weiterentwickeln und so zum Gegenstand einer bundesgesetzlichen Regelung machen. Auch eine solche Konkretisierung der Störerhaftung des Hostbetreibers unterfiele der Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das bürgerliche Recht gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG<sup>81</sup>.

Demgegenüber dient das NetzDG erkennbar nicht dem Ziel, die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Störerhaftung des Hostbetreibers zu konkretisieren. Das NetzDG wendet sich gegen die Verbreitung von (Hass-)Kriminalität in sozialen Netzwerken. Die vom NetzDG erfassten rechtswidrigen Inhalte betreffen eine Reihe von Straftatbeständen, die in § 1 Abs. 3 NetzDG (erschöpfend) aufgelistet sind. Zwar dienen die in § 1 Abs. 3 NetzDG genannten Straftaten teilweise auch dem Schutz der Betroffenen, wie etwa die Beleidigungstatbestände der §§ 185 bis 187 StGB. Die meisten in § 1 Abs. 3 NetzDG erwähnten Straftaten beziehen sich jedoch auf den Schutz des Staates. Dementsprechend ist die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das bürgerliche Recht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) nicht einschlägig<sup>82</sup>.

### **4. Keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die öffentliche Fürsorge (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1, Art. 72 Abs. 2 GG)**

Ergänzend stützt der Gesetzgeber das NetzDG auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG, soweit Belange des Jugendschutzes betroffen sind<sup>83</sup>. Eine solche kompetenzielle Legitimation scheidet aus, weil das NetzDG nicht spezifisch auf den Kinder- und Jugendschutz zielt, sondern generell, d.h. auch für die erwachsenen Nutzer, gilt. Der Kinder- und

<sup>80</sup> Gersdorf, MMR 2017, 439 (440).

<sup>81</sup> Gersdorf, MMR 2017, 439 (440).

<sup>82</sup> Gersdorf, MMR 2017, 439 (441).

<sup>83</sup> BT-Drs. 18/12356, S. 13.

Jugendschutz bildet erkennbar nicht den Schwerpunkt des NetzDG<sup>84</sup>. Ungeachtet dessen dürfte die Kompetenz der Länder gem. Art. 70 Abs. 1 GG für die Medien und sozialen Netzwerke sachnäher sein<sup>85</sup>. Weiter fehlt es an den Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG<sup>86</sup>.

### **5. Keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11, Art. 72 Abs. 2 GG)**

Das NetzDG kann schließlich auch nicht auf die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11, Art. 72 Abs. 2 GG) gestützt werden. Die Annahme des Gesetzgebers, dass die Compliance-Verpflichtungen des NetzDG die Verantwortlichkeitsregeln des § 10 TMG konkretisierten und letztlich auch im TMG hätten geregelt werden können, ist kompetenziell eine Fehlannahme (a)). Regelungsgegenstand des NetzDG ist die Verhinderung der Verbreitung rechtswidriger Inhalte, die einen der in § 1 Abs. 3 NetzDG genannten Straftatbestände erfüllt. Die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung begründet keinen eigenständigen Kompetenztitel. Vielmehr ist sie kompetenziell dem Sachgebiet zuzuordnen, zu dem sie in einem notwendigen Sachzusammenhang steht. Die Gewährleistung der Rechtsordnung (im Sinne des § 1 Abs. 3 NetzDG) obliegt kraft Sachzusammenhangs dem Kompetenzträger, dem die Regelung der Tätigkeit sozialer Netzwerke obliegt. Wegen des engen Zusammenhangs zwischen Grundrechten und Kompetenznormen kommt es für die Kompetenzabgrenzung maßgeblich auf die grundrechtliche Einordnung des zu regelnden Sachbereichs an (b)).

Dementsprechend liegt die Gewährleistung der allgemeinen Gesetze in den Medien bei den für die Medien zuständigen Ländern (c)). Im Hinblick auf die vom NetzDG erfassten sozialen Netzwerke gilt nichts anderes (d)), und zwar unabhängig davon, ob man insoweit an die Tätigkeit der Nutzer sozialer Netzwerke oder an die Anbieter solcher Plattformen anknüpft. Die Tätigkeit der Nutzer sozialer Plattformen stellt sich als Ausübung der durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Kommunikationsgrundrechte dar. Im Sinnzentrum der Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG stehen nicht wirtschaftliche Interessen, die eine Bundeskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG begründen könnten, sondern der freiheits- und demokratiefördernde Kommunikations-

---

<sup>84</sup> Gersdorf, MMR 2017, 439 (441 Fn. 14); Hain/Ferreau/Brings-Wiesen, K&R 2017, 433 (434 f.); Heckmann/Wimmers, CR 2017, 310 (311: „Randbereich“); Müller-Franken, AfP 2018, 1 (3 ff.); Wimmers/Heymann, AfP 2017, 93 (97); Kalscheuer/Hornung, NVwZ 2017, 1721 (1724 f.); Ladeur/Gostomzyk, K&R 2017, 390 (390 f.).

<sup>85</sup> Vgl. BVerfGE 57, 295 (326: „Namentlich für den Jugendschutz wird in den Rundfunkgesetzen Sorge zu tragen sein.“; Gersdorf, MMR 2017, 439 (441 Fn. 14).

<sup>86</sup> Vgl. hierzu noch unten sub C) I. 5. f), S. 40.

prozess. Der Schutz dieses Kommunikationsprozesses unterfällt nicht dem Sachgebiet des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, sondern der Länderkompetenz nach Art. 70 Abs. 1 GG. Die Gewährleistung der verfassungsmäßigen Ordnung bei sämtlichen durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Kommunikationsformen steht in einem engen Zusammenhang mit dieser Kompetenz und unterliegt deshalb ebenfalls der Länderkompetenz nach Art. 70 Abs. 1 GG ((1)).

Das Gleiche gilt, wenn man in Bezug auf die kompetenzielle Verortung des NetzDG auf die Anbieter sozialer Netzwerke abstellt ((2)). Die Tätigkeit sozialer Netzwerke unterfällt dem Schutz der Mediengrundrechte des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, deren Regulierung einschließlich der Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung den Ländern obliegt ((a)). Das würde auch dann gelten, wenn Anbieter sozialer Netzwerke (allein) Träger der Wirtschaftsgrundrechte (Art. 12, 14 GG) wären. Auch (strikt inhaltsneutrale) Plattformbetreiber (Kabelnetzbetreiber etc.) sind kraft Landesrechts an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden (§ 52a Abs. 1 RStV) und können unter den Voraussetzungen der Nichtstörerhaftung (§ 52a Abs. 2 Satz 3 RStV) durch die zuständige Aufsichtsbehörde in Anspruch genommen werden. Für Anbieter sozialer Netzwerke, die wegen des Inhaltsbezugs ihrer Tätigkeit den rechtswidrigen Inhalten näherstehen, gilt nichts Anderes. Auch sie unterfallen der Länderkompetenz, selbst wenn man ihre Tätigkeit als eine rein wirtschaftlicher Art qualifizierte ((b)).

Das NetzDG lässt sich daher nicht auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG stützen und ist bereits formell verfassungswidrig (e)). Ungeachtet dessen, dass sich das NetzDG nicht dem Sachgebiet „Recht der Wirtschaft“ gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zuordnen lässt, sind in jedem Fall die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG nicht erfüllt sind (f)).

#### *a) Kompetenziell irrige Grundannahmen des Gesetzgebers*

Der NetzDG beruht auf der kompetenziell irrigen Annahme des Gesetzgebers, dass die Compliance-Verpflichtungen des NetzDG die Verantwortlichkeitsregeln des § 10 TMG konkretisierten und letztlich auch im TMG hätten geregelt werden können. Wörtlich heißt es in der Gesetzesbegründung:

„Ausgangspunkt dieser Compliance-Pflicht ist die Haftungsregelung für Diensteanbieter nach § 10 TMG. Diese sind verpflichtet, einen rechtswidrigen Inhalt, den sie für einen Nutzer speichern, unverzüglich zu entfernen oder den Zugang zu ihm zu sperren, wenn sie von dem Inhalt Kenntnis genommen haben. Die in diesem Entwurf statuierten Compliance-Pflichten setzen diese Verpflichtung der Diensteanbieter voraus und konkretisieren sie.“<sup>87</sup>

---

<sup>87</sup> Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drs. 18/12356, S. 12.

Weiter wird in der Gesetzesbegründung zu § 3 NetzDG ausgeführt:

„Die in § 3 normierte Regelung dient lediglich dazu, dass den gesetzlichen Verpflichtungen, rechtswidrige Inhalte zu löschen oder zu sperren, schnell und umfassend nachgekommen wird. Hierin liegt kein neuer Eingriff in Artikel 5 Absatz 1 des Grundgesetzes im Vergleich zum geltenden Recht. Denn das Gebot, rechtswidrige Inhalte zu löschen oder zu sperren, ergibt sich schon aus den allgemeinen Gesetzen. Vielmehr sieht § 3 eine Verpflichtung vor, ein bestimmtes Verfahren vorzuhalten, damit der an anderer Stelle geregelten Verpflichtung, rechtswidrige Inhalte zu entfernen beziehungsweise zu sperren, in wirksamer Weise nachgekommen wird.“<sup>88</sup>

Die Annahme des Gesetzgebers, dass die Compliance-Verpflichtungen des NetzDG keinen eigenständigen Grundrechtseingriff darstellen, sondern lediglich bereits bestehende gesetzliche Verpflichtungen konkretisieren<sup>89</sup>, ist unzutreffend<sup>90</sup>. Insbesondere begründet § 10 TMG keine gesetzliche Verpflichtung zur Löschung von Inhalten. Vielmehr handelt es sich um eine Haftungsprivilegierung, die den Plattformbetreiber von der Haftung für fremde Inhalte dispensiert, solange er keine Kenntnis von dem rechtswidrigen Inhalt oder der Information hat. Löscht er nach Kenntniserlangung rechtswidrige Inhalte nicht, haftet er nach den allgemeinen Gesetzen. Die Löschungspflicht folgt aus allgemeinen Gesetzen und nicht aus § 10 TMG<sup>91</sup>. Das NetzDG bewirkt damit eigenständige Grundrechtseingriffe. Insbesondere greifen die §§ 2 und 3 NetzDG in Grundrechte der Anbieter sozialer Netzwerke ein. Dass das NetzDG – anders als das Medien- und Gewerbeamt – nicht zum Erlass von Ordnungsverfügungen zur Durchsetzung der gesetzlichen Verpflichtungen ermächtigt, ändert nichts an der Eingriffsqualität. Die gesetzlichen Verpflichtungen nach §§ 2 und 3 NetzDG und die Sanktionsmöglichkeit nach § 4 NetzDG stellen jeweils gesonderte Grundrechtseingriffe dar. Bereits deshalb ist die Annahme des Gesetzgebers, dass die Compliance-Verpflichtungen des NetzDG die Verantwortlichkeitsregeln des § 10 TMG lediglich konkretisierten und letztlich auch im TMG hätten geregelt werden können, nicht richtig.

Vor allem aber übersieht der Gesetzgeber, dass sub specie der grundgesetzlichen Kompetenzordnung die Haftungsregeln des § 10 TMG nicht für sämtliche Telemedien

---

<sup>88</sup> Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drs. 18/12356, S. 21.

<sup>89</sup> Ebenso *Schwartzmann*, Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages zum Entwurf des Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (BT-Drs. 18/12356), 19.06.2017, S. 8.

<sup>90</sup> *Liesching*, in: Spindler/Schmitz/Liesching, TMG mit NetzDG, 2. Auflage 2018, NetzDG, § 1 Rn. 23; *Müller-Franken*, AfP 2018, 1 (3 f.).

<sup>91</sup> *Liesching*, in: Spindler/Schmitz/Liesching, TMG mit NetzDG, 2. Auflage 2018, NetzDG, § 1 Rn. 23; *Müller-Franken*, AfP 2018, 1 (3 f.).

gelten, sondern nur für Telemedien im Kompetenzbereich des Bundes. Demgegenüber obliegt die Festlegung von Verantwortlichkeiten für Telemedien, die der Länderkompetenz gem. Art. 70 Abs. 1 GG unterfallen, den Ländern; die Regelung der zivil- und strafrechtlichen Verantwortlichkeiten (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1, Art. 72 Abs. 1 GG) bleibt hiervon unberührt. Es existiert keine allgemeine Kompetenz des Bundes, die Verantwortlichkeit von Telemedien zu regeln. Vielmehr kommt es darauf an, ob es um Telemedien im Zuständigkeitskreis der Länder (Art. 70 Abs. 1 GG) oder des Bundes (vgl. insbesondere Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) geht. Dementsprechend liegt etwa die Kompetenz für die Regelung der Verantwortlichkeit von meinungsbildenden Telemedien (vgl. § 54 Abs. 1 Satz 2 und 3 RStV) und von Plattformbetreibern in Bezug auf meinungsbildende Inhalte (vgl. § 52a Abs. 1 Satz 2 RStV) bei den Ländern. Handelt es sich um wirtschaftsbezogene Telemediendienste, ist es Sache des Bundes, neben der zivil- und strafrechtlichen Verantwortlichkeit (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) die Verantwortlichkeit für die Einhaltung der verfassungsmäßigen Ordnung in den Telemediendiensten zu regeln. Die Festlegung der Verantwortlichkeiten von Telemedien ist daher von dem Kompetenzträger zu regeln, in dessen Zuständigkeitsbereich der jeweilige Telemediendienst fällt. Die Begründung des Gesetzgebers zum NetzDG greift mithin nicht durch, wenn sie die Gesetzgebungskompetenz des Bundes unter Hinweis auf § 10 TMG annimmt<sup>92</sup>.

