

An
Generaldirektion Binnenmarkt, Industrie,
Unternehmertum und KMU
GD GROW/B/2
N105 4/66
1049 Brüssel
Belgien

per E-Mail an: GROW-B2@ec.europa.eu

Berlin, 7. April 2017

**Stellungnahme des Digitale Gesellschaft e.V.
zur TRIS-Notifizierung des
Entwurfs für ein
Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken
(Netzwerkdurchsetzungsgesetz - NetzDG)**

Sehr geehrte Damen und Herren,

am 27. März 2017 hat die Bundesrepublik Deutschland den Entwurf für ein Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG-E) im Rahmen des TRIS-Verfahrens (Notifizierungsnummer 2017/0127/D) notifiziert. Wir halten den Entwurf für unvereinbar mit der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (Richtlinie 2000/31/EG, ECRL) und den Grundsätzen des gemeinsamen Binnenmarktes.

Nach unserer Auffassung verstößt der NetzDG-E gegen das Herkunftslandprinzip aus Art. 3 ECRL und die Regelungen zum Hosting aus Art. 14 ECRL. Des Weiteren verletzt der NetzDG-E auch die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

A. Verstoß gegen das Herkunftslandprinzip

Die Bestimmungen des NetzDG-E stehen insgesamt im Widerspruch zu dem in Art. 3 ECRL niedergelegten Herkunftslandprinzip.

A.1. Anwendbarkeit des Herkunftslandprinzips

Der NetzDG-E definiert Anforderungen an die Verantwortlichkeit der Diensteanbieter und unterfällt dem koordinierten Bereich, so dass das Herkunftslandprinzip anwendbar ist. Gemäß Art. 3.1 ECRL trägt jeder Mitgliedstaat dafür Sorge, dass Dienste der Informationsgesellschaft, die von einem in seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen Diensteanbieter erbracht werden, den in diesem Mitgliedstaat geltenden innerstaatlichen Vorschriften entsprechen, die in den koordinierten Bereich fallen. Der koordinierte Bereich umfasst gemäß Art. 2 lit. i) 2. Spiegelstrich ECRL unter anderem vom Diensteanbieter zu erfüllende Anforderungen in bezug auf die Ausübung der Tätigkeit eines Dienstes der Informationsgesellschaft, beispielsweise Anforderungen betreffend die Verantwortlichkeit des Diensteanbieters. Die Regelungen des NetzDG-E legen fest, wie die Anbieter bestimmter Hosting-Dienste mit Beschwerden über bestimmte rechtswidrige Inhalte umzugehen haben und unter welchen Voraussetzungen sie für die nicht erfolgte oder nicht rechtzeitig erfolgte Löschung oder Sperrung solcher Inhalte sanktioniert werden können.

A.2. Eingriff in das Herkunftslandprinzip

Die Vorschriften des NetzDG-E greifen zudem in das Herkunftslandprinzip ein. Wie sich aus Art 3.1 ECRL ergibt, soll ein Diensteanbieter im koordinierten Bereich nur den innerstaatlichen Vorschriften desjenigen Mitgliedstaates unterworfen werden, in dessen Hoheitsgebiet der Diensteanbieter seinen Sitz hat. Die Mitgliedstaaten dürfen, so Art. 3.2 ECRL weiter, den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat nicht aus Gründen einschränken, die in den koordinierten Bereich fallen. Gemäß § 1.1 S. 1 NetzDG-E sollen die Bestimmungen des NetzDG zur Verantwortlichkeit gelten für „Telemediendiensteanbieter, die mit Gewinnerzielungsabsicht Plattformen im Internet betreiben, die es Nutzern ermöglichen, beliebige Inhalte mit anderen Nutzern auszutauschen, zu teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich zu machen (soziale Netzwerke)“. Ausgenommen davon sind gemäß § 1.1 S.2 NetzDG-E „Plattformen mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten, die vom Diensteanbieter selbst verantwortet werden“. Ebenfalls ausgenommen sind gemäß § 1.2 NetzDG-E soziale Netzwerke, die im Inland weniger als zwei Millionen Nutzer haben. Ob ein Anbieter dem

NetzDG-E unterfällt oder nicht, hängt also keineswegs davon ab, in welchem EU-Mitgliedstaat er seinen Sitz hat, sondern vielmehr davon, welchen Charakter und welche Nutzerzahl der betreffende Dienst aufweist. Auch Anbieter, die nicht in Deutschland, sondern in anderen EU-Mitgliedstaaten ansässig sind, werden daher von dem Gesetz erfasst. In anderen Mitgliedstaaten existieren zudem keine dem NetzDG-E inhaltlich entsprechenden Regelungen.