#### *b) Regelungsgegenstand und grundrechtliche Bezogenheit von Kompetenzen*

Das NetzDG dient der Verhinderung der Verbreitung rechtswidriger Inhalte in sozialen Netzwerken, die einen der in § 1 Abs. 3 NetzDG genannten Straftatbestände erfüllen und nicht gerechtfertigt sind. Gegenstand des NetzDG ist die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit im Sinne der Schutzgüter des § 1 Abs. 3 NetzDG<sup>93</sup>. Zu diesem Zweck<sup>94</sup> werden dem Betreiber sozialer Netzwerke Berichtspflichten (vgl. § 2 NetzDG)

<sup>92</sup> Gersdorf, MMR 2017, 439 (441); a.A. Schwartmann, Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages zum Entwurf des Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (BT-Drs. 18/12356), 19.06.2017, S. 8, wonach das NetzDG „die gängige Trennung von inhaltsbezogenen und verfahrensbezogenen Regelungen“ im TMG und im Landesrecht aufgreife. Diese Auffassung ist schon deshalb unzutreffend, weil die Regelung des Verfahrens keinen eigenständigen Kompetenzbereich (des Bundes) begründet. Vielmehr folgt die Kompetenz für das Verfahren der Zuständigkeit für die Sachkompetenz (Annexkompetenz). Darüber hinaus konkretisieren §§ 2 und 3 NetzDG nicht lediglich die nach allgemeinen Gesetzen bestehenden Pflichten. Vielmehr begründet das NetzDG, wie dargelegt, eigenständige Pflichten des Anbieters eines sozialen Netzwerkes.

<sup>93</sup> Zu diesem Regelungsgegenstand des NetzDG vgl. Gersdorf, MMR 2017, 439 (441); Heckmann/Wimmers, CR 2017, 310 (311: „öffentliche Sicherheit und Ordnung“); Heidrich/Scheuch, in: Taeger, Recht 4.0 – Innovation aus den rechtswissenschaftlichen Laboren, 2017, S. 305 (314: „Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung“); vgl. auch Müller-Franken, AfP 2018, 1.

<sup>94</sup> Vgl. BT-Drs. 18/12356, S. 2: „Um die sozialen Netzwerke zu einer zügigeren und umfassenderen Bearbeitung von Beschwerden insbesondere von Nutzerinnen und Nutzern über Hasskriminalität und andere strafbare Inhalte anzuhalten, werden durch den Entwurf gesetzliche Compliance-Regeln für soziale Netzwerke eingeführt.“; vgl. auch BT-Drs. 18/12356, S. 11.

und die Verpflichtung zur Einrichtung eines entsprechenden Beschwerdemanagements im Sinne des § 3 NetzDG auferlegt. Insbesondere hat der Anbieter eines sozialen Netzwerkes zu gewährleisten, dass offensichtlich rechtswidrige Inhalte im Sinne des § 1 Abs. 3 NetzDG innerhalb von 24 Stunden nach Eingang der Beschwerde entfernt werden oder der Zugang zu ihnen gesperrt wird (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 Halbsatz 1 NetzDG). Jeder (nicht offensichtlich) rechtswidrige Inhalt ist unverzüglich, in der Regel innerhalb von 7 Tagen nach Eingang der Beschwerde zu entfernen oder der Zugang zu ihm zu sperren (§ 3 Abs. 2 Nr. 3 Halbsatz 1 NetzDG).

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stellt die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung keinen eigenständigen Kompetenztitel im Sinne der grundgesetzlichen Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeit zwischen Bund und Ländern dar<sup>95</sup>. Vielmehr ist die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dem Sachkompetenzbereich zuzuordnen, zu der sie in einem notwendigen Zusammenhang steht (Kompetenz kraft Sachzusammenhangs). Wörtlich führt das Bundesverfassungsgericht hierzu aus:

„Normen, die der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in einem bestimmten Sachbereich dienen, sind für die Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen vielmehr dem Sachbereich zuzurechnen, zu dem sie in einem notwendigen Zusammenhang stehen.“<sup>96</sup>

Die Kompetenz für die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit (im Sinne des § 1 Abs. 3 NetzDG) in sozialen Netzwerken hat daher der Kompetenzträger, der die Gesetzgebungskompetenz für soziale Netzwerke besitzt. Die Kompetenz für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit folgt kraft Sachzusammenhangs der Sachkompetenz für soziale Netzwerke.

Wegen des engen Zusammenhangs zwischen Grundrechten und Kompetenznormen kommt es für die Kompetenzabgrenzung maßgeblich auf die grundrechtliche Einordnung des zu regelnden Sachbereichs an. Das Bundesverfassungsgericht betont in ständiger Rechtsprechung die „enge sachliche Verbindung zwischen Grundrechten und Kompetenznormen“<sup>97</sup>. Die Kompetenzvorschriften des Grundgesetzes sind im Lichte der grundrechtlichen Fundierung der zu ordnenden Lebenssachverhalte zu bestimmen.

<sup>95</sup> Vgl. BVerfGE 8, 143 (149 f.); BVerfG NJW 2004, 750 (751).

<sup>96</sup> BVerfG NJW 2004, 750 (751).

<sup>97</sup> BVerfGE 55, 274 (302); st. Rspr., vgl. nur BVerfGE 4, 7 (15); 7, 377 (401); 34, 139 (146); 65, 1 (50); aus dem Schrifttum vgl. *Gersdorf*, in: *Gersdorf/Paal* (Hrsg.), *OK Informations- und Medienrecht*, 16. Edition Mai 2017, GG, Art. 70 Rn. 7; *Ossenbühl*, *DÖV* 1965, 649 (657); *Rengeling*, in: *HStR VI*, 3. Auflage 2008, § 135 Rn. 28.

*c) Gewährleistung der verfassungsmäßigen Ordnung durch Medien als Kompetenz der Länder*

Dementsprechend steht fest, dass die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit in den Medien kraft Sachzusammenhangs der den Ländern nach Art. 70 Abs. 1 GG obliegenden Kompetenz für die Medien folgt.

Obgleich Medien auch eine wirtschaftliche Bedeutung haben, unterfallen sie nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes der Gesetzgebungskompetenz der Länder (Art. 70 Abs. 1 GG). Die Medienkompetenz der Länder umschließt auch die gesetzliche Regelung der Finanzierungsgrundlagen der Medien. Die Regulierung etwa von Wirtschaftswerbung in den Medien obliegt den Ländern<sup>98</sup>. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ist hierfür nicht einschlägig.

Ebenso ist die Gewährleistung der verfassungsmäßigen Ordnung in den Medien Teil der Länderkompetenz für die Medien. Die Länder haben neben der Kompetenz zur Ausgestaltung der grundrechtlich geschützten Medienfreiheiten (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) auch die Kompetenz zur Sicherstellung der allgemeinen Gesetze durch die Medien. Demgemäß hat das Bundesverfassungsgericht klargestellt, dass die Länder kraft ihrer Rundfunkkompetenz für eine Bindung der Rundfunkveranstalter an die allgemeinen Gesetze Sorge zu tragen haben<sup>99</sup>.

Die Länder müssen in Wahrnehmung ihrer Kompetenz gem. Art. 70 Abs. 1 GG sicherstellen, dass die Medien die allgemeinen Gesetze wahren. Entsprechende landesrechtliche Regelungen bestehen für die (gedruckte) Presse (vgl. nur § 1 Abs. 1 Satz 3 SächsPresseG, § 1 Abs. 5 HmbPresseG, § 1 Abs. 2 PresseG NRW), für den Rundfunk (vgl. § 41 Abs. 1 Satz 1 RStV), für Plattformen (vgl. § 52a Abs. 1 Satz 1 RStV) und für Telemedien (vgl. § 54 Abs. 1 Satz 2 und 3 RStV), soweit sie dem Kompetenzbereich der Länder unterfallen.

*d) Gewährleistung der verfassungsmäßigen Ordnung in sozialen Netzwerken als Kompetenz der Länder*

Wie die Kompetenzen von Bund und Ländern in Bezug auf soziale Netzwerke abzugrenzen und ob die Länder gem. Art. 70 Abs. 1 GG zur Gewährleistung der verfassungsmäßigen Ordnung nicht nur in den Medien, sondern auch in den sozialen Netzwerken kompetenziell berufen sind, ist bislang nicht geklärt. Die Probleme bei der

---

<sup>98</sup> Gersdorf, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), OK Informations- und Medienrecht, 16. Edition Mai 2017, GG, Art. 70 Rn. 5 m.w.N.

<sup>99</sup> Vgl. BVerfGE 57, 295 (326: „Daneben sind alle Veranstalter an die Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG gebunden. Namentlich für den Jugendschutz wird in den Rundfunkgesetzen Sorge zu tragen sein.“).

Kompetenzabgrenzung beruhen letztlich darauf, dass die verfassungsrechtliche Diskussion über die grundrechtliche Stellung sozialer Netzwerke noch im Fluss ist<sup>100</sup>. Da die Kompetenzvorschriften des Grundgesetzes – wie dargelegt – im Lichte der grundrechtlichen Fundierung der zu ordnenden Lebenssachverhalte zu bestimmen sind, richtet sich die Kompetenzabgrenzung im Hinblick auf die Regulierung sozialer Netzwerke maßgeblich nach deren grundrechtlicher Prägung: Geht es im Kern um einen wirtschaftlich relevanten Lebenssachverhalt, gelangt die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) zur Anwendung. Steht hingegen der durch Art. 5 GG geschützte Kommunikationsprozess im Vordergrund, drängt Art. 70 Abs. 1 GG auf Verwirklichung, der die Länder kompetenziell legitimiert, die Einhaltung der allgemeinen Gesetze auch in den sozialen Netzwerken sicherzustellen.

Die Unsicherheit bei der grundrechtlichen Einordnung sozialer Netzwerke spiegelt sich in der Gesetzesbegründung zum NetzDG deutlich wider. Die Gesetzesbegründung scheint davon auszugehen, dass sich Anbieter sozialer Netzwerke nur auf das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 15, 16 GRC) berufen können<sup>101</sup>. Gleichwohl wird in der Gesetzesbegründung (zu Recht) darauf hingewiesen, dass der „Schutz der Meinungsfreiheit und der Rundfunk- und Pressefreiheit ... hier in die Gesamtbewertung mit einfließen“ müsse<sup>102</sup>. Wessen Kommunikationsgrundrechte (Art. 5 GG, Art. 11 GRC, Art. 10 EMRK) damit gemeint sind und ob (auch) Anbietern sozialer Netzwerke der Schutz der Kommunikationsgrundrechte (vor allem der Medienfreiheiten) zugutekommt, bleibt offen.

Die Regulierung sozialer Netzwerke und damit kraft Sachzusammenhangs auch die Gewährleistung der allgemeinen Gesetze in sozialer Netzwerken unterfällt der Länderkompetenz. Dies gilt unabhängig davon, ob man insoweit an die Tätigkeit der Nutzer sozialer Netzwerke ((1)) oder an die der Anbieter solcher Plattformen ((2)) anknüpft.

(1) Länderkompetenz in Bezug auf die Kommunikation der Nutzer sozialer Netzwerke

Sofern die Kommunikationsinhalte der Nutzer sozialer Netzwerke nicht nur an bestimmte oder bestimmbare Adressaten („Freunde“), sondern an die Allgemeinheit („Öffentlichkeit“) gerichtet sind, nehmen die Nutzer sozialer Netzwerke ihre grundrechtlich geschützten Medienfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG (Grundrecht der Presse- oder Rundfunkfreiheit<sup>103</sup>) wahr. Der Schutz der allgemeinen Gesetze im Bereich der

<sup>100</sup> Gersdorf, MMR 2017, 439 (441 f.).

<sup>101</sup> BT-Drs. 18/12356, S. 22: „Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit können durch jede vernünftige Erwägung des Gemeinwohls legitimiert werden.“

<sup>102</sup> BT-Drs. 18/12356, S. 22.

<sup>103</sup> Zur Abgrenzung beider Grundrechte umfassend Gersdorf, AfP 2010, 421 (422 ff.).

Medien obliegt gem. Art. 70 Abs. 1 GG den Ländern. Für eine Bundeskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ist kein Raum.

Schwieriger gestaltet sich die grundrechtliche Einordnung, wenn Nutzer sozialer Netzwerke nur mit einem bestimmten oder bestimmbar („Freundes“-)Adressatenkreis kommunizieren. Massenkommunikation im klassischen Sinne liegt insoweit nicht vor, weil die Nutzer ihre Inhalte nicht an eine „beliebige Öffentlichkeit“<sup>104</sup>, d.h. nicht an die Allgemeinheit verbreiten. Umgekehrt existiert aber auch keine Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG unterliegende Individualkommunikation im klassischen Sinne, weil der („Freundes“-)Kreis zahlenmäßig oftmals sehr weit gefasst und mitunter sogar unüberschaubar ist. Darüber hinaus unterscheidet sich die Auswahl der Kommunikationspartner grundlegend von der klassischen Individualkommunikation, weil Nutzer häufig an einem großen („Freundes“-)Kreis interessiert sind, sodass die Ansehung der konkreten Person nicht im Vordergrund steht. Ob solche Formen personenindifferenter Gruppenkommunikation vom (Individual-)Grundrecht der Meinungsfreiheit oder von den (Massenkommunikations-)Grundrechten der Rundfunk- bzw. Pressefreiheit geschützt sind, ist noch nicht geklärt<sup>105</sup>.

Ungeachtet dieser grundrechtlichen Einordnung steht in jedem Fall fest, dass die Regulierung von Formen der Gruppenkommunikation, aber letztlich auch der Individualkommunikation im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG der Länderkompetenz unterfällt. Denn sämtliche durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Kommunikationsgrundrechte dienen dem Prozess individueller und öffentlicher Meinungsbildung. Im Sinnzentrum der Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG stehen nicht wirtschaftliche Interessen, die eine Bundeskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG begründen könnten, sondern der freiheits- und demokratiefördernde Kommunikationsprozess. Der Schutz dieses Kommunikationsprozesses unterfällt nicht dem Sachgebiet des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, sondern der Länderkompetenz nach Art. 70 Abs. 1 GG<sup>106</sup>. Die Gewährleistung der verfassungsmäßigen Ordnung bei sämtlichen durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Kommunikationsformen steht in einem engen Zusammenhang mit dieser Kompetenz und unterliegt deshalb der Länderkompetenz nach Art. 70 Abs. 1 GG<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> *Lerche*, Rundfunkmonopol. Zur Zulassung privater Fernsehveranstaltungen, 1970, S. 28.

<sup>105</sup> Vgl. hierzu *Gersdorf*, MMR 2017, 439 (442).

<sup>106</sup> Vgl. nur *Gersdorf*, MMR 2017, 439 (442); *Hain/Ferreaul/Brings-Wiesen*, K&R 2017, 433 (434 f.); *Heckmann/Wimmers*, CR 2017, 310 (311); *Ladeur/Gostomzyk*, K&R 2017, 390 (390 f.); *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, 93 (97).

<sup>107</sup> *Gersdorf*, MMR 2017, 439 (442).

## (2) Länderkompetenz in Bezug auf die Tätigkeit der Anbieter sozialer Netzwerke

Das Gleiche gilt, wenn man in Bezug auf die kompetenzielle Verortung des NetzDG auf die Anbieter sozialer Netzwerke abstellt. Die Tätigkeit sozialer Netzwerke unterfällt dem Schutz der Mediengrundrechte des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, deren Regulierung einschließlich der Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung den Ländern obliegt ((a)). Das würde auch dann gelten, wenn Anbieter sozialer Netzwerke (allein) Träger der Wirtschaftsgrundrechte (Art. 12, Art. 14 GG) wären ((b)).

## (a) Länderkompetenz wegen der Qualifizierung sozialer Netzwerke als Träger der Grundrechte des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG

Entgegen der Annahme des Gesetzgebers, dass sich Anbieter sozialer Netzwerke nur auf das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 15, 16 GRC) berufen können<sup>108</sup>, stellt sich die Tätigkeit der Betreiber sozialer Netzwerke als Ausübung der grundrechtlich geschützten Medienfreiheiten (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) dar. Die Gewährleistung der verfassungsmäßigen Ordnung nicht nur durch klassische Medien, sondern auch in sozialen Netzwerken unterliegt gem. Art. 70 Abs. 1 GG den Ländern.

Anbieter sozialer Netzwerke sind nicht schlechthin von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geschützt. Der grundrechtliche Schutz von Intermediären wie Anbietern sozialer Plattformen unterfällt dem Schutz des Grundrechts, den die Informationen genießen, zu denen sie Zugang vermitteln<sup>109</sup>.

Anbieter sozialer Netzwerke nehmen nicht strikt inhaltsneutrale Tätigkeiten wahr, sodass hier dahinstehen kann, ob inhaltsneutrale Plattformbetreiber – in Parallele zur Pressegrossisten-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts<sup>110</sup> – durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geschützt sind<sup>111</sup>. Die Tätigkeit sozialer Netzwerke ist durch einen „ausreichenden Inhaltsbezug“ gekennzeichnet, dessentwillen der Schutz nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG eröffnet ist<sup>112</sup>. Der Schutz des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG entfällt nicht deshalb, weil soziale Netzwerkbetreiber im Gegensatz zu klassischen Medienanbietern keine eigenen, sondern nur fremde Inhalte bereithalten<sup>113</sup>. Auch ist der Schutz nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nicht davon abhängig, dass der Anbieter eine redaktionelle Gesamtverantwortung für bereitgestellte Inhalte Dritter übernimmt<sup>114</sup>. Ebenso

<sup>108</sup> BT-Drs. 18/12356, S. 22: „Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit können durch jede vernünftige Erwägung des Gemeinwohls legitimiert werden.“

<sup>109</sup> Vgl. hierzu im Einzelnen *Gersdorf*, MMR 2017, 439 (443).

<sup>110</sup> Vgl. BVerfGE 77, 346 (354).

<sup>111</sup> *Gersdorf*, MMR 2017, 439 (443).

<sup>112</sup> Vgl. BVerfGE 77, 346 (354).

<sup>113</sup> Im Einzelnen *Gersdorf*, MMR 2017, 439 (443).

<sup>114</sup> Im Einzelnen *Gersdorf*, MMR 2017, 439 (443 f.).

wenig ist für die Eröffnung des Schutzes nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG maßgebend, ob Anbieter sozialer Netzwerke zu den auf ihrer Plattform präsentierten (fremden) Inhalten der Nutzer einen (kognitiven und voluntativen) Bezug haben<sup>115</sup>.

Anbieter sozialer Netzwerke nehmen inhaltsbezogene Selektions- und Steuerungsfunktionen wahr und wirken damit in dem von Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Prozess freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung mit, dessentwillen sie am Schutz des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG teilnehmen. Der Inhaltsbezug ihrer Tätigkeit ist manifest: Bereits durch Festlegung von „Gemeinschaftsstandards“ (Verbot sexuell anzüglicher Inhalte, Nacktheit etc.)<sup>116</sup> filtern und steuern die Anbieter den Kommunikationsprozess in ihren sozialen Netzwerken. Auch die Entscheidung von Facebook, in dem sog. Newsfeed lokale Nachrichten und Inhalte vorrangig zu berücksichtigen, ist inhaltsbezogen<sup>117</sup>. Das Gleiche gilt, wenn – wie versuchsweise praktiziert – Facebook Inhalte Dritter (Medien, Verbände, Unternehmen etc.) nur dann in den Newsfeed der Nutzer gelangen lässt, wenn Werbung platziert werden darf, und anderenfalls die Inhalte im „Explore Feed“ landen<sup>118</sup>.

Vor allem aber bestimmen Betreiber sozialer Netzwerke durch den Algorithmus den für den einzelnen Nutzer sichtbaren Newsfeed und beeinflussen auf diese Weise den durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Kommunikationsprozess<sup>119</sup>. Angesichts der schier unermesslichen Informationsfülle (Postings, Uploads etc.) in sozialen Netzwerken bedarf es einer Auswahl der für den Einzelnen relevanten Inhalte. Zur Erledigung der notwendigen Selektions- und Sortieraufgaben bedient sich der Netzwerkanbieter Algorithmen. Die Algorithmen dienen der Ermittlung der Präferenzen des einzelnen Nutzers und seiner Bindung an den Anbieter des sozialen Netzwerkes. Sie steuern den individualisierten, auf die (tatsächlichen oder vermeintlichen) kommunikativen Bedürfnisse des einzelnen Nutzers zugeschnittenen Newsfeed. Kehrseite jeder Form individualisierter Angebote – sei es durch Anbieter sozialer Netzwerke, sei es durch klassische Medienanbieter – ist die (themenbezogene) Verengung der Informationsbasis für

---

<sup>115</sup> Gersdorf, MMR 2017, 439 (444).

<sup>116</sup> So etwa die Gemeinschaftsstandards von Facebook, abrufbar unter <https://de-de.facebook.com/communitystandards>

<sup>117</sup> Vgl. <https://newsroom.fb.com/news/2018/01/news-feed-fyi-local-news/>

<sup>118</sup> Zu dem nunmehr beendeten Versuch von Facebook vgl. <https://allfacebook.de/news/newsfeed-versionen>

<sup>119</sup> Gersdorf, MMR 2017, 439 (443); vgl. auch Hoffmann-Riem, AöR Bd. 142 (2017), 1 (11 f.); Schulz/Dankert, Die Macht der Informationsintermediäre. Erscheinungsformen, Strukturen und Regulierungsoptionen, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2016, S. 24.

den Einzelnen, die den öffentlichen Diskurs verkürzt („Filterblasen“, „Echokammern“<sup>120</sup>). Auch hierin manifestiert sich die – für Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG maßgebliche – Relevanz einer algorithmengesteuerten Selektion von Inhalten für den Prozess individueller und öffentlicher Meinungsbildung. Die aktuelle Diskussion über den Einfluss von Facebook auf die US-Präsidentenwahl im Jahr 2016 und auf die Abstimmung im Vereinigten Königreich über den Austritt aus der Europäischen Union („Brexit“) zeigt die Relevanz einer algorithmengesteuerten Meinungs- und Willensbildung in sozialen Netzwerken.

Die sozialen Netzwerke steuern durch Algorithmen den von dem einzelnen Nutzer wahrnehmbaren Newsfeed und beeinflussen damit den von Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Kommunikationsprozess. Sie liegen gleichsam „zwischen“ den klassischen Medien und den strikt inhaltsneutralen Host-Providern („fünfte Gewalt“<sup>121</sup>). Sie sind nicht (klassische) Medienanbieter, weil sie keine eigenen Inhalte nach publizistischen Gesichtspunkten auswählen und bereitstellen. Sie sind aber auch nicht schlicht inhaltsneutrale Plattformbetreiber, weil sie insbesondere durch Ausgestaltung der Algorithmen Einfluss auf den Kommunikationsprozess gewinnen. Kraft dieses Inhaltsbezugs sind sie durch die Medienfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geschützt<sup>122</sup>. Soziale Netzwerke sind Telemedien im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 3 RStV, für die die verfassungsmäßige Ordnung gilt (vgl. § 54 Abs. 1 Satz 2 und 3 RStV). Auch insoweit bleibt für eine Bundeskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG kein Platz.

(b) Länderkompetenz auch bei einer Qualifizierung sozialer Netzwerke als Träger ausschließlich der Grundrechte der Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 GG

An der Zuständigkeit der Länder für die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit in sozialen Netzwerken würde sich auch dann nichts ändern, wenn Anbieter sozialer Netzwerke – entgegen der hier vertretenen Auffassung – allein Träger der Wirtschaftsgrundrechte (Art. 12, 14 GG) wären. Auch (strikt inhaltsneutrale) Plattformbetreiber (Kabelnetzbetreiber etc.) sind kraft Landesrechts an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden (§ 52a Abs. 1 RStV) und können unter den Voraussetzungen der Nichtstörerhaftung (§ 52a Abs. 2 Satz 3 RStV) durch die zuständige Aufsichtsbehörde in An-

---

<sup>120</sup> Zu diesen Effekten des algorithmengesteuerten Newsfeeds in sozialen Netzwerken vgl. nur *Schulz/Dankert*, Die Macht der Informationsintermediäre. Erscheinungsformen, Strukturen und Regulierungsoptionen, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2016, S. 29; *Zweig/Deussen/Kraft*, Algorithmen und Meinungsbildung – Eine grundlegende Einführung, Informatik Spektrum, 2017, S. 318.

<sup>121</sup> *Gersdorf*, BayVBl. 2015, 625 f.