A.3. Keine Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip

Schließlich erfüllt der NetzDG-E auch nicht die Voraussetzungen der Artf. 3.4 und 3.5 ECRL, wonach Abweichungen vom Herkunftslandprinzip ausnahmsweise möglich sind. Die Ausnahmen greifen bereits deshalb nicht ein, weil sie nur für mitgliedstaatliche Maßnahmen „im Hinblick auf einen bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft“ (vgl. Art. 3.4 ECRL) gelten. Der NetzDG-E bezieht sich jedoch nicht auf einen bestimmten (einzelnen) Dienst der Informationsgesellschaft, sondern auf eine ganze Kategorie von Diensten („soziale Netzwerke“).

A.3.1. Keine Ausnahme gemäß Art. 3.4 ECRL

Im Übrigen liegen aber auch die weiteren Voraussetzungen der Ausnahmebestände nicht vor. Für die Ausnahme gemäß Art. 3.4 ECRL fehlt es sowohl an den materiellen wie auch an den formellen Anforderungen.

So verlangt Art. 3.4 lit. a i) ECRL, dass die Abweichung aus einem der dort genannten Gründe erforderlich ist. In Betracht kommen im Falle des NetzDG-E sowohl der unter Spiegelstrich 1 genannte Grund „Schutz der öffentlichen Ordnung, insbesondere Verhütung, Ermittlung, Aufklärung und Verfolgung von Straftaten, einschließlich des Jugendschutzes und der Bekämpfung der Hetze aus Gründen der Rasse, des Geschlechts, des Glaubens oder der Nationalität, sowie von Verletzungen der Menschenwürde einzelner Personen“ als auch der unter Spiegelstrich 3 angeführte Grund „Schutz der öffentlichen Sicherheit, einschließlich der Wahrung nationaler Sicherheits- und Verteidigungsinteressen“. Eine Abweichung vom Herkunftslandprinzip ist jedoch aus beiden genannten Gründen nicht erforderlich. Erforderlich ist eine Maßnahme, wenn es kein milderes Mittel gibt, mit dem das Ziel genauso effektiv erreicht werden kann. Der NetzDG-E sieht vor, dass die Anbieter sozialer Netzwerke bei ihnen veröffentlichte Inhalte auf Beschwerden hin umgehend darauf überprüfen müssen, ob die Inhalte bestimmte Straftatbestände erfüllen. Diese Prüflast dürfte Kapazitäten und Expertise solcher Anbieter in aller Regel deutlich übersteigen. Um der Anforderung zu genügen, müssen

die Unternehmen also neues, juristisch geschultes Personal einstellen, einarbeiten und bezahlen. Für uns ist nicht erkennbar, warum strafbare Inhalte in sozialen Netzwerken nicht genauso effektiv bekämpft werden können, indem die Frage, ob ein strafbarer Inhalt vorliegt oder nicht, weiterhin von Strafverfolgungsbehörden und Gerichten bewertet wird, und soziale Netzwerke lediglich verpflichtet werden, innerhalb besonders kurzer Reaktionszeiten mit diesen staatlichen Stellen zu kooperieren. Dies würde den Diensteanbietern die personellen und organisatorischen Umstellungen sowie die damit verbundenen Investitionen ersparen.

Auch die verfahrensmäßigen Anforderungen für eine Abweichung vom Herkunftslandprinzip gemäß Art. 3.4 lit b) ECRL liegen nicht vor. Danach muss der Mitgliedstaat vor Ergreifen einer abweichenden Maßnahme den Mitgliedstaat, in dem der betreffende Dienst der Informationsgesellschaft seinen Sitz hat, dazu aufgefordert haben, selbst Maßnahmen zu ergreifen. Des Weiteren verlangt Art. 3.4 lit. b) ECRL, dass der aufgeforderte Staat entweder der Aufforderung keine Folge leistet oder die von ihm ergriffenen Maßnahmen unzulänglich sind. Soweit erkennbar hat Deutschland die anderen EU-Mitgliedstaaten nicht aufgefordert, dem NetzDG vergleichbare Gesetze zu erlassen.

A.3.2. Keine Ausnahme gemäß Art. 3.5 ECRL

Auch die Ausnahme gemäß Art. 3.5 ECRL, wonach in dringenden Fällen von der verfahrensmäßigen Voraussetzung des Art. 3.4 lit. b) abgesehen werden kann, greift im Falle des NetzDG-E nicht ein. Ein Grund für eine besondere Dringlichkeit zum Erlass des NetzDG ist nicht ersichtlich.