<sup>122</sup> *Gersdorf*, MMR 2017, 439 (444 f.); vgl. auch BGH, GRUR 2016, 855 (857 Rn. 24: Recht des Providers auf „Meinungs- und Medienfreiheit“ des Art. 5 GG und Art. 10 EMRK); *Pille*, Meinungsmacht sozialer Netzwerke, 2016, S. 177, insbesondere 180 f.

spruch genommen werden. Der kompetenziell legitimierende Grund für diese Länderregulierung liegt darin, dass sich § 52a Abs. 1 RStV letztlich gegen die transportierten Inhalte richtet, die keine wirtschaftliche Betätigung darstellen. Vielmehr handelt es sich um durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützte Kommunikationsinhalte, deren Regulierung den Ländern nach Art. 70 Abs. 1 GG obliegt.

Für Anbieter sozialer Netzwerke, die Inhalte ihrer Nutzer bereithalten und einen Austausch von Inhalten zwischen den Nutzern ermöglichen, gilt nichts Anderes. Auch insoweit geht es um die Verantwortlichkeit für Inhalte Dritter, die dem Schutz der Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG und damit der Länderkompetenz nach Art. 70 Abs. 1 GG unterfallen. Im Vergleich zu Plattformbetreibern stehen die Anbieter sozialer Netzwerke den Inhalten sogar näher, weil es sich zum einen um Inhalte handelt, die von ihren Nutzern stammen oder deren Verbreitung von ihren Nutzern veranlasst wird. Zum anderen steuern die Anbieter sozialer Netzwerke – anders als strikt inhaltsneutrale Plattformbetreiber – durch Algorithmen den meinungsbildenden Kommunikationsprozess<sup>123</sup>. Aufgrund dieses Inhaltsbezugs stehen soziale Netzwerkbetreiber den in ihren Netzwerken verbreiteten Inhalten näher als strikt inhaltsneutrale Plattformbetreiber. Sie unterfallen (erst recht) der Länderkompetenz, selbst wenn man ihre Tätigkeit als rein wirtschaftlicher Art qualifizierte.

Dass die Kommunikation in sozialen Netzwerken der Länderkompetenz unterfällt, verdeutlicht schließlich die landesgesetzliche Regelung zum Jugendangebot des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gem. § 11g RStV. Das Jugendangebot des öffentlich-rechtlichen Rundfunks darf nicht nur auf einem Portal der Sendeanstalten, sondern auch auf Drittplattformen wie Facebook und YouTube verbreitet werden (vgl. § 11g Abs. 5 Satz 2 RStV)<sup>124</sup>. Weiter soll das – auch auf Drittplattformen bereitgehaltene – Jugendangebot gem. § 11g Abs. 1 Satz 4 RStV interaktive und nutzergenerierte Angebotsformen enthalten<sup>125</sup>. Solche interaktiven und nutzergenerierten Angebotsformen müssen jedoch durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk journalistisch-redaktionell begleitet werden<sup>126</sup>. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten tragen daher kraft Landesrechts Verantwortung für die Rechtmäßigkeit der auf das Jugendangebot bezogenen

<sup>123</sup> Vgl. im Einzelnen oben sub C) I. 5. d) (2) (a), S. 34 ff.

<sup>124</sup> BayLT-Drs. 17/9700, 17: „Angesichts der Nutzungsgewohnheiten der Zielgruppe wird davon ausgegangen, dass das Jugendangebot die Zielgruppe nur dann erreichen können, wenn für die Verbreitung auch Drittplattformen in Anspruch genommen werden können.“; vgl. hierzu *Gersdorf*, in: *Gersdorf/Paal* (Hrsg.), *OK Informations- und Medienrecht*, 16. Edition Mai 2017, RStV, § 11g Rn. 27; *Zimmermann*, in: *Binder/Vesting* (Hrsg.), *Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht*, 4. Auflage 2018, RStV, § 11g Rn. 36 ff.

<sup>125</sup> *Gersdorf*, in: *Gersdorf/Paal* (Hrsg.), *OK Informations- und Medienrecht*, 16. Edition Mai 2017, RStV, § 11g Rn. 10; *Zimmermann*, in: *Binder/Vesting* (Hrsg.), *Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht*, 4. Auflage 2018, RStV, § 11g Rn. 26.

<sup>126</sup> BayLT-Drs. 17/9700, 15: „angesichts der journalistisch-redaktionellen Begleitung“; vgl. hierzu *Gersdorf*, in: *Gersdorf/Paal* (Hrsg.), *OK Informations- und Medienrecht*, 16. Edition Mai 2017, RStV, § 11g

Angebote der Nutzer und für die Rechtmäßigkeit der auf das Jugendangebot bezogenen Kommunikation. Für eine Regulierung ein und derselben Inhalte durch Bundesrecht (NetzDG) ist kompetenziell kein Raum.

Entsprechendes gilt, wenn ein privater Anbieter von Rundfunk oder Telemedien eigene Inhalte auf der Plattform des Betreibers eines sozialen Netzwerkes bereithält und eine auf diese Inhalte bezogene Kommunikation mit den Nutzern ermöglicht. Ein solches Angebot ist ein eigenständiger Telemediendienst auf der Plattform des Netzwerkbetreibers („Plattform auf der Plattform“), der den Bindungen des § 54 Abs. 1 Satz 2 und 3 RStV unterliegt<sup>127</sup>. Anders als in § 11g RStV ist im Rundfunkstaatsvertrag zwar nicht ausdrücklich geregelt, dass der private (Telemediendienste-)Anbieter die Beiträge der Nutzer redaktionell begleiten und im Fall der Rechtswidrigkeit von Nutzerinhalten (korrigierend) einschreiten muss. Ob der private Anbieter bereits aufgrund der Bereithaltung der Kommunikationsplattform zu einer solchen redaktionellen Begleitung der Nutzerinhalte verpflichtet ist, braucht hier nicht entschieden zu werden. Jedenfalls wäre der Landesgesetzgeber kompetenziell befugt, das Haftungsregime des § 54 Abs. 1 RStV – entsprechend § 11g RStV – zu ändern und private (Telemediendienste-)Anbieter für die auf ihrer Plattform zu findenden Nutzerinhalte – ggf. entsprechend § 52a Abs. 2 Satz 3 RStV in den Grenzen der Nichtstörerhaftung – verantwortlich zu machen. Auch insoweit ist für eine Regulierung ein und derselben Inhalte durch Bundesrecht (NetzDG) kompetenziell kein Platz.

*e) Verfassungswidrigkeit des NetzDG wegen fehlender Verortung in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG*

Das NetzDG lässt sich nicht auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG stützen und ist in Ermangelung einer Gesetzgebungskompetenz des Bundes formell verfassungswidrig. Dies gilt unabhängig davon, ob man insoweit an die Tätigkeit der Nutzer sozialer Netzwerke oder an die der Anbieter solcher Plattformen anknüpft.

Die Tätigkeit der Nutzer sozialer Netzwerke stellt sich als Ausübung der durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Kommunikationsgrundrechte dar. Im Sinnzentrum der Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG stehen nicht wirtschaftliche Interessen, die eine Bundeskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG begründen könnten, sondern der freiheits- und demokratiefördernde Kommunikationsprozess. Der Schutz dieses Kommunikationsprozesses unterfällt nicht dem Sachgebiet des Art. 74 Abs. 1

---

Rn. 10; *Zimmermann*, in: *Binder/Vesting* (Hrsg.), *Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht*, 4. Auflage 2018, RStV, § 11g Rn. 26.

<sup>127</sup> Vgl. hierzu sogleich sub C) 5. e) bei Fn. 128 (S. 39).

Nr. 11 GG, sondern der Länderkompetenz nach Art. 70 Abs. 1 GG. Die Gewährleistung der verfassungsmäßigen Ordnung bei sämtlichen durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Kommunikationsformen steht in einem engen Zusammenhang mit dieser Kompetenz und unterliegt deshalb ebenfalls der Länderkompetenz nach Art. 70 Abs. 1 GG.

Die Länder haben von ihrer umfassenden Kompetenz zur Regulierung der durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Kommunikationsformen nicht erschöpfend Gebrauch gemacht<sup>128</sup>. Die Verpflichtung zur Wahrung der verfassungsmäßigen Ordnung (§ 54 Abs. 1 Satz 2 und 3 RStV) gilt für Nutzer nur dann, wenn er Anbieter eines Telemediendienstes ist. Adressat dieser Verpflichtungen ist der jeweilige Diensteanbieter, nicht aber der Urheber des einzelnen Beitrags. Nur dann, wenn (Nutzer-)Inhalte einen Telemediendienst (im Rahmen sozialer Netzwerke) darstellen, ist der Nutzer zugleich Telemediendiensteanbieter, der an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden ist (vgl. § 54 Abs. 1 Satz 2 und 3 RStV). Ungeachtet der nur fragmentarischen Regelung im Landesrecht unterfällt der gesamte Bereich der Kommunikation der Nutzer in sozialen Netzwerken gem. Art. 70 Abs. 1 GG der Gesetzgebungskompetenz der Länder. Die Länder wären kompetenziell befugt, durch Ergänzung des Regelwerkes des RStV auch den Urheber eines einzelnen Beitrages in die Haftung einzubeziehen.

Ebenso wenig kann sich der Bund auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG berufen, wenn man in Bezug auf die kompetenzielle Verortung des NetzDG auf die Anbieter sozialer Netzwerke abstellt, die unmittelbar Regelungsadressaten des NetzDG sind. Geht man – wie hier – davon aus, dass soziale Netzwerke dem Schutz der Mediengrundrechte des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG unterfallen, sind sie als Telemedien zu qualifizieren, die gem. § 54 Abs. 1 Satz 2 und 3 RStV an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden sind. Entgegen der Gesetzesbegründung gelten die §§ 54 ff. RStV nicht nur für journalistisch-redaktionell gestaltete Angebote<sup>129</sup>. Die Vorschriften über Telemedien enthalten zwar spezielle Regelungen für Telemedien mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten (vgl. §§ 55 bis 57 RStV). Die hier relevanten Regelungen der § 54 Abs. 1 Satz 2 und 3 RStV, wonach eine Bindung an die verfassungsmäßige Ordnung und an die allgemeinen Gesetze begründet wird, gelten für sämtliche Telemediendiensteanbieter. Für eine Bundeskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ist kein Raum.

Das Gleiche würde gelten, wenn Anbieter sozialer Netzwerke (allein) Träger der Wirtschaftsgrundrechte (Art. 12, 14 GG) und nicht als Telemediendiensteanbieter zu qualifizieren wären. Auch (strikt inhaltsneutrale) Plattformbetreiber (Kabelnetzbetreiber etc.) sind kraft Landesrechts an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden (§ 52a

---

<sup>128</sup> Vgl. im Einzelnen *Gersdorf*, MMR 2017, 439 (442 f.).

<sup>129</sup> BT-Drs. 18/12356, S. 19.

Abs. 1 RStV) und können unter den Voraussetzungen der Nichtstörerhaftung (§ 52a Abs. 2 Satz 3 RStV) durch die zuständige Aufsichtsbehörde in Anspruch genommen werden. Für Anbieter sozialer Netzwerke, die wegen des Inhaltsbezugs ihrer Tätigkeit den rechtswidrigen Inhalten näherstehen, gilt nichts Anderes. Sie unterfallen (erst recht) der Länderkompetenz, selbst wenn man ihre Tätigkeit als eine rein wirtschaftlicher Art einstuft.

*f) Keine Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung i.S.d. Art. 72 Abs. 2 GG*

Ungeachtet dessen, dass sich das NetzDG bereits nicht dem Recht der Wirtschaft gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zuordnen lässt, bestehen auch durchgreifende Bedenken, dass die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG erfüllt sind, d.h. die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht<sup>130</sup>. In der Literatur wird die Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG verneint, wenn die Länder durch Selbstkoordination für die gebotene Gleichmäßigkeit der Lebensverhältnisse bzw. für die Rechts- und Wirtschaftseinheit sorgen können<sup>131</sup>. Das Recht der Telemedien gilt kraft der staatsvertraglichen Regelung (§§ 54 ff. RStV) einheitlich in der gesamten Bundesrepublik Deutschland. Die Bindung der Telemediendiensteanbieter an die verfassungsmäßige Ordnung und an die allgemeinen Gesetze (§ 54 Abs. 1 Satz 2 und 3 RStV) besteht in allen Ländern. Ebenso ist die Aufsicht über die Telemediendiensteanbieter (§ 59 Abs. 2 bis 4 RStV) im gesamten Bundesgebiet einheitlich geregelt. Schließlich könnten die Bundesländer – in Ergänzung zu den Bestimmungen für Plattformbetreiber (vgl. § 52a Abs. 1 RStV) – eine gesetzliche Verpflichtung zur Wahrung der verfassungsmäßigen Ordnung des Anbieters sozialer Netzwerke regeln; eine solche Notwendigkeit bestünde nur, wenn man Anbieter sozialer Netzwerke – entgegen der hier vertretenen Ansicht – nicht als Telemediendiensteanbieter qualifizierte, die gem. § 54 Abs. 1 Satz 2 und 3 RStV an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden sind.

Damit sind die Schutzzwecke des Art. 72 Abs. 2 GG erfüllt. Das Erfordernis einer bundesgesetzlichen Regelung besteht nicht<sup>132</sup>.

<sup>130</sup> Gersdorf, MMR 2017, 439 (445 f.); Feldmann, K&R 2017, 292 (294); Liesching, in: Spindler/Schmitz/Liesching, TMG mit NetzDG, 2. Auflage 2018, NetzDG, § 1 Rn. 11.

<sup>131</sup> Vgl. Pjeroth, in: Jarass/Pjeroth (Hrsg.), GG, 14. Auflage 2016, Art. 72 Rn. 18; Oeter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. II, 6. Auflage 2010, Art. 72 Rn. 116; Kunig, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. II, 6. Auflage 2012, Art. 72 Rn. 27; Gersdorf, Grundzüge des Rundfunkrechts. Nationaler und europäischer Regulierungsrahmen, 2003, Rn. 174.

<sup>132</sup> Gersdorf, MMR 2017, 439 (445 f.).

## II. Materielle Verfassungswidrigkeit des NetzDG

Das NetzDG ist auch materiell verfassungswidrig. Das NetzDG ist nicht nur an Grundrechten der Kläger, sondern auch an Grundrechten der Anbieter sozialer Netzwerke zu messen (1.). Das Gesetz enthält zwar im Vergleich zum ursprünglichen Entwurf deutliche Verbesserungen. Gleichwohl verstößt es in mehrfacher Hinsicht gegen die einzelnen Grundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG der Nutzer und der Anbieter sozialer Netzwerke. Insbesondere besteht die Gefahr einer unverhältnismäßigen Beeinträchtigung des freien Kommunikationsprozesses – Overblocking (2.).

### 1. Prüfungsmaßstab: Grundrechte der Kläger und der Anbieter sozialer Netzwerke

Bei der verfassungsrechtlichen Bewertung des NetzDG ist zwischen den grundrechtlichen Positionen der Nutzer und der Anbieter sozialer Netzwerke zu unterscheiden. Die Nutzer sozialer Netzwerke sind nicht Regelungsadressat des NetzDG. Die den Anbietern sozialer Netzwerke gem. § 3 Abs. 2 NetzDG obliegenden Löschungspflichten bewirken aber einen (mittelbaren) Eingriff<sup>133</sup> in die Kommunikationsgrundrechte der Nutzer aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG<sup>134</sup>.

Im Hinblick auf die Grundrechte der Anbieter sozialer Netzwerke, die Adressat der Verpflichtungen nach dem NetzDG sind (§ 1 Abs. 1 Satz 1 NetzDG) und die mithin grundrechtlich unmittelbar betroffen sind, bilden – entgegen der Gesetzesbegründung<sup>135</sup> – nicht die Wirtschaftsgrundrechte der Art. 12 Abs. 1, Art. 14 GG, sondern die grundrechtlich geschützten Medienfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG den verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab<sup>136</sup>.

Da das NetzDG in die Grundrechte der Kläger (mittelbar) eingreift, bilden die Grundrechte der Anbieter sozialer Netzwerke einen weiteren (inzidenten) Prüfungsmaßstab. Grundrechtlich geschützte Interessen können nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts prinzipiell nur durch Normen eingeschränkt werden, die ihrerseits formell und materiell mit der Verfassung übereinstimmen<sup>137</sup>. Ebenfalls kann

<sup>133</sup> Vgl. im Allgemeinen BVerfGE 121, 317 (344 ff. Rn. 91 ff.); vgl. in Bezug auf das NetzDG *Gersdorf*, MMR 2017, 439 (446); *Müller-Franken*, AfP 2018, 1 (10); *Ladeur/Gostomzyk*, K&R 2017, 390 (393: „Drittwirkung der Grundrechte“); die Drittwirkung der Grundrechte betrifft allein das zivilrechtlich ausgestaltete horizontale Verhältnis zwischen Betreibern und Nutzern sozialer Netzwerke, nicht aber das hier in Rede stehende vertikale Verhältnis zwischen Gesetzgeber und Nutzern sozialer Netzwerke.

<sup>134</sup> Zu den grundrechtlichen Positionen der Nutzer sozialer Netzwerke vgl. oben sub C) I. 5. d) (1), S. 32.

<sup>135</sup> BT-Drs. 18/12356, S. 22: „Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit können durch jede vernünftige Erwägung des Gemeinwohls legitimiert werden.“

<sup>136</sup> Zu den grundrechtlichen Positionen der Anbieter sozialer Netzwerke vgl. oben sub C) I. 5. d) (2) (a), S. 34 ff.

<sup>137</sup> Grundlegend BVerfGE 6, 32 (37 ff.); ebenso BVerfGE 96, 10 (21); 121, 317 (369); 130, 131 (142); vgl. auch OVG NRW, BeckRS 2017, 114873 Rn. 56.

gerügt werden, dass eine Norm nicht mit den obersten Grundwerten der freiheitlich demokratischen Grundordnung in Einklang steht oder den ungeschriebenen elementaren Verfassungsgrundsätzen und Grundentscheidungen des Grundgesetzes widerspricht<sup>138</sup>.

Es kann hier dahinstehen, ob aus dem verfassungsgerichtlich formulierten Grundsatz, eine Grundrechte beschränkende Norm müsse ihrerseits formell und materiell mit der Verfassung übereinstimmen, abzuleiten ist, dass in diesem Rahmen stets Verstöße gegen Grundrechte Dritter in die Prüfung einzubeziehen sind. Das Bundesverfassungsgericht hat sich zu dieser Frage bislang nicht einheitlich geäußert. So hat es bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage eines Eingriffs in dasjenige Grundrecht, dessen Schutzbereich verkürzt wurde, Grundrechte Dritter teilweise berücksichtigt<sup>139</sup>, in anderen Fällen aber nicht als inzidenten Prüfungsmaßstab herangezogen<sup>140</sup>. Allerdings ist mit Blick auf die Funktion der Verfassungsbeschwerde, das objektive Verfassungsrecht zu wahren sowie seiner Fortentwicklung zu dienen, die deutliche Tendenz des Bundesverfassungsgerichts zu erkennen, Grundrechte Dritter in die Prüfung miteinzubeziehen<sup>141</sup>. Auch das Oberverwaltungsgericht Münster vertritt den Standpunkt, dass „Vieles für diese Rechtsauffassung spricht“<sup>142</sup>.

Wenigsten bei normativen Dreiecksverhältnissen, d.h., wenn der Normbehelf neben dem Normadressaten zwingend auch die Rechtsstellung Dritter berührt, sind die Grundrechte aller Betroffenen in die verfassungsrechtliche und gerichtliche Kontrolle einzubeziehen<sup>143</sup>. So liegen die Dinge hier: Die Rechtsstellung des Anbieters sozialer Netzwerke und deren Nutzer sind untrennbar miteinander verwoben. Sofern ein Betreiber sozialer Netzwerke auf der Grundlage des § 3 Abs. 2 NetzDG Inhalte von Nutzern löscht, wird in deren Grundrechte eingegriffen. Die durch das NetzDG begründeten und an die Betreiber sozialer Netzwerke adressierten Normbefehle berühren zwingend die grundrechtlich geschützte Rechtsstellung der Nutzer. Daher sind im Rahmen der verfassungsrechtlichen Prüfung der Rechtfertigung des Eingriffs in die Grundrechte der Nutzer die grundrechtlich geschützten Medienfreiheiten (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) der Anbieter sozialer Netzwerke miteinzubeziehen.

---

<sup>138</sup> Grundlegend BVerfGE 6, 32 (41); ebenso BVerfGE 54, 143 (144); 96, 375 (398); vgl. auch OVG NRW, BeckRS 2017, 114873 Rn. 58.

<sup>139</sup> Vgl. BVerfGE 34, 165 (200); 38, 312 (320); 45, 272 (295); 61, 82 (112 f.); 84, 372 (381); 85, 191 (205 f.), 121, 317 (359 Rn. 126).

<sup>140</sup> Vgl. BVerfGE 77, 84 (101); 83, 1 (13); 96, 375 (398).

<sup>141</sup> BVerfGE 113, 29 (46 f.); so auch die Deutung des OVG NRW, BeckRS 2017, 114873 Rn. 59.

<sup>142</sup> OVG NRW, BeckRS 2017, 114873 Rn. 59.

<sup>143</sup> Vgl. BVerfGE 85, 191 (205 f.) unter Aufgabe der Rechtsprechung in BVerfGE 77, 84 (101).

## 2. Verstoß gegen Grundrechte der Nutzer (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG) und gegen Grundrechte der Anbieter sozialer Netzwerke (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG)

Das NetzDG enthält im Vergleich zum ursprünglichen Gesetzentwurf deutliche Verbesserungen. Während die Gesetzentwürfe der Bundesregierung und der Fraktionen der CDU/CSU sowie SPD eine starre Löschungspflicht von 7 Tagen vorsahen<sup>144</sup>, verlangt der auf die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses<sup>145</sup> zurückgehende § 3 Abs. 2 Nr. 3 Halbsatz 1 NetzDG lediglich eine „unverzögliche“<sup>146</sup> Löschung von (nicht offensichtlich) rechtswidrigen Inhalten, „in der Regel“ innerhalb von 7 Tagen. Dadurch soll den Anbietern sozialer Netzwerke „in schwierigen Fallkonstellationen mehr Zeit“ für die Prüfung gegeben werden, ob es sich um rechtswidrige, nicht gerechtfertigte Inhalte im Sinne des § 1 Abs. 3 NetzDG handelt<sup>147</sup>. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll damit der im Gesetzgebungsverfahren geäußerten Gefahr des sog. Overblockings begegnet werden, dass gemeldete Inhalte im Zweifel gelöscht werden, weil die für eine sorgfältige Prüfung hierfür erforderliche Zeit fehlt<sup>148</sup>. Durch Flexibilisierung der in den Gesetzentwürfen der Bundesregierung und der Fraktionen der CDU/CSU sowie SPD vorgesehenen starren Frist von 7 Tagen soll die „Gefahr eines solchen Fehlansprechens“ ausgeschlossen werden, „weil den sozialen Netzwerken ausreichend Zeit für eine notwendige rechtliche Prüfung des Inhalts zur Verfügung steht“<sup>149</sup>.

Auch die durch das NetzDG eröffnete Möglichkeit für Anbieter sozialer Netzwerke, sich einer Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung zu unterwerfen, stellt eine Verbesserung gegenüber den Gesetzentwürfen der Bundesregierung und der Fraktionen der CDU/CSU sowie SPD dar. Gegenüber einer Verpflichtung zur eigenen Prüfung ist diese Option das mildere Mittel<sup>150</sup>. Der Gesetzgeber entspricht damit dem Erforderlichkeitsgrundsatz als Bestandteil des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

Gleichwohl verstößt das NetzDG in mehrfacher Hinsicht gegen die Grundrechte aus Art. 5 Abs. 1 GG der Nutzer und der Anbieter sozialer Netzwerke. Insbesondere besteht die Gefahr einer unverhältnismäßigen Beeinträchtigung des freien Kommunikationsprozesses (Overblocking). Im Einzelnen:

---

<sup>144</sup> Vgl. BT-Drs. 18/12356, S. 8; zur Verfassungswidrigkeit einer solchen starren Prüfungsfrist vgl. nur Gersdorf, MMR 2017, 439 (446 f.).

<sup>145</sup> Vgl. BT-Drs. 18/13013, S. 8.

<sup>146</sup> BT-Drs. 18/13013, S. 20: „D.h. ohne schuldhaftes Zögern“.

<sup>147</sup> BT-Drs. 18/13013, S. 20.

<sup>148</sup> BT-Drs. 18/13013, S. 20.

<sup>149</sup> BT-Drs. 18/13013, S. 20.

<sup>150</sup> Ladeur/Gostomzyk, K&R 2017, 390 (393).

a) *Verfassungswidrigkeit des § 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG wegen fehlender Möglichkeit der Übertragung der Prüfung eines offensichtlich rechtswidrigen Inhalts auf eine Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung*

Gem. § 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG muss der Anbieter eines sozialen Netzwerkes einen offensichtlich rechtswidrigen Inhalt innerhalb von 24 Stunden nach Eingang der Beschwerde löschen oder den Zugang zu ihm sperren. Anders als bei schlicht rechtswidrigen Inhalten, für deren Prüfung der flexiblere Zeitrahmen des § 3 Abs. 2 Nr. 3 Halbsatz 1 NetzDG gilt („in der Regel“), sieht § 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG für offensichtlich rechtswidrige Inhalte eine starre Lösungsfrist von 24 Stunden vor. Die Prüfung, ob ein Inhalt offensichtlich rechtswidrig ist, kann im Einzelfall einen längeren Zeitraum als 24 Stunden erfordern; dies gilt insbesondere dann, wenn sich die Prüfung in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht als schwierig erweist. Auch kann es zur Feststellung der offensichtlichen Rechtswidrigkeit eines Inhalts notwendig sein, die Stellungnahme des Nutzers einzuholen; auch dies kann einen längeren Zeitraum als 24 Stunden beanspruchen. Im Schrifttum wird hieraus die Verfassungswidrigkeit der starren Fristregelung abgeleitet<sup>151</sup>. Dagegen wird in der Gesetzesbegründung darauf hingewiesen, dass eine Prüfpflicht nur im Rahmen des tatsächlich Möglichen und der Zumutbarkeit bestehe. Sei eine Prüfung innerhalb von 24 Stunden nicht oder nur mit unzumutbarem Aufwand möglich, liege keine offensichtliche Rechtsverletzung vor<sup>152</sup>.

Der Gesetzgeber mag zudem dadurch gegen die Verfassung verstoßen, dass er keine Verpflichtung zur Anhörung des von der Löschung betroffenen Nutzers vorsieht. Dies steht im Widerspruch zu der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Störerhaftung, wonach der Provider dem Urheber einer Äußerung Gelegenheit zur Stellungnahme geben muss, bevor er diese löscht<sup>153</sup>. Diese Rechtsprechung konkretisiert Anforderungen des Art. 5 GG, weil nur auf der Grundlage eines umfassend ermittelten Sachverhaltes eine ordnungsgemäße Rechtsprüfung möglich ist. § 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG wäre nur dann vor dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit zu retten, wenn er nicht von der Stellungnahmepflicht dispensierte. Ob dies der Fall ist, ist nach dem NetzDG unklar.

<sup>151</sup> So *Liesching*, in: Spindler/Schmitz/Liesching, TMG mit NetzDG, 2. Auflage 2018, NetzDG, § 1 Rn. 16; *Nolte*, ZUM 2017, 552 (556 ff.); *Spindler*, K&R 2017, 533 (537); vgl. auch *Koreng*, GRUR-Prax 2017, 203 (205).

<sup>152</sup> Vgl. BT-Drs. 18/13013, S. 20: „Offensichtlich rechtswidrig sind Inhalte daher nur, wenn die Rechtswidrigkeit ohne vertiefte Prüfung, d. h. von geschultem Personal in der Regel sofort, mit zumutbarem Aufwand aber in jedem Fall binnen 24 Stunden erkannt werden kann. Verbleiben danach Zweifel in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht, wird keine offensichtliche Rechtsverletzung vorliegen (vergleichbar schon Drucksache 16/5048, S. 39).“

<sup>153</sup> BGH, AfP 2012, 50 (52 f.); BGHZ 209, 139 (148).

Der systematische Zusammenhang mit § 3 Abs. 2 Nr. 3 Buchstabe a, Halbsatz 2 NetzDG, der für den Fall schlicht rechtswidriger Inhalte zumindest die Möglichkeit einer Gelegenheit zur Stellungnahme des Nutzers vorsieht, spricht dafür, dass im Rahmen des § 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG nach dem Willen des Gesetzgebers der Nutzer nicht angehört werden muss. Würde sich eine solche Verpflichtung unmittelbar aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ergeben, hätte dies in § 3 Abs. 2 Nr. 3 Buchstabe a, Halbsatz 2 NetzDG nicht ausdrücklich geregelt werden müssen.

Wenn jedoch (entgegen dieser Regelungssystematik) § 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG so zu verstehen sein sollte, dass er – in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes – die Stellungnahmepflicht des betroffenen Nutzers unberührt lässt, dürfte der Anwendungsbereich der Norm sehr begrenzt sein. Denn in diesem Fall läge eine Offensichtlichkeit im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG nur dann vor, wenn die Stellungnahme des Nutzers innerhalb des Prüfungszeitraumes von 24 Stunden möglich ist<sup>154</sup>.

§ 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG ist jedenfalls deshalb unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig, weil der Gesetzgeber den Anbietern sozialer Netzwerke nicht die Möglichkeit einräumt, die Entscheidung über die Feststellung offensichtlicher Rechtswidrigkeit von Inhalten auf eine Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung zu übertragen. Gem. § 3 Abs. 2 Nr. 3 Halbsatz 2 Buchstabe b NetzDG kann sich ein Anbieter eines sozialen Netzwerkes der Entscheidung einer nach § 3 Abs. 6 bis 8 NetzDG anerkannten Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung unterwerfen und die Entscheidung über die (schlichte) Rechtswidrigkeit von Inhalten auf diese Einrichtung übertragen. In Bezug auf offensichtlich rechtswidrige Inhalte besteht nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG hingegen kein solches Optionsrecht für Anbieter sozialer Netzwerke. Einen sachlichen Grund hierfür nennt die Gesetzesbegründung nicht. Während in der Gesetzesbegründung Gründe dafür genannt werden, weshalb die Erweiterung der Prüfungsfrist in § 3 Abs. 2 Nr. 3 NetzDG für offensichtlich rechtswidrige Inhalte nicht gelten soll<sup>155</sup>, fehlt es an einer Begründung, warum das System der Regulierten Selbstregulierung auf Fälle rechtswidriger Inhalte begrenzt ist, d.h. auf offensichtlich rechtswidrige Inhalte keine Anwendung findet.

Die fehlende Möglichkeit für Anbieter sozialer Netzwerke, die Feststellung der offensichtlichen Rechtswidrigkeit von Inhalten auf eine Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung zu übertragen, verletzt den Erforderlichkeitsgrundsatz als Element des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und ist deshalb verfassungswidrig. In Bezug auf

---

<sup>154</sup> Vgl. *Liesching*, in: Spindler/Schmitz/Liesching, TMG mit NetzDG, 2. Auflage 2018, NetzDG, § 3 Rn. 17.

<sup>155</sup> BT-Drs. 18/13013, S. 20.

schlicht rechtswidrige Inhalte haben Anbieter sozialer Netzwerke zwei Optionen. Sie können die Prüfung der Rechtswidrigkeit von Inhalten selbst vornehmen oder diese Prüfung auf eine Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung übertragen. Die Übertragung auf eine Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung ist das aus Sicht des Netzbetreibers mildere Mittel<sup>156</sup>, weil er sich dadurch der Prüfungspflicht entledigen kann, ihm also eine weitere Option eröffnet ist. Eine Prüfung durch eine Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung ist auch zur Erreichung des Regelungsziels gleichermaßen geeignet. Indem der Gesetzgeber ein System der Regulierten Selbstregulierung installiert, erkennt er an, dass eine Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung mit derselben Verlässlichkeit wie ein Anbieter eines sozialen Netzwerkes über die Rechtswidrigkeit von Inhalten entscheiden kann.

Der Ausschluss der Übertragungsmöglichkeit der Feststellung der offensichtlichen Rechtswidrigkeit von Inhalten lässt sich nicht mit dem vom Gesetzgeber für die Prüfung vorgegebenen Zeitrahmen von 24 Stunden rechtfertigen. Es muss hier nicht geklärt werden, ob einem Anbieter eines sozialen Netzwerkes in Bezug auf jeden konkreten Einzelfall das Wahlrecht zwischen einer eigenen Entscheidung oder der Übertragung der Entscheidung auf eine Selbstregulierungseinrichtung eingeräumt werden muss. Jedenfalls kann das vom Gesetzgeber intendierte Ziel, offensichtlich rechtswidrige Inhalte innerhalb von 24 Stunden zu löschen, ebenso wirksam erreicht werden, wenn der Anbieter eines sozialen Netzwerkes die Entscheidung über die offensichtliche Rechtswidrigkeit generell, also nicht nur im Einzelfall, auf eine Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung überträgt. Die Option, die Entscheidungskompetenz generell an eine Selbstregulierungseinrichtung zu delegieren, die innerhalb von 24 Stunden die Entscheidung über die Offensichtlichkeit der Rechtswidrigkeit von Inhalten trifft, greift in die Grundrechte der Anbieter sozialer Netzwerke weniger föhlsam ein. Aufgrund des Fehlens einer solchen Möglichkeit verstößt § 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und ist mithin verfassungswidrig.

*b) Verfassungswidrigkeit des § 3 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 6 NetzDG wegen unverhältnismäßiger Beschränkung der Kommunikationsgrundrechte*

Gem. § 3 Abs. 2 Nr. 3 Halbsatz 1 NetzDG ist der Anbieter eines sozialen Netzwerkes verpflichtet, jeden rechtswidrigen Inhalt unverzüglich, in der Regel innerhalb von 7 Tagen nach Eingang der Beschwerde zu entfernen oder den Zugang zu ihm zu sperren. Nach § 3 Abs. 2 Nr. 3 Halbsatz 2 NetzDG kann die Frist von 7 Tagen in zwei gesetzlich geregelten Fällen überschritten werden: Zum einen, wenn die Entscheidung über die

---

<sup>156</sup> Ladeur/Gostomzyk, K&R 2017, 390 (393).

Rechtmäßigkeit des Inhalts von der Unwahrheit einer Tatsachenbehauptung oder erkennbar von anderen tatsächlichen Umständen abhängt (§ 3 Abs. 2 Nr. 3 Halbsatz 2 Buchstabe a Halbsatz 1 NetzDG); zum anderen, wenn das soziale Netzwerk die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit innerhalb von 7 Tagen nach Eingang der Beschwerde einer nach § 3 Abs. 6 bis 8 NetzDG anerkannten Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung überträgt und sich deren Entscheidung unterwirft (§ 3 Abs. 2 Nr. 3 Halbsatz 2 Buchstabe b NetzDG).

Wie dargelegt, sollte durch die Abkehr von der starren Frist von 7 Tagen und durch die zeitliche Flexibilisierung („in der Regel“) der Gefahr einer Löschung ohne nähere Prüfung von Inhalten (sog. Overblocking) begegnet werden<sup>157</sup>. Als Grund für diese Gefahr wird in der Gesetzesbegründung allein der Umstand genannt, dass eine Frist von 7 Tagen für eine eingehende rechtliche Prüfung des Inhalts nicht immer ausreicht<sup>158</sup>. Der zeitliche Faktor ist jedoch nicht der einzige Grund für die Gefahr eines unverhältnismäßigen Eingriffs in den Kommunikationsprozess. Entscheidend ist vielmehr die Gefahr, dass ein Netzwerkbetreiber mit Blick auf die Bußgeldandrohung des § 4 NetzDG ökonomischer Rationalität folgend im Zweifel Inhalte entfernen wird, selbst wenn er erhebliche Bedenken gegen ihre Rechtswidrigkeit hegt<sup>159</sup>. Dieser Gefahr wird durch die zeitliche Flexibilisierung der Prüfungsfrist nicht begegnet. Die Gefahr des Overblockings aufgrund der Bußgeldandrohung wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass nach der Gesetzesbegründung nicht ein einzelner, sondern nur ein systemischer Verstoß gegen das Compiance-system des § 3 NetzDG zu einem Bußgeld führen soll<sup>160</sup>. Ungeachtet dessen, dass sich diese Absicht des Gesetzgebers im Bußgeldtatbestand des § 4 NetzDG nicht niedergeschlagen hat und mithin § 4 NetzDG gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstößt<sup>161</sup>, wäre mit dem Erfordernis einer systemischen Missachtung der Verpflichtungen aus § 3 NetzDG als Voraussetzung für eine Bußgeldbewehrung für die Sicherung des Kommunikationsprozesses nicht viel gewonnen. Denn auch bei einem auf systemisches Versagen des Compiance-systems abstellenden Regelungskonzept wird der Anbieter im Interesse der Vermeidung von Bußgeldern sein Beschwerdesystem so einrichten, dass er Sanktionen vermeidet. Er wird sein System so ausgestalten, dass ein hinreichender Sicherheitsabstand zur Grenze der Strafbarkeit im Sinne des § 1 Abs. 3 NetzDG besteht, und deshalb im Zweifel Inhalte löschen<sup>162</sup>. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Überprüfung der Inhalte nicht in den Händen

---

<sup>157</sup> BT-Drs. 18/13013, S. 20.

<sup>158</sup> BT-Drs. 18/13013, S. 20.