B. Verstoß gegen Art. 14.2 lit. b) ECRL

Insbesondere durch die in § 3.2 Nr. 2, 3 NetzDG-E enthaltene Verpflichtung, „offensichtlich rechtswidrige Inhalte“ innerhalb von 24 Stunden und andere rechtswidrige Inhalte innerhalb von 7 Tagen nach Eingang einer Beschwerde zu löschen, verstößt gegen die Vorgaben von Art. 14.2 lit. b) ECRL.

Gemäß Art. 14.2 lit. b) ECRL stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass im Falle eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der in der Speicherung von durch einen Nutzer eingegebenen Informationen besteht, der Diensteanbieter nicht für die im Auftrag eines Nutzers gespeicherten Informationen verantwortlich ist, sofern der Anbieter unverzüglich fähig wird, um die

Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren, sobald er tatsächliche Kenntnis über die rechtswidrige Information erlangt oder er sich Umständen bewusst wird, aus denen die rechtswidrige Information offensichtlich wird. Die Vorschriften des NetzDG-E konkretisieren diese Vorgabe der Richtlinie in mehrfacher Hinsicht auf unzulässige Weise.

B.1. Unscharfe Definition des Anwendungsbereichs, § 1 NetzDG-E

Dies beginnt bereits mit dem Anwendungsbereich des NetzDG-E. Die Anforderungen des NetzDG-E sollen nicht gleichermaßen für alle Dienste der Informationsgesellschaft, die in der Speicherung von durch einen Nutzer eingegebenen Informationen bestehen, gelten. Vielmehr wird nur eine ganz bestimmte, als „soziale Netzwerke“ definierte Kategorie solcher Dienste vom NetzDG-E angesprochen (vgl. Art. 1.1 NetzDG-E). Für diese „sozialen Netzwerke“ soll es neben speziellen Berichtspflichten auch spezielle Anforderungen an den Umgang mit Beschwerden über bestimmte rechtswidrige Inhalte geben (vgl. §§ 1.3, 2, 3 NetzDG-E). Demgegenüber ist es das erkennbare Ziel des Art. 14 ECRL, die Verantwortlichkeit von Hosting-Betreibern einheitlich und ohne Abweichungen für bestimmte Kategorien von Hosting-Diensten zu regeln. Wir halten daher bereits das Ziel, die Verantwortlichkeit „sozialer Netzwerke“ anders als die Verantwortlichkeit sonstiger Hosting-Provider auszugestalten, für unvereinbar mit Art. 14 ECRL.

Dies gilt umso mehr, als dass die Definition des „sozialen Netzwerks“ in § 1.1 NetzDG-E sowie die Bagatelklausele in § 1.2 NetzDG-E derart unscharf formuliert sind, dass große Rechtsunsicherheiten im Hinblick auf den genauen Anwendungsbereich des NetzDG-E bestehen. So ist beispielsweise unklar, was genau § 1.1 NetzDG-E meint, wenn die Rede ist von Plattformen im Internet, „die es Nutzern ermöglichen, beliebige Inhalte mit anderen Nutzern auszutauschen, zu teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich zu machen“. Das Wort „beliebig“ könnte so verstanden werden, dass es für die Erfüllung der Definition schlicht nicht darauf ankommt, welche Inhalte ausgetauscht, geteilt oder der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden können. Es könnte aber auch formal aufgefasst werden, so dass „beliebig“ sich auf die Formate oder Typ-Kategorien (Text, Audio, Bild, Video) der Inhalte beziehen könnte. Schließlich könnte das Wort auch bedeuten, dass nur solche Dienste darunter fallen, die es ihren Nutzern sowohl technisch als auch den Nutzungsbedingungen zufolge ermöglichen, jegliche denkbaren Inhalte auszutauschen, zu teilen und der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Je nach Auslegung des Wortes „beliebig“ sähe der Kreis der erfassten Dienste sehr unterschiedlich aus. Im ersten und zweiten Fall wären neben klassischen sozialen Netzwerken beispielsweise auch

One-Click-Hoster, Messenger-Dienste, Video-Chats, VoIP und sogar E-Mail erfasst. Im letzteren Fall hingegen würden mit Blick auf die üblichen Einschränkungen in den Nutzungsbedingungen wohl so gut wie keine Dienste unter die Definition fallen.