<sup>159</sup> Vgl. nur *Gersdorf*, MMR 2017, 439 (446); *Ladeurl/Gostomzyk*, K&R 2017, 390 (393); *Liesching*, in: *Spindler/Schmitz/Liesching*, TMG mit NetzDG, 2. Auflage 2018, NetzDG, § 1 Rn. 25; *Müller-Franken*, AfP 2018, 1 (9).

<sup>160</sup> Vgl. *Gersdorf*, MMR 2017, 439 (446); *Müller-Franken*, AfP 2018, 1 (9).

<sup>161</sup> Vgl. hierzu noch unten sub C) II. 2. d), S. 51 ff.

<sup>162</sup> *Müller-Franken*, AfP 2018, 1 (9).

von Menschen liegt, sondern durch Algorithmen erfolgt, wie es bei sozialen Netzwerken mit hoher Nutzerzahl und dementsprechend hohem Beschwerdeaufkommen üblich ist<sup>163</sup>.

Mit Blick auf die Bußgeldandrohung nach § 4 NetzDG muss der Gesetzgeber sicherstellen, dass Anbieter sozialer Netzwerke Inhalte nicht ohne eingehende Prüfung ihrer Rechtmäßigkeit im Zweifel löschen. Eine Löschung ohne eingehende Rechtmäßigkeitsprüfung ist mit dem besonderen Schutz der Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG unvereinbar. Dieser Gefahr eines verfassungswidrigen Overblockings wirkt das NetzDG nicht entgegen. Im Gegenteil: Es begründet diese Gefahr nachgerade. Im Einzelnen:

Erstens: Der Gesetzgeber berücksichtigt zwar durch § 3 Abs. 2 Nr. 3 Halbsatz 2 Buchstabe a Halbsatz 1 NetzDG, dass die Entscheidung des Anbieters sozialer Netzwerke über die Rechtswidrigkeit des Inhalts wegen tatsächlicher Schwierigkeiten innerhalb von 7 Tagen nicht möglich ist. Eine entsprechende Regelung für den Fall, dass die Entscheidung wegen rechtlicher Schwierigkeiten länger als 7 Tage beansprucht, fehlt jedoch. Damit ist die vom Gesetzgeber erkannte Gefahr, dass Inhalte wegen des zu knappen Zeitkorridors für eine eingehende Prüfung gelöscht werden<sup>164</sup>, nicht gebannt. Um dieser Gefahr wirksam zu begegnen, hätte es einer Ausnahme von der 7 Tage-Regelung nicht nur bei tatsächlich, sondern auch bei rechtlich schwierigen Fällen bedurft.

Zweitens: Dieser Fehler des Gesetzgebers setzt sich bezogen auf die Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung fort und wird noch verstärkt. Für die Entscheidung über die Rechtswidrigkeit des Inhalts durch eine solche Einrichtung fehlt eine § 3 Abs. 2 Nr. 3 Halbsatz 2 Buchstabe a Halbsatz 1 NetzDG entsprechende Regelung. Die Möglichkeit einer Überschreitung der 7 Tage-Regelung ist nicht einmal – wie für Anbieter sozialer Netzwerke – für den Fall vorgesehen, dass die Entscheidung in tatsächlicher Hinsicht Schwierigkeiten aufwirft. Erst recht fehlt eine Dispensmöglichkeit für den Fall, dass die Entscheidung rechtlich schwierig ist. Der Gesetzgeber ist daher der von ihm erkannten Gefahr, dass Inhalte wegen des zu knappen Zeitkorridors für eine eingehende Prüfung gelöscht werden<sup>165</sup>, doppelt nicht entgegengetreten.

Allerdings ist bereits unklar, ob für die Einrichtung – wie für den Anbieter eines sozialen Netzwerkes (vgl. § 3 Abs. 2 Nr. 3 Halbsatz 1 NetzDG) – überhaupt eine Frist von 7 Ta-

---

<sup>163</sup> Vgl. hierzu <http://www.zeit.de/digital/internet/2017-12/youtube-extremismus-gewalt-personal-kuenstliche-intelligenz>.

<sup>164</sup> BT-Drs. 18/13013, S. 20.

<sup>165</sup> BT-Drs. 18/13013, S. 20.

gen gilt. § 3 Abs. 6 NetzDG sieht eine solche Entscheidungsfrist nicht vor. Eine Einrichtung kann nach § 3 Abs. 6 NetzDG nur anerkannt werden, wenn sie „eine sachgerechte Ausstattung und zügige Prüfung innerhalb von sieben Tagen“ sicherstellt (Nr. 2). Diese Vorschrift regelt aber nur Voraussetzungen für die Anerkennung als Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung. Aus der Bestimmung lässt sich allenfalls implizit schließen, dass die Einrichtung ihre Entscheidung über die Rechtswidrigkeit des Inhalts innerhalb von 7 Tagen treffen muss. Ob dies mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar ist, ist fraglich<sup>166</sup>. Doch selbst wenn man dies bejahte, wäre die Vorschrift verfassungswidrig, weil dann ohne jede Ausnahme eine starre Frist von 7 Tagen gälte, die – wie vom Gesetzgeber selbst erkannt – eine Prüfung der Rechtswidrigkeit nicht (in jedem Fall) ermöglicht<sup>167</sup>. Die Einrichtung hat damit nicht stets ausreichend Zeit für eine notwendige rechtliche Prüfung des Inhalts. Auch insoweit ist also in Ermangelung einer hinreichenden Prüfungsfrist die Gefahr nicht gebannt, dass Inhalte im Zweifel gelöscht werden (Overblocking); dies ist mit der herausragenden Bedeutung der Kommunikationsgrundrechte unvereinbar.

Drittens: Die Gefahr des Overblockings besteht umso mehr, als ein Anbieter eines sozialen Netzwerkes nach dem NetzDG keine Möglichkeit hat, eine gerichtliche Entscheidung über die Rechtswidrigkeit des Inhalts herbeizuführen. Eine solche Möglichkeit der gerichtlichen Vorabentscheidung<sup>168</sup> räumt das NetzDG nur dem Bundesamt für Justiz als Bußgeldbehörde (§ 4 Abs. 4 Satz 1 NetzDG) ein (§ 4 Abs. 5 NetzDG). Ausweislich der Gesetzesbegründung soll das Bundesamt für Justiz nicht selbst die verbindliche Entscheidung über die Rechtswidrigkeit von Inhalten treffen, „sondern die Entscheidung den Gerichten überlassen“, weil „nach der Kompetenzverteilung des Grundgesetzes ... allein die Gerichte dazu berufen“<sup>169</sup> sind. Um diese verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung zu wahren, hätte auch dem Anbieter die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung der Rechtswidrigkeit des Inhalts eröffnet werden müssen.

Viertens: Schließlich wird die Gefahr des Overblockings dadurch verstärkt, dass der Anbieter eines sozialen Netzwerkes nicht verpflichtet ist, den betroffenen Nutzer vor der Entscheidung über die Löschung seines Inhalts anzuhören. Nach § 3 Abs. 2 Nr. 3 Halbsatz 2 Buchstabe a Halbsatz 2 NetzDG „kann“ der Anbieter zwar dem Nutzer Gelegenheit zur Stellungnahme zu einer Beschwerde geben. Zum einen handelt es sich aber nur um die Möglichkeit einer Stellungnahme („kann“). Zum anderen ist diese Mög-

---

<sup>166</sup> Vgl. *Spindler*, K&R 2017, 533 (539: „nicht völlig klar“).

<sup>167</sup> BT-Drs. 18/13013, S. 20.

<sup>168</sup> Zum Vorabentscheidungsverfahren im Einzelnen *Höld*, MMR 2017, 791.

<sup>169</sup> BT-Drs. 18/12356, S. 26.

lichkeit tatbestandlich auf den Fall beschränkt, dass die Entscheidung über die Rechtswidrigkeit des Inhalts von der Unwahrheit einer Tatsachenbehauptung oder erkennbar von anderen tatsächlichen Umständen abhängt. Vor allem aber weicht der Gesetzgeber mit dieser Kann-Regelung von der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Störerhaftung ab. Danach „ist“ dem Urheber einer Äußerung nach einer Beschwerde Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, bevor der Plattformbetreiber die Äußerung löscht<sup>170</sup>. Durch die Anhörungspflicht sollen Fehler infolge unzureichender Tatsachengrundlage vermieden werden. Diese Anhörungspflicht missachtet der Gesetzgeber in § 3 Abs. 2 Nr. 3 Halbsatz 2 Buchstabe a Halbsatz 2 NetzDG. Durch die fehlende Anhörungspflicht wird das Risiko eines unzureichend ermittelten Sachverhalts und damit das Risiko nicht gerechtfertigter Löschungen durch den Anbieter eines sozialen Netzwerkes erhöht<sup>171</sup>. Dieser Mangel des Gesetzes fällt umso mehr ins Gewicht, weil der Betroffene keinen Anspruch auf Reposting rechtswidrig gelöschter rechtmäßiger Inhalte hat<sup>172</sup>.

*c) Verfassungswidrigkeit des § 3 Abs. 2 Nr. 3 Halbsatz 2 Buchstabe b NetzDG wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG)*

Gem. § 3 Abs. 2 Nr. 3 Halbsatz 2 Buchstabe b NetzDG kann der Anbieter eines sozialen Netzwerkes die Frist von 7 Tagen für die Löschung eines rechtswidrigen Inhalts überschreiten, wenn er die Entscheidung über die Rechtswidrigkeit innerhalb von 7 Tagen einer anerkannten Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung überträgt und sich deren Entscheidung unterwirft. Ein Anbieter, der über die Rechtswidrigkeit des Inhalts selbst entscheidet, muss die Entscheidung (in der Regel) innerhalb von 7 Tagen treffen. Demgegenüber braucht ein Anbieter, der sich der Entscheidung einer Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung unterwirft, die Entscheidung über die Rechtswidrigkeit des Inhalts innerhalb von 7 Tagen lediglich an die Einrichtung weiterzuleiten. Dies führt zu einer Verlängerung der Entscheidungsfrist in Fällen, in denen die Einrichtung die Entscheidung trifft<sup>173</sup>. Dies ist dann nicht gerechtfertigt, wenn sich der Anbieter der Entscheidungsbefugnis der Einrichtung generell, d.h. in sämtlichen Beschwerdefällen, unterwirft. In solchen Fällen ist sachlich nicht zu erklären, weshalb

<sup>170</sup> BGH, AfP 2012, 50 (52 f.); BGHZ 209, 139 (148).

<sup>171</sup> Ebenso Müller-Franken, AfP 2018, 1 (8); Liesching, in: Spindler/Schmitz/Liesching, TMG mit NetzDG, 2. Auflage 2018, NetzDG, § 3 Rn. 23; Hain/Ferreau/Brings-Wiesen, K&R 2017, 433 (435).

<sup>172</sup> Zur Befugnis des Anbieters eines sozialen Netzwerkes auf Löschung auch rechtmäßiger Inhalte nach dem NetzDG Müller-Franken, AfP 2018, 1 (12); vgl. aber LG Berlin, Beschluss vom 23.03.2018 – Az. 31O21/18): Anspruch auf Reposting bei fehlender Verletzung der Gemeinschaftsstandards von Facebook (<https://rsw.beck.de/aktuell/meldung/lg-berlin-verbietet-loeschung-eines-facebook-kommentars>).

<sup>173</sup> Vgl. Liesching, in: Spindler/Schmitz/Liesching, TMG mit NetzDG, 2. Auflage 2018, NetzDG, § 3 Rn. 25: Prüfung durch die Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung „innerhalb von (weiteren) sieben Tagen“.

der Anbieter für die Weiterleitung der Beschwerde 7 Tage Zeit hat, sodass die Entscheidungsfrist entsprechend verlängert wird. Hierin liegt ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG).

*d) Verfassungswidrigkeit des § 4 Abs. 1 Nr. 2 NetzDG wegen Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 2 GG*

Straf- und Bußgeldvorschriften unterliegen den besonderen Bestimmtheitsanforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG, wonach eine Tat nur bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Dadurch soll „jeder Mann ... vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist.“<sup>174</sup> Gegen dieses spezielle Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG verstößt § 4 Abs. 1 Nr. 2 NetzDG.

Ausweislich der Gesetzesbegründung soll „nicht schon die fehlerhafte Nichtlöschung eines einzelnen Inhaltes“, sondern nur „ein systemisches Versagen“ eines Anbieters die Grundlage für die Verwirklichung eines Bußgeldtatbestandes nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 NetzDG sein<sup>175</sup>. Dies kommt im Bußgeldtatbestand des § 4 Abs. 1 Nr. 2 NetzDG nicht zum Ausdruck. Gem. § 4 Abs. 1 Nr. 2 NetzDG handelt ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 3 Abs. 1 Satz 1 NetzDG ein dort genanntes Verfahren für den Umgang mit Beschwerden von Beschwerdestellen oder Nutzern nicht, nicht richtig oder nicht vollständig vorhält. § 3 Abs. 1 Satz 1 NetzDG verpflichtet die Anbieter eines sozialen Netzwerkes zur Vorhaltung eines „Verfahren(s) nach Absatz 2 und 3“. Nach § 3 Abs. 2 NetzDG muss das Verfahren gewährleisten, dass der Anbieter jeden offensichtlich oder schlicht rechtswidrigen Inhalt löscht (Nr. 2 und 3). Durch die Verwendung des Singulars („einen Inhalt“ bzw. „jeden Inhalt“) ist klar, dass es nicht auf eine „systemisch falsche Entscheidungspraxis“, also nicht auf ein „systemisches Versagen“<sup>176</sup> ankommt. Für die Erfüllung des Bußgeldtatbestandes des § 4 Abs. 1 Nr. 2 NetzDG genügt also ein einzelner Verstoß gegen § 3 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 2 und 3 NetzDG. Der Wille des Gesetzgebers, dass nur ein „systemisches Versagen“ des Anbieters bußgeldbewehrt sein soll, findet sich im Bußgeldtatbestand des § 4 NetzDG nicht wieder. Darin liegt ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG.

Hieran ändert auch die Verwendung des Plurals in § 4 Abs. 5 Satz 1 NetzDG („Inhalte“) nichts. Der Gesetzgeber wollte damit zwar zum Ausdruck bringen, dass die Verwirkli-

---

<sup>174</sup> BVerfGE 126, 170 (195).

<sup>175</sup> BT-Drs. 18/13013, S. 22.

<sup>176</sup> BT-Drs. 18/13013, S. 22.

chung des Bußgeldtatbestandes des § 4 Abs. 1 Nr. 2 NetzDG ein „systemisches Versagen“ des Anbieters voraussetzt<sup>177</sup>. § 4 Abs. 5 Satz 1 NetzDG regelt jedoch nicht die Voraussetzungen des Bußgeldtatbestandes des § 4 Abs. 1 NetzDG, sondern ist eine reine Verfahrensvorschrift für das Bundesamt für Justiz. Um den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG zu genügen, muss die Bußgeldvorschrift selbst hinreichend bestimmt sein. D.h., die Voraussetzungen für die Verwirklichung des Bußgeldtatbestandes müssen aus der Bußgeldvorschrift selbst hervorgehen. Mit dem Normtext des § 4 Abs. 1 Nr. 2 NetzDG (i.V.m. § 3 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 2 und 3 NetzDG) lässt sich der aus der Gesetzesbegründung ersichtliche Wille des Gesetzgebers nicht vereinbaren.

*e) Verfassungswidrigkeit des § 4 Abs. 4 NetzDG wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Staatsfreiheit des Kommunikationsprozesses und der Medien (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG)*

Sämtliche Gewährleistungen des Art. 5 Abs. 1 GG schützen vor staatlichen Einwirkungen auf den gesellschaftlichen Kommunikationsprozess, der nach dem Willen des Grundgesetzes im Interesse der personalen Autonomie und des demokratischen Systems staatsfrei zu bleiben hat<sup>178</sup>. Der Grundsatz der Staatsfreiheit des Kommunikationsprozesses und der Medien findet seine Grundlage sowohl im individualrechtlichen Kern der Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG, in dessen Schutzzentrum die personale Autonomie steht, als auch in der objektiv-rechtlichen Funktionsschicht der Kommunikationsgrundrechte, die im Interesse des Demokratieprinzips einen Meinungs- und Willensbildungsprozess „von unten nach oben“ vorsieht, in den der Staat grundsätzlich nicht eingreifen darf<sup>179</sup>.

Insbesondere im Zusammenhang mit der Rundfunkgarantie des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG hat das Bundesverfassungsgericht den Grundsatz der Staatsferne näher konkretisiert. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss die publizistische Tätigkeit der Rundfunkveranstalter frei von staatlicher Einflussnahme sein. Der Grundsatz der Staatsfreiheit schützt nicht nur vor unmittelbarer staatlicher Einflussnahme auf das Programm, sondern auch vor Einflüssen, welche die Programmtätigkeit mittelbar beeinträchtigen können. Es sollen alle auch nur mittelbaren, subtilen Formen der Einflussnahme verhindert werden<sup>180</sup>. Aus diesem Grund hat das Bundesverfas-

---

<sup>177</sup> BT-Drs. 18/13013, S. 22.

<sup>178</sup> So im Zusammenhang mit staatlicher Pressesubventionierung BVerfGE 80, 124 (134); siehe auch BVerfGE 20, 162 (174 ff.).

<sup>179</sup> Vgl. *Gersdorf*, Legitimation und Limitierung von Onlineangeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Konzeption der Kommunikationsverfassung des 21. Jahrhunderts, 2009, S. 76.

<sup>180</sup> Vgl. BVerfGE 73, 118 (183); 83, 238 (323); 90, 60 (87); 121, 30 (53).

sungsgericht entschieden, dass staatlichen Stellen in Bezug auf private Rundfunkveranstalter keine programmbezogenen Handlungs-, Wertungs- und Ermessensspielräume eingeräumt werden dürfen, die es ermöglichen, dass sachfremde Erwägungen Einfluss auf die Entscheidung über die Zulassung privater Veranstalter gewinnen. Dies gilt umso mehr, als derartige Wertungsspielräume bereits im Vorfeld als Druckmittel wirken und eine Art „Selbstzensur“ fördern können. Daher sind Beurteilungs- und Ermessensspielräume staatlicher Stellen, die eine inhaltliche Bewertung des Programms notwendig machen oder deren Ausfüllung mittelbar Auswirkungen auf den Programminhalt haben, mit dem Grundsatz der Staatsfreiheit des Rundfunks unvereinbar<sup>181</sup>. Ebenso wenig ist eine Subventionierung von Presseerzeugnissen zulässig, die an meinungsbezogene Kriterien anknüpft<sup>182</sup>.

Dementsprechend darf die Zulassung und Beaufsichtigung privater Rundfunkveranstalter von Verfassungen wegen nicht in die Hände staatlicher Stellen gelegt werden. Die Lizenzierung und Kontrolle privater Rundfunkanbieter setzt regelmäßig die Bewertung von Programminhalten voraus. Entsprechende programmbezogene Steuerungs- und Kontrollbefugnisse gegenüber einzelnen Rundfunkveranstaltern dürfen staatlichen Stellen sub specie der Staatsfreiheit des Rundfunks nicht eingeräumt werden. Deshalb ist die Rundfunkaufsicht strikt staatsfrei zu organisieren. Die staatsfreie Organisationsverfassung der Landesmedienanstalten, die mit der Zulassung und Beaufsichtigung privater Rundfunkveranstalter betraut sind, ist diesem Verfassungsgrundsatz geschuldet<sup>183</sup>.

Ebenso ist die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien, die nach dem JuSchG über die Aufnahme von Trägermedien in die Liste jugendgefährdender Medien und über Streichungen aus dieser Liste entscheidet (vgl. § 18 JuSchG), aus der hierarchisch organisierten Bundesverwaltung ausgegliedert. Die Mitglieder der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien sind an Weisungen nicht gebunden (§ 19 Abs. 4 JuSchG). Die Ministerialfreiheit der Bundesprüfstelle dient der Verwirklichung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Staatsfreiheit der Medien, die dem JuSchG unterfallen. Im Interesse der Gewährleistung der Staatsfreiheit der Medien findet gegen Entscheidungen der Bundesprüfstelle ein Vorverfahren nicht statt (§ 25 Abs. 4 Satz 2 JuSchG).

Das Bundesamt für Justiz, das nach dem NetzDG die Bußgeldbehörde ist (§ 4 Abs. 4 Satz 1 NetzDG) und für die Anerkennung sowie für den Widerruf der Anerkennung von

---

<sup>181</sup> Vgl. BVerfGE 73, 118 (182 f.); 90, 60 (89); siehe auch BVerfGE 97, 298 (313); 121, 30 (55 f.).

<sup>182</sup> BVerfGE 80, 124 (134).

<sup>183</sup> S. nur *Gersdorf*, Grundzüge des Rundfunkrechts: Nationaler und europäischer Regulierungsrahmen, 2003, Rn. 136.

Einrichtungen der Regulierten Selbstregulierung zuständig ist (§ 3 Abs. 7 und 8 NetzDG), ist eine Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz. Im Gegensatz zu den Landesmedienanstalten und der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien ist das Bundesamt nicht staatsfrei organisiert, sondern unterliegt dem ministeriellen Weisungsrecht.

Das NetzDG räumt dem nicht staatsfrei organisierten Bundesamt für Justiz eine Reihe von inhaltsbezogenen Handlungs- und Beurteilungsspielräumen ein, die es ermöglichen, dass sachfremde Erwägungen Einfluss auf die Entscheidung des Bundesamtes für Justiz über die Verhängung von Bußgeldern und deshalb mittelbar auf die Entscheidung der Anbieter eines sozialen Netzwerkes über die Löschung von Inhalten gewinnen können. Das verstößt gegen den Grundsatz der Staatsfreiheit des Kommunikationsprozesses und der Medien (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG)<sup>184</sup>.

Das Bundesamt für Justiz verfügt nach dem NetzDG über eine Vielzahl inhaltsbezogener Optionsspielräume. Zu nennen ist etwa die Beurteilung der Rechtswidrigkeit des Inhalts nach § 4 Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 1 NetzDG. Auch die Herbeiführung einer gerichtlichen Vorabentscheidung ist gem. § 4 Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 NetzDG nicht zwingend vorgeschrieben („soll“). Ausweislich der Gesetzesbegründung soll durch die Soll-Vorschrift die Entscheidung über die Durchführung eines gerichtlichen Vorabentscheidungsverfahrens „flexibilisiert“<sup>185</sup> werden. Und vor allem steht dem Bundesamt für Justiz bei der Entscheidung über die Verhängung eines Bußgeldes und bei der Bemessung der Höhe des Bußgeldes Ermessen zu (§ 4 Abs. 1, 2 und 3 NetzDG: „kann“). Alle diese inhaltsbezogenen Optionsspielräume des Bundesamtes für Justiz sind mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Staatsfreiheit des Kommunikationsprozesses und der Medien unvereinbar. § 4 Abs. 4 Satz 1 NetzDG verstößt daher gegen Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG.

Auch erscheint zweifelhaft, ob die Befugnis des Bundesamtes für Justiz zur Anerkennung und zum Widerruf der Anerkennung einer Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung (§ 3 Abs. 7 und 8 NetzDG) mit der gebotenen Staatsfreiheit der Kommunikation vereinbar ist<sup>186</sup>. Zwar sieht § 3 Abs. 8 NetzDG kein auf die Spruchpraxis der Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung bezogenes Widerrufsrecht vor; hierin liegt ein gewisser Unterschied zu den Regelungen des JMStV, nach dem die Kommission für Jugendmedienschutz (KJM) die Anerkennung einer Einrichtung der Freiwilligen Selbstkontrolle widerrufen kann, wenn die Spruchpraxis der Einrichtung nicht mit den Bestimmungen dieses Staatsvertrages übereinstimmt (§ 19 Abs. 4 Satz 1 JMStV).

---

<sup>184</sup> Ebenso *Hain/Ferreau/Brings-Wiesen*, K&R 2017, 433 (435).

<sup>185</sup> BT-Drs. 18/13013, S. 22.

<sup>186</sup> Vgl. *Hain/Ferreau/Brings-Wiesen*, K&R 2017, 433 (435).

Allerdings beruhen vorliegend die Voraussetzungen für die Anerkennung und damit für den Widerruf der Anerkennung auf unbestimmten Rechtsbegriffen, die entsprechende Optionsspielräume für das Bundesamt für Justiz begründen. Dies bezieht sich insbesondere auf die Gewährleistung der „Unabhängigkeit und Sachkunde“ der Prüfer der Einrichtung (§ 3 Abs. 6 Nr. 1 NetzDG). Dass dem Bundesamt für Justiz hierdurch eine mit Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG unvereinbare Einflussnahme auf die Auswahl der Mitglieder der Einrichtung und somit auf die Entscheidungen der Einrichtung ermöglicht wird, erscheint nicht von vornherein ausgeschlossen.

#### **D. Vorlage des NetzDG durch das Verwaltungsgericht Köln an das Bundesverfassungsgericht gem. Art. 100 Abs. 1 GG**

Nach alledem ist das NetzDG sowohl formell als auch materiell mit dem Grundgesetz unvereinbar. Die zulässige Klage ist damit auch begründet. Da die Frage der Verfassungsmäßigkeit des NetzDG auch entscheidungserheblich ist, hat die erkennende Kammer des Verwaltungsgerichts Köln gem. Art. 100 Abs. 1 GG das Verfahren auszusetzen und die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen.

---

Prof. Dr. Hubertus Gersdorf

**Anlagen**