Ähnlich problematisch ist auch die Bagatellklausel in Art. 1.2 NetzDG-E. Danach sollen Anbieter von den Pflichten des Gesetzes befreit sein, wenn sie im Inland weniger als zwei Millionen Nutzer haben. Es ist völlig unklar, wie effektiv festgestellt werden soll, ob ein Dienst diese Grenze überschreitet oder nicht. Nach der Vorstellung der Bundesregierung soll diese Feststellung offenbar anhand der IP-Adresse erfolgen, die ein Nutzer während der Registrierung bei einem Dienst verwendet. Tatsächlich ist dieses Kriterium völlig ungeeignet, um verlässlich festzustellen, ob der Nutzer eines Dienstes in Deutschland ansässig ist oder nicht. Viele Menschen verwenden bei der Benutzung des Internet Anonymisierungsdienste wie VPN oder anonyme Browser wie TOR. Selbst wenn sie in Deutschland ansässig sind, sind sie im Netz keineswegs zwingend mit einer deutschen IP-Adresse unterwegs. Umgekehrt können Menschen aus anderen Ländern eine deutsche IP zugewiesen bekommen, wenn sie sich per VPN oder TOR im Netz bewegen. Zudem ist es nicht unüblich, dass Nutzerinnen und Nutzer sich Mehrfach- oder Fake-Accounts bei Online-Diensten anlegen. Es ist für Dienste der Informationsgesellschaft daher kaum rechtssicher vorherzusehen, ob und wann sie dem Regime des NetzDG unterfallen werden.

B.2. Unzulässige Konkretisierung von Art. 14.1 lit b) ECRL

Des Weiteren konkretisiert der NetzDG-E in unzulässiger Weise die Vorgaben des Art. 14.1 lit. b) ECRL.

Nach Art. 14 ECRL müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass ein Hosting-Diensteanbieter für die im Auftrag eines Nutzers gespeicherten Informationen unter den dort genannten Voraussetzungen nicht verantwortlich ist. Gemäß Art. 14.1 lit. b) ECRL gehört zu diesen Voraussetzungen auch, dass der Anbieter, sobald er Kenntnis von einer rechtswidrigen Tätigkeit oder Information erlangt, unverzüglich tätig wird, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren. Diese Vorgabe gilt einheitlich für sämtliche Arten rechtswidriger Informationen und ebenso einheitlich für alle Arten von Hosting-Anbietern.

Der NetzDG-E hingegen unterscheidet im Hinblick auf die Löscho- bzw. Sperrverpflichtung nach unterschiedlichen Arten von Hosting-Anbietern und unterschiedlichen Arten von rechtswidrigen Inhalten. Wie bereits oben unter B.1. ausgeführt, soll das NetzDG nur für „soziale Netzwerke“ i.S.d. § 1.1 NetzDG-E gelten, welche im Inland mindestens zwei Millionen Nutzer haben (vgl. § 1.2 NetzDG-E). Des Weiteren werden sollen durch das NetzDG auch nicht alle Arten rechtswidriger Inhalte, sondern nur die in § 1.3 NetzDG-E spezifisch aufgeführten Straftatbestände erfasst. Im Hinblick auf diese spezielle Kategorie von Hosting-Anbietern und in Bezug auf diese spezielle Kategorie von rechtswidrigen Inhalten, differenziert § 3.2 Nr. 2, 3 NetzDG-E noch einmal im Hinblick auf die zeitlichen Vorgaben für die Löscho- bzw. Sperrverpflichtung. Offensichtlich rechtswidrige Inhalte sollen gemäß § 3.2 Nr. 2 NetzDG-E innerhalb von 24 Stunden, sonstige rechtswidrige Inhalte sollen gemäß § 3.2 Nr. 3 NetzDG-E innerhalb von 7 Tagen gelöscht bzw. gesperrt werden. Der NetzDG-E definiert nicht, unter welchen Voraussetzungen ein Inhalt als „offensichtlich“ rechtswidrig anzusehen ist.

Mit diesen zahlreichen Unterscheidungen im Hinblick auf Anbieter, Inhalte und Löscho- bzw. Sperrfristen unterläuft der NetzDG-E das erkennbare Ziel des Art. 14 ECRL, die Verantwortlichkeit von Hosting-Anbietern für im Auftrag eines Nutzers gespeicherte Informationen einheitlich zu regeln. Insbesondere die Differenzierung bei den Fristen stellt eine unzulässige Konkretisierung des Merkmals „unverzüglich“ in Art. 14.1 lit. b) ECRL dar.

C. Verstoß gegen Dienstleistungsfreiheit, Artf. 56 ff. AEUV

Aus den unter A. dargestellten Gründen verletzt der NetzDG-E zudem die europäische Dienstleistungsfreiheit aus Artf. 56 ff. AEUV. Da andere Mitgliedstaaten dem NetzDG-E vergleichbare Regelungen nicht kennen, belasten diese Vorschriften tyischerweise Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten, die ihre Dienstleistungen in Deutschland anbieten möchten, in besonderem Maße. Daher stellt der NetzDG-E eine versteckte Diskriminierung dieser Anbieter dar. Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich.